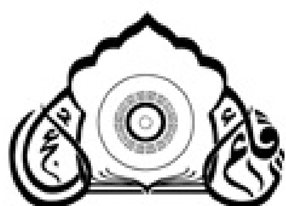


قائمیه اصفهان

مرکز تحقیقات رایانه‌ای



السلام علیک یا صاحب الزمان

حقوق مدنی

نویسنده:
سید حسن امامی

جلد کلی

بسم الله الرحمن الرحیم

حقوق مدنی

نویسنده:

حسن امامی

ناشر چاپی:

اسلامیه

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

حقوق مدنی

مشخصات کتاب

سرشناسه : امامی، حسن، ۱۲۸۳ – ۱۳۵۸

عنوان و نام پدیدآور : حقوق مدنی/ مولف حسن امامی.

مشخصات نشر : تهران: کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۴۰-

مشخصات ظاهری : ۶ج.

شابک : دوره:۹۶۴-۴۸۱-۰۹۷-X ؛ ج.۹۶۴:۱-۴۸۱-۰۲۲-۸ ؛ ۴۵۰۰۰ ریال:ج. ۲و۳، چاپ هجدهم:۹۶۴-۴۸۱-۰۲۳-۶ ؛ ۵۶۰۰۰ ریال:ج.۴، چاپ هجدهم۹۶۴-۴۸۱-۰۱۸-X: ؛ ۱۵۰ریال(جلد شومیزی) ؛ ۱۸۰ریال(جلدزرکوب):(ج.۱ ، چاپ سوم)

یادداشت : ج. ۲و۴ (چاپ هجدهم: ۱۳۸۴).

یادداشت : ج.۱ (چاپ سوم: ۱۳۴۷).

یادداشت : کتابنامه.

مندرجات : ج. ۱. در اموال، مالکیت، حق انتفاع... بیع و معاوضه .-ج. ۲. در اجاره مزارعه مساقات... رهن و هبه .-ج. ۳. در شفعه، وصایا، ارث .-ج. ۴. در شخصیت، تابعیت، اسناد سجل احوال... .-ج. ۵. .-ج. ۶. در ادله اثبات دعوی، اقرار، اسناد، شهادت... .

موضوع : حقوق مدنی -- ایران.

رده بندی کنگره : KMH۵۰۲/۴/الف۸ح۷ ۱۳۴۰

رده بندی دیویی : ۳۴۶/۵۵

شماره کتابشناسی ملی : م۵۰-۴۱۹۲

جلد اول

مقدمه

پس از چندین دوره تدریس قسمتی از قانون مدنی در دانشکدهٔ حقوق، بمرور یادداشتهائی از آن قسمت تهیه شده بود ولی فرصت آن نبود که آنها را بصورت مجموعهٔ در آورم تا آنکه در سال هزار و سیصد و سی و دو که مسافرت خارج از کشور پیش آمد فرصتی بدست افتاد که آن یادداشتها مورد مطالعه و تجدید نظر واقع شود و بصورت مجموعهٔ که در دست رس آقایان دانشجویان است در آید. در نوشتن این مجموعه سعی نمودم تا فروعاتی را که در عمل پیش می‌آید و به بعضی از آنها در دورهٔ تصدی قضائی خود برخورد نموده‌ام بنویسم و راه حلی برای آنها پیدا کنم. چون در این کتاب رعایت قوهٔ دانشجویان دورهٔ لیسانس دانشکدهٔ حقوق شده است، جز در موارد لزوم از تحقیقات علمی و بیان عقاید مختلفهٔ حقوقیین خودداری گردید.

احتیاج به طبع مجدد کتاب جلد اول حقوق مدنی نگارنده را بر آن داشت که تجدید نظری در آن بنماید. در اثر مطالعهٔ مجدد برای تسهیل فهم دانشجویان تغییرات مختصری در بعضی عبارات آن داده شده و اغلاط آن تا آنجائی که مقدور بود تصحیح گردید.

سید حسن امامی دی‌ماه ۱۳۳۴

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳

[کلیاتی دربارهٔ حقوق مدنی]

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیم

روابط بین افراد در اجتماع همواره بر مقررات و قواعدی استوار است که جامعه بآنها بنظر احترام مینگرد.

آن مقررات و قواعـد، مولود عوامل عدیدهٔ اجتماعی است که بسیاری از آنها در ادوار متمادی مورد عمل قرار گرفته و در اثر تکرار عمل، افراد بآن انس پیدا نموده و رعایت احترام آن را لازم میدانند.

درجهٔ احترامی که جامعه بهر یک از مقررات و قواعـد اجتماعی میگـذارد متناسب با قوهٔ تأثیر عاملی میباشـد که موجب پیدایش آن شده است.

مولود عوامل اجتماعی مزبور بر سه دسته‌اند: عادات، مذهب و اخلاق.

مقررات هر یـک از آنها دارای کیفر و جزائی است متناسب با عاملی که موجب پیـدایش آن شـده که در صورت تخلف افراد از آن مقررات، دچـار کیفر مزبور میگردنـد چنـانکه مقررات عـادات و اخلاق دارای جزاء وجـدانی است که تخلف از آن احساسات افراد جامعه را بر علیه متخلف بر می‌انگیزد و مقررات مـذهبی دارای جزاء دنیوی و اخروی است که در حکومت‌های مذهبی جزای دنیوی آن اجرا میشود و در جامعه‌هـای سیاسـی کنونی در اثر نبودن اقتـدارات دینی مـتروک مانـده است و پیروان مـذاهب براهنمـائی روح ایمان و بیم از مجازات اخروی رعایت آن مقررات را مینمایند.

در جامعه‌های سیاسـی بمنظور برقراری نظم اجتماعی مقرراتی وضع میشود و برای متخلفین از آن جزاء کیفری یا مدنی معین میگردد و بکمک حکومت‌های خود،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴

آن را اجرا میکننـد. اینگونه قوانین سرچشـمهٔ خود را عمومات از عادات و اخلاق و مـذهب میگیرنـد و تأثیر آنها در قوانین موضوعه حتمی میباشـد و مقننین هر چه بخواهنـد خود را از تـأثیر آنهـا دور دارنـد موفق نمیشونـد، زیرا مقننین خود تربیت شـده دامان عوامل محیط هستند و افکارشان خواه ناخواه تحت تأثیر واقع شده و بآنها خو گرفته است.

در مواردی بسیاری عوامـل اجتمـاعی دیگری ماننـد عوامل اقتصادی، بهـداشتی، سیاسـی، تجاری و بالاخره احتیاجات موجب وضع قوانین میگردد. در تمـامی موارد نظریـات علمی حقوقی راهنمـای مقننین میباشـد و تـأثیر آنگاه چنـدان است که مقننین را از رعایت اصول مسلمه اجتماعی بازمی‌دارد. قوانین مصوبه بصورت مجموعه‌هائی در آمده و در دسترس افراد گذارده میشود تا طبق آن قوانین عمل کنند و دادرسان در مورد بروز اختلاف بین افراد طبق آن، دعاوی را حل و فصل بنمایند.

کشـور ایران ماننـد جامعه‌هـای سیاسـی دیگر در قسـمتهای مختلفه از حقـوق اساسـی، مـدنی، کیفری، تجـاری و اداری دارای قوانین مختص بخود میباشد که عادات و اخلاق و مذهب و همچنین نظریات علمی حقوقی در وضع آنها رعایت شده است.

ایرانیـان دارای مـذهب جعفری اثنی عشـری میباشـند و اقلیت‌هـای مـذهبی از اهل سـنت و زردشتی و مسیحی و یهودی نیز بین آنان زندگانی میکنند، بدین جهت اصل دوم متمم قانون اساسی میگوید:

«مجلس مقدس شورای ملی که بتوجه و تأیید حضـرت امام عصـر عجل اللّه تعالی فرجه و بذل مرحمت اعلا حضـرت شاهنشاه اسلام خلـد اللّه سـلطانه و مراقبت حجـج اسـلامیه کثر اللّه امثالهم و عامه ملت ایران تأسـیس شده است باید در هیچ عصـری از اعصار مواد قانونیـهٔ آن مخالفتی با قواعد مقدسهٔ اسـلام و قوانین موضوعه حضـرت خیر الانام صـلی اللّه علیه و آله و سـلم نداشـته باشد ...» و در اصل بیست و هفتم متمم قانون اساسی میگوید: «قوای مملکت به سه شعبه تجزیه میشود:

اول قوه مقننه که مخصوص است بوضع و تهذیب قوانین و این قوه ناشـی میشود از اعلا حضـرت شاهنشاهی و مجلس شورای ملی و

مجلس سنا و هر یک از این سه

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵

منشأ، حق انشاء قانون را دارد ولی استقرار آن موقوف است بعدم مخالفت با موازین شرعیه و تصویب مجلسین و توشیح بصحه همایونی ...»

دستور دو اصل نامبردهٔ بالا در وضع قانون مدنی بخصوص رعایت شده و در سال ۱۳۰۷ مجموعه قانون مدنی جلد اول در معاملات و در سال ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ جلد دوم در احوال شخصیه و جلد سوم در ادله اثبات دعوی بر پایهٔ حقوق اسلام و طریقهٔ حقهٔ جعفریه اثنی عشری که طبق اصل اول متمم قانون اساسی مذهب رسمی ایران میباشد گذارده شده است و قسمتهائی که از قوانین مدنی فرانسه اقتباس شده مانند فصل تعهدات با اصول و قواعد حقوق جعفری تطبیق گردیده است.

در حقوق مذهب جعفری که فقها آن را مذهب امامیه نیز می‌نامند، آراء و فتاوی مختلفی موجود میباشد که بر نظریات علمی و مبانی حقوقی استوار است. قانون مدنی در نظریات خود پیروی از اقوال مشهور نموده است مگر در موارد نادری که در شرح مواد بموقع تذکر داده خواهد شد.

جهات مختلفهٔ حقوق

اشاره

حقوق مدنی مانند اقسام دیگر حقوق از جهات مختلفی مورد مطالعهٔ حقوقیین قرار گرفته است. آن جهات عبارتند از: تاریخی، حقوقی، تطبیقی، فلسفی، قضائی، برای روشن شدن فرق بین جهات مختلف یکی از مسائل حقوق مدنی را بطور مثال مورد مطالعه قرار میدهد:

مسأله لزوم نگاهداشتن عده برای زوجه در مورد طلاق و فوت زوج.

ماده «۱۱۵۱» قانون مدنی: «عده طلاق و فسخ نکاح سه طهر است مگر اینکه زن باقتضای سن، عادت زنانگی نبیند که در این صورت عدهٔ او سه ماه است».

ماده «۱۱۵۳» قانون مدنی: «عدهٔ طلاق و عدهٔ فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد زن حاملهٔ تا وضع حمل است».

ماده «۱۱۵۴» قانون مدنی: «عدهٔ وفات چه در دائم و چه در منقطع در هر حال چهار ماه و ده روز است مگر آنکه زن حامله باشد که در این صورت عدهٔ وفات تا موقع وضع حمل است، مشروط بر اینکه فاصله بین فوت زوج و وضع حمل از چهار ماه

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۶

و ده روز بیشتر باشد و الا مدت همان چهار ماه و ده روز خواهد بود».

ماده «۱۱۵۵» قانون مدنی «زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه نه عدهٔ طلاق دارد و نه عدهٔ فسخ نکاح ولی عدهٔ وفات در هر دو مورد باید رعایت شود».

۱- از جهت تاریخی

در تاریخ علم حقوق از منشأ پیدایش و سیر تکامل حقوق موضوعه و عواملی که در پیدایش آن مؤثر واقع شده است گفتگو میشود. از جهت تاریخی باید گفته شود که مواد مذکور در بالا سرچشمه خود را از حقوق جعفری (امامیه) بدون هیچگونه تغییری اتخاذ نموده است و سپس باید تحقیق نمود که قبل از اسلام عده بچه صورت بوده است، اسلام آن را تأسیس نموده یا آنکه بدین نحو

موجود بوده و اسلام آن را امضاء کرده است و هرگاه چنین است قبل از آن بچه صورت بوده است؟
در بسیاری از موارد مانند مورد مزبور نمیتوان سیر تاریخی قهقرائی نمود تا بمنشأ آن رسید، زیرا اطلاعات کافی تاریخی در دست نیست ولی میتوان بطور حدس از علم اجتماع یاری خواست و تا آنجائی که حدس یارائی بنماید بحقیقت نزدیک شد.
از نظر علم اجتماع میتوان حدس زد که در ادوار قدیمه هر زنی جزء خانوادهٔ خود و متعلق برئیس خانواده بوده و هرگاه از خانواده اخراج میشده عده نداشته است چنانکه آثار آن در حقوق رومی مشهود است که زن میتوانسته پس از رهائی بلا فاصله شوهر دوم اختیار کند. ولی در مورد وفات زوج در اثر آنکه زن دچار حزن و اندوه میشده و عزاداری مینموده مدتی شوهر نمیکرده است و در بعضی ملل هم تمامی عمر را بیوه میمانـد چنانکه هنوز این امر بصورت عرف در اعراب باقی است. بدین استدلال میتوان حدس زد که عدهٔ وفات برای عزاداری پیدایش یافت چنانکه در حقوق رومی در قانون اگوست دو ماه مدت مزبور را(idnegu l supmet)مدت گریستن نامند. در دورهٔ امپراطوری عده وفات و طلاق ۱۲ ماه بوده است.
بحث تاریخی در حقوق هر یک از ملل اشکالات بسیاری را در بردارد، زیرا نزد
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۷
تاریخ‌نویسان معمول نبوده که در نوشتجات خود وضعیت حقوقی ملتی که تاریخ آن را می‌نویسند یادآور شوند، بلکه بذکر وقایع مهم اکتفا می‌نمودند و بندرت میتوان در وقایع مزبور بنکات حقوقی برخورد نمود، و حقوقدانان پیشین در تحقیقات علمی خود توجه بتاریخ حقوق نداشتند و موضوعات حقوقی را از نظر اجتماعی و فلسفی و حقوقی تحلیل و بحث مینمودند، بر خلاف آنچه اکنون متداول است که تاریخ حقوق یکی از رشته‌های تدریس در بسیاری از دانشکده‌های حقوق کشورها قرار گرفته است و دستهٔ از حقوقدانان تحقیقات علمی حقوقی خود را بر تاریخ حقوق قرار داده‌اند.
تنها حقوقی که از نظر تاریخی اکنون دارای ارزش است و میتواند در حدود سیزده قرن تغییرات مهمه را بیان کند حقوق رومی است.

۲- از جهت حقوقی-

مطالعه از جهت حقوقی عبارت است از تحقیق در اصول و قواعدی که قوانین موضوعه بر آن استوار میباشد.
برای فهم قوانین موضوعه ناچار باید حقوق ملتی را که قوانین موضوعه از آن سرچشمه میگیرد دانست، زیرا در حقوق مزبور میتوان از قواعد و اصولی که پایه قوانین موضوعه قرار گرفته آگاه گشت، چنانکه برای فهم قانون مدنی ایران باید فقه جعفری (امامیه) را مورد مطالعه قرار داد و در قسمت تعهدات که از حقوق فرانسه پیروی شده، حقوق مدنی فرانسه و حقوق رومی را که مادر حقوق مدنی فرانسه است مطالعه نمود. فائدهٔ مستقیم مطالعه حقوق از جهت حقوقی، در مقام قانون‌گذاری است. مقننین در این مطالعه عوامل اجتماعی محیط خود را در نظر میگیرند و درجهٔ تأثیر و توارد عوامل عدیده و تعارض بین آنان را از نظر دور نمیدارند.

۳- از جهت تطبیقی-

حقوق تطبیقی عبارت است از مطالعه و تحقیق در قوانین موضوعه کشورهای مختلفه و سنجش بین آنها و تعیین موارد تشابه و اختلاف بمنظور دانستن قانونی که بیشتر میتواند منافع اجتماعی را تأمین بنماید، مثلا عدهٔ زوجه را که در مورد مثال بوده از نظر تطبیقی با قانون فرانسه میسنجیم:
ماده «۲۲۸» و ماده «۲۹۶» قانون مدنی فرانسه بزن بیوه اجازه میدهد که پس از

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۸

سیصد روز از تاریخ انحلال نکاح، شوهر دیگر بنماید.

عـدهٔ زنی که شوهر او مرده است سـیصد روز میباشـد، مگر آنکه پس از فوت شوهر، زن وضع حمل نمایـد که در این صورت عـده مقتضی میشود (مستفاد از ماده ۲۲۸ و ۲۹۶ سابق و قانون نهم دسامبر ۱۹۲۲).

عدهٔ طلاق در صورتی که بدون تفرقهٔ ابدان حاصل شده باشد نیز سـیصد روز است (مستفاد از ماده ۲۹۶ و قانون نهم دسامبر ۱۹۲۲) ولی در صورتی که طلاق پس از تفرقـهٔ ابـدان حاصل شود (یعنی پس از گذشـتن سه سال مـدت تفرقـهٔ ابدان) بلافاصـله زن میتواند شوهر دوم بنماید (ماده ۳۱۰ و ۲۹۷ قانون مدنی فرانسه).

در قانون مـدنی ایران در صورتی که زن عادت زنانگی ببینـد و دو طهر از او بگذرد معلوم میشود که حامله نمیباشد، بنابراین موجبی برای نگاه داشـتن عده بیش از سه طهر ندارد و در صورتی که عادت زنانگی نبیند با گذشـتن سه ماه هرگاه زن مطلقه آبسـتن باشـد معلوم میشود و بایـد تا وضع حمل عـده نگاه دارد، و هرگاه حامله نباشـد موجبی برای نگاهداری عده تا سـیصد روز نخواهد داشـت چنانکه قانون مدنی فرانسه مقرر نموده است. و همچنین در صورتی که بین زن و شوهر نزدیکی حاصل نشده و یا زن یائسه باشد که از نظر طبیعی حامله شدنش ممکن نیست، موجبی برای نگاهداری عده موجود نیست.

در قانون ایران نگاهداشـتن عـده فقط از نظر عـدم اختلاط نسب میباشـد و بطریق مذکور در بالا منظور حاصل میشود، ولی در قانون مـدنی فرانسه که برای عـده حد اکثر مدت حمل (سـیصد روز) در نظر گرفته شده است علاوه بر جلوگیری از اختلاف نسب، احترام نکاح سابق نیز رعایت میشود. با توجه بفلسفه دو قانون بالا برتری قانون مدنی ایران بنظر ثابت میرسد.

اما عـدّهٔ وفات که در قـانون مـدنی ایران چهار ماه و ده روز تعیین شـده است از نظر عادات اجتماعی ایران برای احترام زوج متوفی کافی میباشد و در صورتی که زوجهٔ متوفی آبستن باشد در این مدت نیز معلوم میشود و تا وضع حمل عده نگاه میدارد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۹

و در صورتی که حامله نباشد موجبی برای نگاهداشتن عده بیش از مدت مزبور موجود نیست و تحمل بیش از آن مدت، تحمیلی بر زن خواهد بود.

۴- از جهت فلسفی-

مطالعه حقوق از جهت فلسفی عبارت است از تحقیق در علت وضع قوانین موضوعه و سنجش سود و زیان اجتماعی آن و پیدا کردن طرح بهتری که بیشتر بتواند منافع اجتماعی افراد را تأمین بنماید.

۵- از جهت قضائی-

اشاره

مطالعه حقوق از جهت قضائی عبارت است از فهمیـدن معانی مواد قانونی و دانسـتن قواعد و اصولی که قوانین در موضوعهٔ کشوری مبتنی بر آن میباشـد تا آنکه بتوان بـدین وسـیله حکم مسائلی حقوقی که در روابط اجتماعی پیش می‌آیـد بـدست آورد و آن رشـتهٔ تخصصی وکلای دادگستری و دادرسان میباشد که در رسیدگی قضائی بکار میبرند.

رسیدگی قضائی جنبهٔ فنی علم حقوق میباشد و دارای سه مرحله است:

اول– تشخیص مورد اختلاف بین متداعیین

دادرس با توجه بدادخواست و خواسته خواهان و پاسخ خوانده، مورد اختلاف و منشأ نزاع بین متداعیین را تشخیص میدهد و مادام که تشخیص داده نشود اتخاذ تصمیم مقتضی ممکن نخواهد بود و اغلب اتفاق می‌افتد که در اثر تفصیل مطالب و پیچیدگی دعوی تشخیص مورد اختلاف مشکل میباشد.

دوم– یافتن حکم مورد اختلاف طبق قوانین موضوعهٔ کشوری

پس از تشخیص مورد اختلاف دادرس باید حکم آن را در قوانین موضوعهٔ کشوری که مورد عمل است بیابد.

سوم– رسیدگی بادلهٔ دعوی

دادرس پس از تشخیص مورد اختلاف و یافتن حکم آن در قوانین موضوعهٔ کشوری، در صورتی که حکم قضیه بر فرض صحت دعوی خواهان بنفع او باشد، رسیدگی بادلهٔ خواهان مینماید و الا ـ هرگاه بر فرض صحت دعوی خواهان، حکم قانونی به نفع او نباشد، رسیدگی بادله لازم نبوده و دادرس حکم به بی‌حقی خواهان صادر مینماید.
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۰

حکم دادگاه در دعاوی

اشاره

طبق مادهٔ «۵» قانون آئین دادرسی مدنی: «دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین مینماید و نباید بطور عموم و قاعدهٔ کلی حکم بدهد» روشی را که قانون برای دادرسان معین نموده آنان را در صدور حکم در دعاوی مدنی با یکی از مشکلترین وظائف قضائی روبرو میکند، زیرا دیر زمانی نگذشته که مجموعهٔ قانون مدنی مورد عمل قرار گرفته و در این مدت دعاوی مدنی چندان نبوده که در قسمت عمدهٔ از مسائل و فروض تصمیمات قضائی اتخاذ شود و با مواد قانون تطبیق گردد، و تصمیماتی هم که از طرف دادگاههای مدنی تاکنون اعلام گردیده و جمع‌آوری و منتشر نشده است، تا بتواند دادرسان و وکلاء دادگستری را راهنما شود.
دانستن طریق استنباط حکم هر قضیهٔ و قدرت بر استنباط آن از قوانین، اساس قضاوت صحیح میباشد، و بدون آن دادرس نمیتواند حکم قضیه را بدست آورد. قانون آئین دادرسی مدنی در مادهٔ «۳» خود طریق یافتن حکم را تذکر می‌دهد و میگوید:
«دادگاههای دادگستری مکلفند بدعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فیصل نمایند. و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلا قانونی در قضیهٔ مطروحه وجود نداشته باشد، دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نماید».
چنانکه در مادهٔ بالا متذکر شده دادرس در پیدا کردن حکم مورد اختلاف مواجه با یکی از حالات زیر میشود:
الف– حکم مورد اختلاف در قوانین موضوعهٔ کشوری تصریح شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۱

منظور از قوانین موضوعهٔ کشوری قوانینی است که قوهٔ مقننه کشور ایران آن را تصویب و بصحهٔ اعلا حضرت همایونی رسیده و در روزنامه رسمی چاپ شده باشد.

دادرس نمیتواند از قوانین موضوعهٔ کشوری تجاوز نموده و قوانین ملل دیگر را مورد استناد قرار دهد، زیرا قوانین مزبوره در کشور ایران قوهٔ قانونی را ندارند.

در این امر دو نکته قابل توجه است:

۱- در مسائل مربوطه باحوال شخصیه و اهلیت و حقوق ارثیه اتباع بیگانه قوانین و مقررات کشورهای متبوع آنان رعایت میشود مادهٔ «۷» قانون مدنی میگوید:

«اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطهٔ باحوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود» در اجرای قوانین خارجه دادرس در موارد مزبور طبق مواد ۹۷۳-۹۷۵ قانون مدنی ایران عمل مینماید.

۲- در مسائل مربوط باحوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت، ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان برسمیت شناخته شده، قواعد و عادات مسلمهٔ متداولهٔ در مذهب آنان رعایت میشود. قانون اجازهٔ رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۳۱ تیر ماه ۱۳۱۲.

«مادهٔ واحده»: نسبت باحوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان برسمیت شناخته شده محاکم باید قواعد و عادات مسلمهٔ متداولهٔ در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد بطریق ذیل رعایت نمایند.

۱- در مسائل مربوطهٔ بنکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمه متداولهٔ در مذهبی که شوهر پیرو آن است.

۲- در مسائل مربوطهٔ بارث و وصیت عادات و قواعد مسلمهٔ متداولهٔ در مذهب متوفی.

۳- در مسائل مربوطهٔ به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلمهٔ متداولهٔ در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲

مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است».

دادرس نمیتواند از مفاد قوانین موضوعهٔ کشوری تجاوز بنماید اگر چه بنظر او قانون بر خلاف اصول و قواعد علمی حقوقی و یا بر خلاف انصاف و عدالت قضائی باشد.

ولی میتواند تا آنجائی که مواد قانونی تاب تفسیر را دارد از تفسیر مواد استفاده کرده رعایت اصول و قواعد حقوقی و همچنین انصاف و عدالت قضائی را بنماید.

دادرسان میتوانند برای فهم قوانین موضوعهٔ کشوری و تفسیر آن، از حقوق ملل دیگر و نظریات علمی حقوقدانان و تصمیمات قضائی دادگاههای کشورهای بیگانه استمداد بجویند.

ب- قوانین موضوعهٔ کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد و یا اصلا قانونی در قضیهٔ مطروحه وجود نداشته باشد.

در صورتی که حکم مورد اختلاف بین متداعیین را قانون صراحتاً بیان نکرده باشد دادرس بیکی از صور چهارگانه ذیل مواجه میشود:

۱- قانون کامل نباشد

و آن در موردی پیش می‌آید که قانون قسمتی از حکم را بیان نموده و قسمت دیگر را بسکوت برگزار کرده است. مثلا قانون مدنی در باب دوم در ارث میگوید: «فصل سوم در شرایط و جملهٔ از موانع ارث» در فصل مزبور قتل و همچنین لعان که در محیط ایران در عمل پیش نمیآید از موانع ارث میشمارد و کفر را مسکوت گذارده است. از عنوان فصل مزبور معلوم میگردد که مقنن توجه بآن داشته ولی حکم آن را بجهتی از جهات بیان نکرده است. در صورتی که کسی بعنوان وراثت، ارث خود را از بقیهٔ ورثه مطالبه بنماید و آنان باستناد آنکه خواهان کافر است او را ذیحق در ارث ندانند، دادرس مادهٔ صریحی نمییابد که حکم مورد اختلاف را طبق آن صادر نماید.

۲- قانون صریح نباشد-

و آن در موردی است که مادهٔ قانون بوسیلهٔ الفاظی مبهم و مجمل حکمی را بیان نمایـد. بیان حکم بوسیلهٔ اینگونه الفاظ بر خلاف روش قانون‌گذاری است، زیرا قوانین برای عموم افراد کشور وضع میشود تا در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳

عمل بکار ببرند و ناچار باید صریح و فهمانندهٔ مقصود باشد، ولی گاه اتفاق می‌افتد که بدون توجه و یا بجهت مخصوصی قانون بطور اجمال و ابهام وضع میشود.

مثال- ماده «۴۵۳» قانون مدنی میگوید: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهدهٔ بایع است». قانون در مادهٔ مزبور صریحاً حکم را بیان نکرده و بکلمهٔ (بعهدهٔ) اکتفا نموده است و معلوم نمیباشد منظورش از بودن تلف و نقص بعهدهٔ مشتری در صورت اول و بعهدهٔ بایع در صورت دوم چیست؟

۳- قانون متناقض باشد-

اشاره

گاه اتفاق می‌افتد که نسبت بمورد اختلاف، دو حکم متضاد موجود است که عمل بآن دو مقدور نمی‌باشد و آن بر دو قسم است:

اول- تزاحم

و آن در صورتی است که دو عنوان مختلف که هر یک دارای حکم مخصوصی میباشد در مورد واحد در عمل جمع شود. چنانکه در مورد رجوع از اذن بگذاردن سر تیر بر دیوار اختصاصی همسایه است که رفع آن موجب توجه خسارت بصاحب سر تیر میگردد. در مورد مزبور دو حکم در عمل جمع شده است، یکی لزوم رفع سر تیر از دیوار همسایه، زیرا اذن دهنده میتواند هر زمان از اذن خود رجوع بنماید، و بقاء آن پس از رجوع از اذن، تصرف در مال غیر بدون مجوز قانونی میباشد و دیگر عدم جواز رفع سر تیر، زیرا وضع آن باجازهٔ مالک دیوار بوده و رفع آن موجب اضرار بصاحب سرتیر میشود.

دوم- تعارض

و آن در صورتی است که دو قانون با یکدیگر در مفاد اختلاف و تضاد داشته باشند که مادهٔ «۳» قانون آئین دادرسی مدنی آن را تناقض نامیده است.

تعارض بین دو حکم در صورتی پیش می‌آید که:

یک- دو قانون هر دو دارای قوه قانونی باشند، یعنی هیچ‌یک صریحاً یا ضمناً دیگری را نسخ ننموده باشد و آن در صورتی اتفاق می‌افتد که دو قانون متعارض در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۴

یک لایحه باشند و در یک جلسه تقنینیه تصویب شود و این امر بندرت اتفاق می‌افتد.

دو- عام و خاص نباشند.

سه- مجمل و مبین نباشند.

چهار- مطلق و مقید نباشند.

پنج- بین آن دو حکومت و ورود نباشد.

در مورد تعارض دو قانون با یکدیگر چون نمیتوان بهر دو عمل نمود، و نیز نمیتوان هیچ‌یک را بر دیگری مقدم داشت و آن را ملغی الاثر دانست، زیرا هر دو در عرض یکدیگر دارای قوهٔ قانونی میباشند، ناچار هر دو قانون ساقط میشوند و مانند آن خواهد بود که قانون‌گذار نسبت بمورد مزبور حکمی بیان ننموده و قانونی وضع نکرده است.

تبصره- آنچه گفته شد در صورتیست که تناقض بین قوانین عادی باشد و الا هرگاه تناقض بین قانون اساسی و قانون عادی باشد چون آن دو در یک ردیف نیستند نمیتوان مانند تناقض بین قوانین عادی رفتار نمود و هر دو را ساقط دانست، زیرا قانون اساسی از نظر ارزش حقوقی، پایه و اساس تشکیلات کشور و بوسیلهٔ مجلس مؤسسان که بالاترین قوهٔ ملی است وضع شده و قوانین عادی بوسیلهٔ مجلس شورای ملی و سنا وضع میگردد که اختیارات بنمایندگان آن دو مجلس از طرف ملت در حدود قانون اساسی داده شده و نمیتوانند از آن تجاوز کنند، بنابراین باید مجلسین در وضع قوانین خود کاملاـ رعایت انطباق قوانین موضوعه را با قانون اساسی بنمایند. امر مزبور مسلم میباشد و آنچه مورد بحث میتواند قرار گیرد آنست که هرگاه قوهٔ مقننهٔ عادی از حدود خود تجاوز نمود و اشتباهاً قانونی بر خلاف قانون اساسی وضع کرد، آیا قوهٔ قضائیه و دادرس میتواند باستناد آنکه قانون عادی بر خلاف قانون اساسی است قانون عادی را ملغی الاثر بداند، یا آنکه چنین حقی باو داده نشده و باید طبق قانون عادی عمل کند؟.

این موضوع مورد بحث و مطالعهٔ حقوقیین قرار گرفته است و دو روش مختلف

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۵

در کشورهای خارجه عمل میشود:

اول- نظارت در مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی- در روش مزبور دادرسان میتوانند قانون عادی را که بنظرشان بر خلاف قانون اساسی میرسد باطل و لغو بدانند، یعنی قانون اساسی را برتری دهند که آن را(siol sed etil anoitutitsnoc al snad elortnoc eL)نامند. دول متحدهٔ آمریکا پیروی از نظر مزبور نموده است. خطر پیروی از روش مزبور آن است که قدرت سیاسی دولت را در تشخیص اموری که در ادارهٔ امور عمومی کشور لازم میباشد فلج مینماید و از طرف دیگر راهی برای قضات باز میکند که قوانین را دستخوش خود قرار دهند و این امر ممکن است موجب اختلاف دستجات گردد. روش مزبور اعمال نظارت قوهٔ قضائیه بر قوهٔ مقننه است و بر خلاف اصل تفکیک قوا میباشد و بدون اجازهٔ قانون اساسی در ایران نمیتوان از آن پیروی نمود.

دوم- متابعت از قوانین عادی- روش مزبور در سویس پیروی میشود که دادرسان نمیتوانند در مورد تناقض بین قوانین فدرال با قانون اساسی، قوانین فدرال را ملغی الاثر دانسته و طبق آن عمل نکنند، بنابراین عدم رعایت قوهٔ مقننه از قانون اساسی در کشور سویس

بـدون جزا مانـده است. در قوانین کانتونهـا روش اول پیروی میشود و چنانچه کسـی بوسـیلهٔ مقامات صالحـهٔ کانتون از عـدم رعایت قانون اساسی کانتون متضرر شود میتواند بدادگاه فدرال شکایت نماید.

پیروان روش مزبور بر آنند که تشـخیص مطابقت قوانین عادی با قانون اساسـی از وظائف قوهٔ مقننه است و فهم قانون اساسـی در این امر بعهدهٔ اوست، از طرف دیگر نظارت در اعمال قوهٔ مقننه بوسیلهٔ قوهٔ قضائیه محتاج بتصریح قانون است.

۴- در قضیه مطروحه قانون وجود نداشته باشد-

قوه مقننه نمی‌تواند تمامی فروعی که در عمل پیش می‌آید در مجموعهٔ مختصر قانونی در نظر بگیرد، بدین جهت ممکن است موارد عدیـده در عمل اتفاق افتـد که حکم آن در قانون پیش‌بینی نشـده باشـد، چنانکه زوج دادخواست بدادگاه بدهد و درخواست اعلام بطلان نکاح

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۶

را باسـتناد آنکه زوجه او کافرهٔ غیر کتابیه (مشـرکه) است بنمایـد در قانون مدنی ایران راجع باین موضوع مادهٔ دیده نمیشود، با آنکه باجماع فقهای اسلام طبق نص صریح قرآن مجید، نکاح با غیر کتابیه ممنوع است و از نظر حقوق اسلام باطل میباشد.

طریق یافتن حکم در موردی که قانون کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلا قانونی در قضیهٔ مطروحه وجود نداشته باشد

اشاره

چون حکم موارد چهارگانه بالا را نمیتوان مسـتقیماً از مواد قانونی بدست آورد قانون آئین دادرسی مدنی در ذیل مادهٔ «۳» دادرسان را بدو امر راهنمائی نموده و میگوید: «... دادگاه باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسـلم قضیه را قطع و فصل نماید»

امر اول- روح و مفاد قوانین موضوعه

منظور از مـاده از روح قوانین موضوعه اصول و قواعـد حقوقی و همچنین نظریه‌های علمی میباشـد که مبنای قوانین مزبور قرار گرفته است، و منظور از مفاد قوانین موضوعه مفهوم آنها است مانند مفهوم موافق و مخالف.

قوانین بر اصول و قواعدی مبتنی است که دانشـمندان حقوق آنها را با دقتهای فلسـفی و علمی و رعایت اصول مسـلم اجتماعی اتخاذ نموده‌اند. اختلافاتی که بین قوانین کشورها مشهود است ناشی از اصول و قواعد مختلفی است که هر یک پیروی نموده، زیرا چه بسا اصول و قواعـدی را کشوری در وضع قوانین خود رعایت میکند که کشور دیگر آن را نمیپذیرد. اختلاف اصول و قواعد حقوقی در قوانین کشورها ناشـی از نظریات علمی و سرچشـمه‌های حقوقی مختلفی است که قوانین کشورها بر آنها اسـتوار میباشـد، مثلا قوانین مدنی فرانسه چون سرچشـمهٔ خود را از حقوق رومی میگیرد بر اصول و قواعدی اسـتوار است که در حقوق رومی از آن پیروی شده بـا در نظر گرفتن نظریـات دانشـمندان حقوق، و در قوانین مـدنی ایران اصول و قواعـدی پیروی شـده که فقه جعفری (امـامیه) از آن متابعت کرده است و فقهاء آن را در مؤلفات خود بیان نموده‌انـد، مثلًا اثر فسـخ در حقوق ایران از زمان اخذ بخیار است و در حقوق

فرانسه اثر قهقرائی مینماید و مانند بطلان میباشد، مگر در مورد نکاح و اجاره که از زمان فسخ است. فقهای امامیه چون

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۷

دارای نظریات علمی و آراء مختلفی میباشند، قانون مدنی قول مشهور را در هر مسأله اختیار کرده است مگر در موارد بسیار نادری که از آن تجاوز نموده و در محل خود تذکر داده میشود.

برای بدست آوردن روح و مفاد قوانین موضوعه، اطلاعات کافی حقوقی لازم است، زیرا بوسیلهٔ اطلاعات جزئی که برای فهم سطحی مواد قانونی بکار میرود، نمیتوان بروح و مفاد قوانین دست یافت و بدین جهت است که اسلام قوهٔ استنباط را شرط قضاوت میشمارد، چه بدون داشتن قوهٔ مزبور دادرس نمیتواند در مواد چهارگانه بالاـ دعاوی را در حدود قانون قطع و فصل بنماید و در مقابل ایمان و وجدان خود خجل و مسئول خواهد بود.

امر دوم- عرف و عادت مسلم-

منظور از عرف و عادت مذکور در مادهٔ «۳» آئین دادرسی مدنی، عرف و عادت جامعه است بامری که در نتیجهٔ تکرار، افراد بآن انس مفرط پیدا نموده‌اند که عمل بر خلاف، چندان منکر جلوه میدهد که احساسات افراد را بشدت جریحه‌دار مینماید، این گونه عادات اغلب سرچشمهٔ مذهبی دارد.

قوانین از نظر حفظ نظم و آرامش جامعه، عرف و عادت را محترم شمرده و رعایت آن را لازم دانسته، ولی عرف و عادتی که بدین درجه از تأثیر نرسیده و یا مسلم نباشد، قانون آن را محترم نشمرده، زیرا تخلف از آن موجب اخلال نظم نمیگردد این است که ماده عرف و عادت را با کلمهٔ مسلم مقید نموده است.

بنابر آنچه گذشت دادگاه در موارد چهارگانه بالا موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل مینماید، و هرگاه در قضیهٔ مطروحه عرف و عادت مسلم بر خلاف روح و مفاد قوانین باشد، بنظر میرسد که دادرس باید موافق عرف و عادت مسلم رأی صادر نماید.

روش نویسنده

روشی که در این مختصر برای حل فروض و قضایای حقوقی اتخاذ شده، روش تجزیه و تحلیل میباشد، یعنی مواد قانونی مانند مواد طبیعی در لابراتوار علمی تجزیه و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۸

تحلیل شده و اصول و قواعد حقوقی و نظریات علمی که مبنای آنها قرار گرفته، استخراج میشود. بنظر میرسد تنها روشی که میتواند از جهت قضائی مسائل حقوقی را روشن گرداند، روش تجزیه و تحلیل است که امروزه در تحقیقات علمی در رشته‌های مختلف علوم متداول میباشد و از دیر زمانی روش بعضی از فقهاء اسلام بوده است. گواه این است امر مندرجات کتاب مکاسب استاد فقهاء عصر حاضر شیخ مرتضی انصاری میباشد که تحقیقات علمی خود را در فروعات و مسائل حقوقی بوسیلهٔ روش تجزیه و تحلیل بمنتها درجه رسانیده است.

چون این مختصر گنجایش آن را ندارد که مواد قانونی از جهات مختلفهٔ حقوقی مورد مطالعه و تحقیق قرار گیرد، و در عین حال برای راهنمائی دانشجویان دانشکده حقوق که پس از پایان تحصیل اغلب مقام دادرسی را عهده‌دار میگردند نوشته شده است، لذا کوشش فراوان بکار رفت تا مواد، بیشتر از نظر قضائی تحقیق و مطالعه شود و مواردی هم که در عمل ممکن بود پیش آید و حکم

قانون در بارهٔ آن موارد کامل و یا صریح نمیباشد و یا اصلا قانونی وجود ندارد، موافق روح و مفاد قوانین موضوعه کشوری حکم آن بیان گردد.

در نوشتن این مختصر کوشش بعمل آمده که مطالب علمی حتی المقدور با بیان ساده شرح داده شود و لغات متداول و دور از فهم دانشجویان استعمال نگردد و تا آنجائی که ممکن بود عبارات و لغات ساده بکار برده و پیرامون اصطلاحات علمی که فهم آن احتیاج باطلاعات علمی عمیق دارد نگشته است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ و به نستعین

کتاب اول در اموال و مالکیت بطور کلی

باب اول – در بیان انواع اموال

اشاره

اموال کلمه ایست عربی و جمع مال میباشد. مال در اصطلاح حقوقی بچیزی گفته میشود که بتواند مورد دادوستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادله را داشته باشد.

اموال باقسام زیر منقسم میشود:

۱– اموال مادی و اموال غیر مادی

تقسیم مزبور را قانون مدنی فرانسه بیان نموده و آن از حقوق رومی اقتباس شده است.

اموال مادی اموالی هستند که میتوان آنها را لمس نمود مانند: میز، صندلی خانه. اموال غیر مادی اموالی هستند که وجود مادی در خارج ندارد، ولی جامعه وجود آن را اعتبار نموده و قانون هم آن را شناخته است مانند حق تألیف، حق تصنیف، حق اختراع.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۰

حقوقیین دائرهٔ اموال غیر مادی را توسعه داده و هر نوع حق مالی را از افراد آن دانسته‌اند، بنابراین کلیهٔ حقوق عینی (غیر از حق مالکیت) مانند حق ارتفاق، حق انتفاع و همچنین حق دینی (طلب) از اموال غیر مادی بشمار میرود. چنانکه از تعریف بالا معلوم گردید اموال اشیائی هستند که دارای ارزش مبادله باشند و هرگاه دارای ارزش مزبور نباشند مانند: هوا، روشنائی روز از اموال بشمار نمی‌روند. بنابراین مالیت اشیاء بسته بوضعیت اقتصادی آنها است اگر چه دارای مالکی هم نباشد. نداشتن مالك در اموال مادی امکان‌پذیر است مانند مباحات (اراضی موات و مروارید در دریا) ولی در اموال غیر مادی مانند حق عینی (غیر از مالکیت) چون تصور حق بدون تصور صاحب حق ممکن نیست، مادام که بدون صاحب باشد در ردیف اموال بشمار نمیآید. همچنین است در مورد حق دینی، که بدون وجود دائن که صاحب حق میباشد و مدیون که مکلف بانجام تعهد است، حق دینی متصور نیست.

بعضی از حقوقیین فرانسه بر آنند که اشیاء بخودی خود اگر چه قابلیت دادوستد را داشته باشند اموال نامیده نمیشوند، بلکه باید موضوع حق قرار گیرند تا اموال بر آنها صدق کند، خواه مستقیم مانند حقوق عینی و خواه غیر مستقیم مانند حقوق دینی که موجب بدست آوردن حقوق عینی می گردد.

حق مالکیت چون کاملترین حق عینی است و تمامی منافع اقتصادی مال را در بر دارد با موضوع خود که ملك باشد در عرف یکی شناخته میشود، بطوری که مالك اسب و خانه میگوید: اسب من و خانهٔ من بجای آنکه بگوید من دارای حق مالکیت بر اسب و خانه هستم و بدین جهت حقوقیین رومی و همچنین حقوقیین جدید در تقسیمات مال، حق مالکیت را در ردیف اموال غیر مادی بشمار نیاورده‌اند با آنکه حق مالکیت از اموال غیر مادی میباشد، ولی حقوق عینی دیگر مانند: حق انتفاع

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۱

و حق ارتفاق که شامل تمامی منافع اقتصادی مال مورد حق نمیشود، در نظر عرف با مال مورد حق یکی شناخته نشده و اشتباه نمیگردد، مثلا صاحب حق ارتفاق در خانه نمیگوید خانهٔ من بلکه میگوید: من در خانهٔ فلان حق ارتفاق دارم، و همچنین است حق دینی، یعنی در نظر عرف با مال مورد آن که در صورت ایفاء تعهد بعداً حاصل میشود یکی شناخته نشده است.

تقسیم اموال بمادی و غیر مادی اکنون دارای اثر علمی نیست و بدین جهت قانون مدنی ایران از آن نامی نبرده است، ولی بالعکس در حقوق رومی که اموال مادی فقط قابلیت تصرف را داشته و بوسیلهٔ قبض و اقباض Tradition قابل تملك بوده، تقسیم اموال بمادی و غیر مادی بعمل آمده است.

۲- اموال مثلی و قیمی

قانون مدنی در موارد عدیده مخصوصاً در مبحث غصب و تسبیب و اتلاف کلمهٔ مثلی و قیمی را استعمال کرده است و بدین جهت در مادهٔ ۹۵۰ آن دو اصطلاح را تعریف نموده و میگوید: «مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد، مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است و مع ذلك تشخیص این معنی با عرف میباشد» تقسیمات فرعی دیگری نیز در قانون مدنی مشاهده میشود، مانند اعیان و منافع، اموالی که با انتفاع از آن عین باقی میماند و اموالی که با انتفاع از آن عین باقی نمیماند که دانستن معنای هر یك لازم میباشد.

۳- اعیان و منافع

اعیان- و آن اموال مادیست که در خارج موجود میباشد و بوسیلهٔ حس لامسه میتوان آنها را لمس نمود مانند: خانه، باغ و امثال آن.

منافع- و آن، چیزیست که از اعیان استفاده و بتدریج حاصل میگردد و مستقیما

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۲

قابل لمس نمیباشد، اگر چه ممکن است در مواردی بصورت اعیان درآید مانند:

نمائات و ثمره و نتاج حیوانات.

تقسیم مزبور در مورد بیع و اجاره بکار میرود، چه بیع تملیک عین است و اجاره تملیک منفعت.

۴- اموالی که با انتفاع از آن عین باقی میماند و اموالی که با انتفاع از آن عین باقی نمیماند

اموالی که با انتفاع از آن عین باقی میماند اموالی هستند که استفاده از آن بنابود شدن آن نمیباشد، و لو آنکه بتدریج در اثر استعمال و انتفاع کهنه شده و از انتفاع بیفتد مانند گل، کفش، لباس و امثال آن.

اموالی که با انتفاع از آن عین باقی نمیماند اموالی هستند که استفادهٔ از آن بنابود نمودن آن است، مانند خوراکی‌ها و آشامیدنیها که استفادهٔ از آنها خوردن و آشامیدن آنها است. و هرگاه استفاده دیگری از آنها بشود بدون آنکه نابود گردد، چنانکه در پشت شیشه برای جلب توجه عابرین بگذارند از دستهٔ اخیر خارج نمیشود، زیرا منظور از انتفاع انتفاع متعارف میباشد، نه آنکه بطرز نادر مورد استفاده قرار گیرد. تقسیم مزبور در مورد اجاره، عاریه، حق انتفاع بکار میرود زیرا فقط اموالی را میتوان مورد اجاره و عاریه و حق انتفاع قرار داد که با انتفاع از آن عین باقی بماند و الا اجاره و عاریه و حق انتفاع آن باطل است.

۵- اموال منقول و اموال غیر منقول

اموال منقول اشیائی هستند که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد و بالعکس اموال غیر منقول اشیائی هستند که از محلی بمحل دیگر نتوان نقل نمود.

این تقسیم در قوانین بعض ملل قدیمه دیده میشود، ولی چون اثر مهم عملی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳

نداشته مورد توجه قوانین قدیمه دیگر قرار نگرفته است.

در حقوق رومی تقسیم دیگری مانند تقسیم بالا- موجود بوده که اموال را به Res mancipi و Res nec mancip تقسیم نموده‌اند. بنظر کائیوس (۲۱، ۱۱) Gaius Res mancipi اموالی هستند که بوسیلهٔ mancipation قابل نقل و انتقال بوده مانند اراضی ایطالیا و حقوق متعلقهٔ بآن و همچنین است خانه، برده و حیوانات سواری. اموال دیگر از دستهٔ Res nec mancipi میباشد مانند: پول، حیوانات اهلی کوچک مثل گوسفند و امثال آن. فرق مزبور در حقوق رم از زمان الواح دوازده‌گانه رومی بوده است.

فرق آثار و احکام حقوقی که اکنون بین اموال منقول و غیر منقول موجود است در قانون اسلام نمیباشد، بدین جهت تقسیم بالا در آن دیده نمیشود ولی در موارد مختلفه مانند قبض مبیع، فرق بین اموال منقول و غیر منقول گذارده‌اند چنانکه علامه در تذکره در باب قبض گفته است: هرگاه مبیع غیر منقول باشد مانند اراضی و خانه قبض آن بتخلیه و تصرف دادن بمشتری است و همچنین شیخ انصاری در مکاسب گفته است: فقهاء در ماهیت قبض منقول اختلاف کرده‌اند ولی در غیر منقول متفقند که تخلیه آن کفایت می‌نماید.

قانون مدنی ایران پیروی از قانون مدنی فرانسه نموده و بین اموال منقول و غیر منقول فرق گذارده و اموال را بمنقول و غیر منقول تقسیم کرده و با تغییرات کمی مواد قانون مدنی فرانسه را ترجمه نموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴

فصل اول در اموال غیر منقول

اشاره

قانون مدنی اموال غیر منقول را بچهار دسته تقسیم نموده است:

الف- اموالی که ذاتاً غیر منقول هستند.

ب- اموالی که بواسطه عمل انسان غیر منقول هستند.

ج- اموالی که در حکم غیر منقول هستند.

د- اموالی که تابع غیر منقول هستند.

الف- اموالی که ذاتاً غیر منقول هستند

ماده «۱۲» قانون مدنی در قسمت اول خود میگوید: «مال غیر منقول آنست که از محلی بمحل دیگر نتوان نقل نمود ...» و در اول مادهٔ «۱۳» اراضی را مثال برای آن ذکر کرده است. اراضی تنها فرد غیر منقول ذاتی میباشد و آن شامل تمامی قسمتهای زیر زمینی از معادن و سنگ و خاک میشود. غیر منقول ذاتی کامل‌ترین اقسام غیر منقول میباشد، چه صفت غیر منقول، طبیعی آن است.

ب- اموالی که بواسطه عمل انسان غیر منقول هستند.

قسمت اخیر ماده «۱۲» قانون مدنی میگوید «... یا بواسطهٔ عمل انسان بنحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود» ماده مزبور تعریف غیر منقولی را نموده که قبلا منقول بوده و بواسطه عمل انسان غیر منقول شده است.

برای آنکه هیچ‌گونه اشتباهی در تشخیص آن پیش نیاید در ماده «۱۳ و ۱۴» قانون مدنی افراد برجسته آن ذکر گردیده:

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۵

ماده- ۱۳-: «اراضی و ابنیه و آسیا و هر چه که در بنادر منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب میشود غیر منقول است و همچنین است لوله‌ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد».

ماده- ۱۴ «آئینه و پردهٔ نقاشی و مجسمه و امثال آنها در صورتی که در بنا یا زمین بکار رفته باشد، بطوری که نقل آن موجب نقص یا خرابی خود آن یا محل آن بشود غیر منقول است».

بنابراین میخی که بدیوار کوبیده شده اگر کندنش موجب خرابی محل آن گردد غیر منقول است.

از ماده «۱۴» و قسمت اخیر ماده «۱۲» فهمیده میشود، اموال منقولی که بواسطهٔ عمل انسان غیر منقول میگردند دارای سه شرط میباشند.

اول- ذاتاً منقول باشد.

دوم- در زمین یا ساختمان بکار رفته باشد.

سوم- هرگاه بخواهند آن مال را از زمین یا ساختمان جدا نمایند خراب یا ناقص گردد و یا نقص و خرابی در محل آن پیدا بشود.

بنابراین هرگاه مال منقول ذاتی در زمین یا بنا بکار نرفته باشد، مانند آئینه که در طاقچه بگذارند، و یا در بنا بکار رفته ولی جدا کردنش باعث خرابی آن یا محلش نشود مانند، تلفن دیواری و یا کنتور برق و یا پرده‌هائی که بوسیلهٔ میخ بدیوار آویخته شده، غیر منقول نمیباشند.

چون صفت غیر منقول در اموال مذکور در بالا ذاتی آنها نمیباشد، این است که اینگونه اموال مادام که بزمین و یا بنا متصل هستند غیر منقول میباشند و پس از آنکه از بنا یا زمین جدا گردید، اگر چه در اثر جدا کردن نقص و خرابی در آن یا در محل آن پیدا شود، منقول میشوند. برای توجه دادن باین امر در دو ماده «۱۵ و ۱۶» قانون مدنی اشیاء غیر منقولی که معمولا بصورت منقول در می‌آیند بیان شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۶

ماده- ۱۵- «ثمره و حاصل مادام که چیده و یا درو نشده است غیر منقول است اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده تنها آن قسمت منقول است».

ماده ۱۶- «مطلق اشجار و شاخه‌های آن و نهال و قلمه مادام که بریده یا کنده نشده است غیر منقول است».

بنابراین مصالحی که در بنا بکار میرود و همچنانی که قبل از ساختمان منقول بوده و در اثر بکار رفتن در بنا جزء ساختمان شده و غیر منقول گردیده، بار دیگر هرگاه ساختمان خراب گردد آن مصالح منقول میشود. فایدهٔ عملی تقسیم اموال بمنقول و غیر منقول، اختلاف احکامی است که در قانون ایران برای هر یک از آنها موجود است که ذیلا بیان میگردد.

اول- اتباع بیگانه نمیتوانند مانند اتباع ایران، اموال غیر منقول بطور غیر محدود دارا باشند، بلکه طبق قانون مصوب ۱۶ خرداد ماه ۱۳۱۰ محدودیتهائی دارند.

دوم- طبق ماده «۴۶ و ۴۷» قانون ثبت اسناد و املاک کلیه عقود و معاملات راجع باملاک ثبت شده، باید ثبت گردد و اموالی که ثبت میگردند، اموال غیر منقول میباشند.

سوم- دعاوی راجعه باموال غیر منقول در دادگاهی اقامه میشود که مال غیر منقول در حوزهٔ آن واقع است (ماده ۲۳ آئین دادرسی مدنی).

چهارم- بازداشت و مزایده اموال غیر منقول دارای ترتیب مخصوصی است که باید رعایت شود (مواد «۶۶۳» ببعد از قانون اصول محاکمات حقوقی).

پنجم- مدت مرور زمان در دعوای ملکیت و وقفیت نسبت باموال غیر منقول بیست سال است و در اموال منقول ده سال است (ماده «۷۳۷ و ۷۳۸» آئین دادرسی مدنی).

ج- اموالی که در حکم غیر منقول میباشند

در اثر توسعه کشاورزی و تأثیر مهم آن در تولید وسائل زندگی در اوائل قرن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷

نوزدهم حقوقیین بفکر افتادند که برای کمک به پیشرفت آن، اموالی که در امور کشاورزی بکار میرود و ذاتاً منقول هستند مانند گاو، شخم، بذر، کود، از نظر رابطهٔ نزدیکی که بین آنها و ملک مزروعی موجود است، از حیث صلاحیت دادگاهها و بازداشت آنها در حکم غیر منقول شناخته شود. این نظر در مجموعه‌های قوانین تأیید و ذکر گردیده و قانون مدنی ایران هم در ماده «۱۷» خود به پیروی از قانون مدنی فرانسه میگوید: «حیوانات و اشیائی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد از قبیل گاو و گاومیش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و بطور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم، و مالک آن را باین امر تخصیص داده باشد از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال، جزء ملک محسوب و در حکم مال غیر منقول است و همچنین است تلمبه و گاو و یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شده است».

جریان حکم غیر منقول در موارد مخصوصی که در ماده بالا ذکر گردیده استثناء از قاعده میباشد و بدین جهت نمیتوان حکم ماده مزبور را نسبت باموال منقولی که در امور صنعتی و کارخانجات بکار میرود سرایت داد و آنها را از غیر منقول دانست.

بنابراین هرگاه وضعیت اقتصادی چنین اقتضائی را بنماید، ماده جدیدی باید برای آن وضع گردد.

د– اموالی که تابع غیر منقول هستند

قانون مـدنی ایران در مادهٔ «۱۸» حقوق عینی که موضوع آن مـال غیر منقول میباشـد ماننـد حق انتفاع، حق ارتفاق و همچنین دعاوی راجعه باموال غیر منقول را از نظر صلاحیت دادگاههای تابع اموال غیر منقول قرار داده است.

ماده ۱۸: «حق انتفاع از اشـیاء غیر منقوله مثل حق عمری و سـکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت بملك غیر، از قبیل حق العبور و حق المجری و دعاوی راجعه باموال غیر منقوله از قبیل تقاضا، خلع ید و امثال آن تابع اموال غیر منقول است»

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۸

و ماده «۲۳» آئین دادرسـی مـدنی نیز بـاین امر اشاره نموده میگویـد: «دعاوی راجعه بغیر منقول اعم از دعاوی مالکیت و سایر حقوق راجعهٔ بـآن در دادگاهی اقامه میشود که مال غیر منقول در حوزهٔ آن واقع است اگر چه مـدعی و مـدعی علیه هم در آن حوزه مقیم نباشند.»

بنابر آنچه در بالا ذکر گردید اموالی که تابع اموال غیر منقول میباشند عبارتند از:

اول– حق انتفاع از اموال غیر منقول مانند عمری و رقبی و سکنی، ولی حق انتفاع از اموال منقول میباشند.

دوم– حق ارتفاق مانند: حق العبور، حق المجری و اقسام دیگر از حق ارتفاق

سوم– حق حریم.

چهارم– حق تحجیر در زمین موات.

پنجم– حق وثیقه نسبت بمـال غیر منقول، خواه قضـائی باشـد ماننـد حق ناشـی از بـازداشت اموال غیر منقول، یا قراردادی ماننـد حق مرتهن یا منتقل الیه در مورد معاملات با حق استرداد.

چنانکه از مواد مذکور در بالا معلوم میگردد، کلیه حقوق عینی بر اموال غیر منقول تابع غیر منقول میباشد.

ششم– دعـاوی راجعه بـاموال غیر منقـول، از قبیـل تقاضـای خلع یـد، رفع مزاحمت، تصـرف عـدوانی و همچنین است دعوی مطالبهٔ خسـارات متوجه بمـال غیر منقـول و اجرت المثـل آن، زیرا دعـاوی مزبور اگر چه مطالبـهٔ خسـارات و موضوع آن منقول است، ولی راجع به مـال غیر منقول میباشـد، بخلاف مال الاجاره مال غیر منقول که طبق صـریح ماده «۲۰» قانون مـدنی منقول است، زیرا در اثر عقـد اجاره برای مسـتأجر تعهـد بـدادن مال الاجاره ایجاد میگردد، بـدین جهت است که دعوی راجع بدین اگر چه حاصل از معاملهٔ غیر منقول باشد مانند ثمن بیع خانه، دعوی راجع بغیر منقول نمیباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۹

فصل دوم در اموال منقوله

اموال منقول بر دو قسم است:

اشاره

۱– اموالی که ذاتاً منقولند.

۲– اموالی که در حکم اموال منقول میباشند.

۱– اموالی که ذاتاً منقولند

قانون مدنی در ماده «۱۹» میگوید: «اشیائی که نقل آن از محلی بمحل دیگر ممکن باشد بدون اینکه بخود یا محل آن خرابی وارد آید منقول است» از تعریفی که قانون مدنی نموده معلوم میشود برای آنکه مال منقول باشد دو شرط لازم است:

الف- نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد.

ب- نقل آن موجب خرابی خود مال و یا محل آن نشود.

بنابراین هرگاه مالی دارای دو شرط بالا- باشد منقول است و چنانچه مال مزبور در بنا یا زمین نصب گردیده و یا بکار برده شد بطوری که نقل نمودن آن موجب خرابی مال یا محل آن گردد غیر منقول میشود، و از اقسام غیر منقولی خواهد بود که بوسیلهٔ عمل انسان غیر منقول شده است، این است که قانون مدنی در مادهٔ «۲۲» میگوید: «مصالح بنائی از قبیل سنگ و آجر و غیره که برای بنائی تهیه شده و یا بواسطه خرابی از بنا جدا شده مادام که در بنا بکار نرفته داخل در منقول است».

چون برای بازداشت بعضی از اموال منقول مانند کشتیها و حمامهائی که در رودخانه یا دریا ساخته شده و امثال آنها ممکن بود مقرراتی شبیه بمقررات اموال

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۰

غیر منقول وضع شود، و این امر موجب میگردید که آنها غیر منقول شناخته شوند، ماده «۲۱» قانون مدنی ایران برای رفع سوء تفاهم، به پیروی از قانون مدنی فرانسه میگوید: «انواع کشتیهای کوچک و بزرگ و قایقها و آسیاها و حمامهائی که در روی رودخانه‌ها و دریاها ساخته میشود و میتوان آنها را حرکت داد و کلیه کارخانه‌هائی که نظر بطرز ساختمان جزو بنای عمارتی نباشد داخل در منقولات است ولی توقیف بعضی از اشیاء مزبوره ممکن است نظر باهمیت آنها موافق ترتیبات خاصه بعمل آید».

۲- اموالی که در حکم اموال منقول میباشند

قانون مدنی از اموالی که در حکم اموال منقول هستند تعریفی ننموده و فقط در ماده «۲۰» میگوید: «کلیه دیون از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال الاجاره عین مستأجره از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است و لو اینکه مبیع یا عین مستأجره از اموال غیر منقوله باشد» منظور از دیون کلیه تعهداتیست که موضوع آن اموالی باشد که ذاتاً منقول است، یعنی در نتیجهٔ اجراء آن، مال منقول بدست آید، اگر چه تعهد ناشی از انتقال مال غیر منقول باشد این است که ماده مثال را بدین حاصل از فروش خانه یا اجازهٔ آن زده است.

قانون مدنی ایران اموال زیر را با آنکه منقول میباشند نام نبرده و در ردیف اموال منقول ذکر ننموده است.

الف- حق انتفاع از اموال منقول.

ب- حق وثیقه بر اموال منقول، خواه قضائی باشد، مانند حق ناشی از بازداشت و یا قراردادی، مانند حق مرتهن یا منتقل الیه در مورد معاملات با حق استرداد.

ج- دعاوی راجعه باموال منقول، خواه موضوع آن اثبات مالکیت و یا حق عینی دیگر باشد و خواه مطالبهٔ استرداد آن بشود.

د- حق مخترع نسبت باختراع خود و مؤلف و مصنف نسبت بآنچه تألیف یا تصنیف نموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱

ه- دینی که موضوع آن غیر منقول باشد، چنانکه کسی تعهد نماید که ده هزار متر مربع زمین مزروعی در ناحیهٔ معینی بدیگری انتقال دهد.

و- حق شرکاء در شرکتهای تجاری، خواه شرکت تضامنی باشد، یا سهامی، یا نسبی، یا تعاونی تولید و مصرف. ولی حق شرکاء در شرکتهای مدنی از نظر آنکه شرکت شخصیت حقوقی ندارد شرکاء مشاعاً مالک سرمایه میباشند و هرگاه سرمایه آن غیر منقول

باشد سهم هر یک غیر منقول و هرگاه منقول باشد سهم آنان منقول است.

نمیتوان ماده «۲۰» قانون مدنی را شامل اموال منقول مذکور در بالا دانست، زیرا مادهٔ مزبور فقط دیون را بیان کرده و مثالهائی هم برای دیون زده است و در اصطلاح حقوقی به هیچ یک از امور بالا- جز بند (ه) دیون اطلاق نمیشود، ولی میتوان از مادهٔ بالا- و مجموع مواد مذکور در فصل اول (در اموال غیر منقول) اموال مزبور را در حکم اموال منقول دانست.

فائدهٔ دانستن فرق بین اموال منقول و اموال غیر منقول آن است که هرگاه کسی دارائی منقول خود را به تنهائی یا غیر منقول خود را به تنهائی مورد صلح یا وصیت قرار دهد بسهولت میتوان مورد صلح یا وصیت را تشخیص داد.

اقسام اموال در حقوق امامیه

اشاره

در حقوق امامیه اموال باقسام زیر منقسم میشود:

۱- عین

و آن عبارت است از شیئی مادی که قابل لمس باشد: مانند میز، صندلی، زمین.

۲- منفعت

و آن عبارت از چیزی است تدریجی الحصول که از شیئی مادی حاصل میشود، خواه آنکه هر آنی از منفعت که حاصل شود معدوم گردد تا آن دیگر بوجود آید مانند: سکونت خانه، سواری اسب، و یا آنکه آنات منفعت متراکم

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲

شده، و بصورت عین در آید مانند میوهٔ درخت.

۳- دین

و آن عبارت از چیزی است در عهدهٔ کسی که ملتزم بایفاء میباشد که آن را ما فی الذمه نیز گویند و باعتبار طلبکار طلب نامند، چنانکه کسی بدیگری سیصد تومان بدهکار باشد، سیصد تومان که در ذمهٔ مدیون است، دین گویند.

۴- حق مالی

حق عبارت از سلطنت و اقتداری است که برای کسی در انجام و عدم انجام امری، حق ممکن است مستقیماً دارای ارزش باشد که آن را حق مالی گویند مانند حقوق عینی، و ممکن است دارای ارزش نباشد مانند حق ابوت، حق زوجیت که آن را حق غیر مالی گویند. بعضی از حقوق غیر مالی هستند که غیر مستقیم دارای ارزش میباشند یعنی ایجاد حق مالی میکند مانند نفقهٔ اقارب در حق ابوت یا نفقهٔ زوجهٔ دائمه در حق زوجیت.

حق مالی بر دو قسم است:

الف- حق عینی- و آن حقی است که کسی نسبت بعین خارجی دارد و باعتبار آن، حق عینی نامند. حق مالکیت که اقتدارات مالک

در آن مطلق میباشد و باین اعتبار میتواند همه گونه تصرف را در ملك خود بنماید، در نظر عرف با عنوان مالکیت یکی شناخته میشود و اصطلاحاً از اقسام حقوق عینی بشمار نمیآید. حقوق عینی مانند حق ارتفاق، حق انتفاع، حق وثیقه، حق تحجیر، حق شفیعه میباشد.

ب- حق مالی غیر عینی- حق خیار حق مالی غیر عینی است، زیرا حق خیار، تسلط در برهم زدن عقد است و آن برای متعاملین ارزش دارد. در این امر فرقی نمینماید که مورد آن دین باشد یا عین. کلیه حقوق مالی از طرف صاحب آن قابل اسقاط میباشد، زیرا هر کس میتواند در مال خود هر گونه تصرفی بنماید و اسقاط یکی از آن تصرفات است، همچنانکه هر کس میتواند از ملك و حقوق عینی خود اعراض و صرف نظر نماید.

تمامی حقوق مالی قابل نقل و انتقال میباشند. مال چیزی را گویند که بتواند مورد دادوستد قرار گیرد یعنی دارای ارزش معاوضه باشد. هر کس انتفاع از چیزی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳

را میخواهد سعی میکند آن را بدست آورد و هرگاه برای این امر دادن مالی لازم باشد آن را بدهد، بنابراین بستگی تامی بین ارزش انتفاع و ارزش معاوضه است. تمامی اقسام حقوق مالی قابلیت ارزش انتفاع را برای هر فردی ندارد بلکه بعضی از اقسام آن باعتبار رابطهٔ مخصوص و آثار انحصاری که نسبت بدستهٔ از افراد دارد، آنان فقط میتوانند از آن منتفع شوند، مانند حق خیار که فقط ذو الخیار و کسی که از اجراء آن متضرر میگردد میتواند نفع برد، زیرا اثر اجراء خیار انحلال معامله است و نتیجهٔ قهری آن برگشتن هر یك از عوضین بمالك قبل از عقد میباشد و اشخاص ثالث به هیچ وجه از اخذ بخیار و یا اسقاط خیار از طرف صاحب آن منتفع و متضرر نمیگردند چنانکه در شرط خیار بنفع شخص ثالث است. بنابراین فقط من علیه الخیار که از فسخ متضرر است حاضر میشود و در مقابل دارا شدن آن، بذل مال بنماید و پس از مالکیت خیار مانند ناقل بخود، میتواند معامله را فسخ کند و یا آن را ساقط بنماید و همچنین است حق اخذ بشفعه که فقط میتوان بمشتری واگذار نمود و در مورد مزبور ساقط میشود. ولی حقوق دیگر مانند حق انتفاع، حق تحجیر و امثال آن بطور مطلق قابل انتقال است و بهر کس میتوان انتقال داد، زیرا هر فردی میتواند از آن منتفع گردد.

یکی از اقسام حقوق، حق افراد نسبت بمشترکات عمومی است مانند حق عبور در معابر، نشستن در باغهای ملی و یا سکونت در حجرات مدارس قدیمه. تمامی افراد جامعه نسبت بمشترکات عمومی مساوی میباشند و بدین جهت قابل نقل و انتقال نیست.

۵- عمل

و آن انجام فعل است مانند خیاطت لباس و یا نوشتن کتاب و امثال آن.

عمل دارای ارزش معاوضه است و ارزش آن بوسیلهٔ اجرت تعیین میگردد. از نظر اقتصادی عمل سرچشمه سرمایه است.

حکم- عبارت از مقرراتی است که از نظر حفظ نظم اجتماعی وضع شده است و آن بر دو قسم میباشد: تکلیفی- وضعی.

حکم تکلیفی- چنانکه از نام آن معلوم است عبارت از الزام بانجام امر یا ترک آن میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۴

اجازه در انجام امر و یا ترک آن را نیز از احکام تکلیفی شمرده‌اند. بنابراین در حقوق اسلام، احکام تکلیفی بر پنج قسم است واجب، حرام، مستحب، مکروه، مباح.

حکم وضعی- و آن عبارت از تأثیر شیئی در شیئی دیگر میباشد مانند: سبب، مانع، شرط، علت. تأثیر مزبور در عالم حقوق امر اعتباری است و قانون‌گذار آن را از نظر نظم روابط اجتماعی اعتبار نموده است و بافراد اجازه نمیدهد که از تأثیر آن جلوگیری بنمایند و بدین جهت قابل اسقاط و نقل و انتقال نمیباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۵

فصل سوم در اموالی که مالک خاص ندارد

اشاره

قبل از آنکه شرح اموالی که مالک خاص ندارد داده شود، لازم است مالکیت تعریف گردد.
مالکیت حقی است که شخص نسبت بعین خارجی دارد و میتواند همه گونه تصرف در آن بنماید و هر گونه انتفاع از آن ببرد، مگر آنکه قانون استثناء نموده باشد (ماده ۳۰ قانون مدنی)
این تعریف، تعریف مالکیت فردی است که هر یک از افراد جامعه میتوانـد آن را دارا باشد، چنانکه در فصل مالکیت شـرح آن بیان میشود.
در مقابل اموالی که موضوع مالکیت فردی قرار میگیرند، اموالی هستند که مالک خاص ندارد و آن بر سه قسم است:

۱- مشترکات عمومی

اشاره

مشترکـات عمومی چنانکه از نام آن معلوم میشود اموالی است که متعلق بعموم میباشـد، و طبق ماده «۲۳» قانون مدنی استفاده از آنها برای افراد مطـابق قـوانین مربوطه بآنهـا خواهـد بود. هیـچ یـک از افراد نمی‌توانـد در اینگونه اموال تصـرفی نمایـد که دیگران از آن استفادهٔ آن محروم گردند و آن بر دو نحو است:

الف- تملیک بوسیله افراد

این امر را قانون مدنی در ماده «۲۴ و ۲۵» صراحتاً منع نموده است.
ماده «۲۴» قانون مدنی بطور مثال میگوید: «هیچ کس نمیتواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هائی را که آخر آنها مسدود نیست تملک نماید» ولی کوچه‌هائی که آخر آنها مسدود است هرگاه ملک افراد باشد آنها میتوانند در آن هر گونه تصرفی
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶
بنماینـد، مثلًا هرگـاه کوچهٔ بن‌بستی متعلق بیکی از خانه‌هـای مجـاور است و خانه‌هـای دیگر در آن حق عبور دارنـد، مالـک کوچه میتواند با توافق نظر دیگران آن را جزء خانهٔ خود بنماید و هرگاه کسـی حق درب در آن کوچه نداشته باشد مالک میتواند هر گونه تصـرفی که بخواهـد در آن بکنـد و موافقت دیگران لازم نیست هرگاه کوچهٔ بن‌بست ملک افراد نباشـد ماننـد کوچه‌هائی است که آخر آنها مسدود نیست و از مشترکات عمومی میباشد.
ماده ۲۵ ق. م: «هیـچ‌کس نمی‌توانـد اموالی را که مورد اسـتفادهٔ عموم است و مالک خاص نـدارد از قبیل پلها و کاروانسـراها و آب انبارهـای عمومی و مـدارس قـدیمه و میـدانگاههای عمومی، تملـک کنـد. همچنین است قنوات و چاههائی که مورد اسـتفادهٔ عموم است»

ب- استفادهٔ انحصاری

استفادهٔ انحصاری از مشترکات عمومی بدون آنکه تملک شود ممنوع میباشد، مانند آنکه بعض افراد آن را مورد استفادهٔ اختصاصی خود قرار دهند بطوری که عملا افراد دیگر نتوانند انتفاعی را که مال مزبور مهیای آن است ببرند، چنانکه عدهٔ دستفروش شارع عام را محل توقف خود قرار دهند، زیرا این امر مانع از عبور دیگران بطور آزاد میباشد و یا آنکه هرگاه شارع محل عبور بهائم و اتومبیل است تیر یا مانع دیگری در جلوی آن قرار دهند که بهائم و اتومبیل نتوانند بگذرند. و هم چنین است هرگاه مدارس قدیمه یا مساجد را منزل اختصاصی و انبار تجاری کنند.

قانون مدنی ایران ماده مخصوصی در منع افراد از استفادهٔ انحصاری از مشترکات عمومی ندارد، ولی این امر از ماده «۲۴ و ۲۵» قانون مدنی و موادی که مربوط بعدم جواز تغییر نحوهٔ انتفاع از موقوفات است در موردی که مشترکات عمومی از موقوفات باشد استنباط میگردد و در موارد دیگر از وحدت ملاک میتوان این امر را استنباط نمود.

برای آنکه تصور نرود اموالی که دولت برای مصالح یا انتفاعات عمومی در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۷

دست دارد از مشترکات عمومی خارج و قابل تملک فردی است، قانون مدنی در ماده «۲۶» تصریح باین امر نموده و میگوید: «اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و قلاع و خندقها و خاکریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره و سفائن جنگی و همچنین اثاثیه و ابنیه سلطنتی و عمارات دولتی و سیمهای تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها و بالجمله آنچه که از اموال منقوله و غیر منقوله که دولت بعنوان مصالح عمومی و منافع ملی تحت تصرف دارد قابل تملک خصوصی نیست و همچنین است اموالی که موافق مصالح عمومی بایالت یا ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد». و از این قبیل است خالصجات و املاکی که تحت اختیار وزارت دارائی میباشد و برای اجاره بافراد برگزار می‌شود.

بعضی از اموال عمومی بجهتی از جهات که مصالح عمومی اقتضاء مینماید بایالت و یا ولایت یا ناحیه یا شهر اختصاص داده شده است و برای آنکه تصور نشود اختصاص یافتن آنها بایالت یا ولایت یا ناحیه یا شهر آنها را از مشترکات عمومی خارج میکند، در آخر ماده «۲۶» قانون مدنی تصریح شده که اینگونه اموال نیز قابل تملک نیست.

در مواردی که مصالح عمومی اقتضا نماید بعضی از مشترکات عمومی را میتوان انتقال داد انتقال و تملک آن بوسیله افراد، تابع قوانین مخصوصی است که صراحتاً این حق را بدولت یا شهرداری بدهد مانند قانون توسعهٔ معابر.

۲- مباحات.

مباحات چنانکه ماده «۲۷» قانون مدنی مقرر میدارد اموالی هستند که ملک اشخاص نمیباشند، و افراد میتوانند آنها را مطابق مقررات مندرجه در قانون مدنی و قوانین مخصوصه مربوطهٔ بهر یک از اقسام مختلفه آنها، تملک کرده و یا از آنها استفاده نمایند. مثل اراضی موات یعنی زمینهائی که معطل افتاده و آبادی و کشت و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸

زرع در آنها نباشد. قانون مدنی ببیان ماده «۲۷» اکتفا ننموده و در ماده «۹۲» خود نیز این امر را تأکید کرده و میگوید: «هر کس میتواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه بهر یک از مباحات از آنها استفاده نماید»

حکم مباحات شامل اموالی میشود که قبلًا مالک داشته ولی مالک از آن اعراض نموده، یعنی بدون آنکه بدیگری انتقال دهد یا عین

آن را حبس نماید از مالکیت آن صرف نظر کرده است، چنانکه خانه‌های قریه یا شهری در اثر زلزله یا سیل خراب و اهالی این خرابه‌ها را گذارده و برای همیشه علاقهٔ مالکیت خود را از عرصه و بقایای اعیان آن قطع نمایند و بشهر دیگر رفته سکونت اختیار کنند. این گونه اموال را موات بالعارض گویند.

۳– اموال مجهول المالک

اشاره

ماده «۲۸» قانون مدنی میگوید: «اموال مجهول المالك با اذن حاکم یا مأذون از قبل او بمصارف فقرا میرسد».
در ماده مزبور سه امر باید مورد گفتگو قرار گیرد: اموال مجهول المالك کدام است؟ حاکم کیست؟ فقرا چه کسانند؟

الف– اموال مجهول المالک

و آن اموالی است که قبلا در ملکیت اشخاص بوده و اعراض از آنها مسلم نیست و یا عدم اعراض از آنها محقق میباشد، ولی بجهتی از جهات مالك آن شناخته نمیشود، این امر اغلب در مواقع جنگ پیش می‌آید که شهری مورد حملهٔ دشمن قرار میگیرد و مردم شهر را ترک گفته اثاثیه خود را میگذارند و میروند.
اشیاء پیدا شده اگر چه از اقسام اموال مجهول المالك است ولی تابع مقررات مخصوص میباشد.

ب– حاکم

در موارد عدیده قانون مدنی و بعض قوانین دیگر بمتابعت قانون اسلام نام حاکم را برده و تکالیفی بعهدهٔ او گذارده است، بدون آنکه بیان

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۹

نماید حاکم کیست در اصول تشکیلات دادگستری حاکم شرع چنانکه اسلام مقرر داشته و دارای اختیارات مطلق باشد موجود نیست تا قوانین ناظر بآن باشد، ولی بسیاری از تکالیف حاکم شرع را قوانین مختلفه بعهدهٔ حاکم بدایت گذارده است مانند حکم حجر و رفع آن، تعیین قیم و عزل آن و ضم امین. بنابراین قانون در مواردی که حاکم را تعیین نمی‌نماید، باید حاکم را رئیس دادگاه شهرستان دانست، زیرا حاکم بطور اطلاق منصرف باو میگردد اگر چه در بعضی موارد اموری را که قانون محول بحاکم نموده بوسیله مقررات مخصوصا بعهده دادستان گذارده است.

ج– فقرا

اصطلاح مزبور اصطلاح حقوقیین اسلام است. در حقوق مزبور فقیر کسیست که قوت سال خود و عیال واجب النفقهٔ خود را بر حسب شئون اجتماعی نداشته باشد، نه فعلا و نه بالقوه بدین معنی که در عرض سال هم، بوسیله کار و کسب باو نرسد مانند زارعین و کشاورزان که قوت سال آنها از کشت و زرع بدست می‌آید.
مستثنیات دین از منزل و مرکوب و لباس و اثاثیه اگر چه تجملی باشد بر حسب شئون اجتماعی خارج است و جزء دارائی که برای قوت سال است محسوب نمیشود. کارگر و صنعتگر که اهمال و تنبلی از کار کردن مینماید اگر چه قوت سال را نداشته باشد فقیر شناخته نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۰

باب دوم در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت باموال حاصل میشود

اشاره

اشخاص می‌توانند نسبت باموالی که در خارج موجود است دارای حقوقی باشند که آنها را حقوق عینی نامند، قانون مدنی در ماده «۲۹» سه قسم از آن را بیان مینماید.

۱- مالکیت (اعم از عین یا منفعت) ۲- حق انتفاع.

۳- حق ارتفاق.

غیر از سه قسم حقوق عینی مذکور در مادهٔ بالا، حقوق عینی دیگری نیز موجود است که قانون مدنی و قوانین دیگر ضمن مواد خود از آنها نام برده و حکم آنها را ذکر نموده که عمدهٔ آنها ذیلا بیان می‌شود:

۱- حق وثیقه در مورد رهن و معاملات با حق استرداد.

۲- حق طلب‌کار نسبت باموال مدیون در مورد ورشکستگی و یا بازداشت اموال و همچنین است در موردی که انتقال مال بقصد ضرر دیان باشد.

۳- حق تحجیر در مورد حیازت اراضی موات.

آثار حق عینی آن است که صاحب حق می‌تواند مستقیما در حدود قانون از مال مورد حق استیفاء حق خود را بنماید و میتواند تعقیب آن را نیز بکند یعنی در دست هر کس باشد آن را بخواهد.

حقوق دیگری شبیه بحق عینی موجود است که از اقسام تعهدات میباشد، و صاحب آن نمیتواند تعقیب مال مزبور را بنماید، ولی هرگاه در اثر تضییع حق مزبور

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱

خسارتی بصاحب آن متوجه شود و او میتواند از کسی که سبب توجه خسارت شده جبران آن را بخواهد مانند:

۱- حق تقدم در مشترکات عمومی.

۲- حق تقدم مستأجر در تجدید اجاره عین مستأجره که بوسیلهٔ قانون تعدیل مال الاجاره شناخته شده است، هرگاه مالک رعایت آن را ننماید و بدیگری باجاره واگذار کند.

۳- تعهد مالک در انتقال مال معین بدیگری، هرگاه مالک آن را تلف نماید و یا بغیر متعهد له انتقال دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲

فصل اول در مالکیت (اعم از عین یا منفعت)

اشاره

مالکیت عبارت از رابطهٔ است که بین شخص و چیز مادی تصور شده و قانون آن را معتبر شناخته و بمالک حق میدهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از او جلوگیری کند. در حقوق اسلام ملکیت نیز در معنی وسیعتری استعمال شده، چنانکه گفته میشود ملکیت منفعت، ملکیت ما فی الذمه، ملکیت حق خیار، ملکیت حق انتفاع و امثال آن. رابطهٔ ملکیت را باعتبار دارندهٔ حق،

مالکیت و باعتبار موضوع آن، مملوکیت گویند.
مالکیت حقی مطلق انحصاری و دائمی میباشد که شخص نسبت بمالی دارد و باو اجازه میدهد که از تمامی منافع اقتصادی آن بهره‌مند گردد.

مطلق بودن حق مالکیت–

از نظر آنکه مالك میتواند هرگونه انتفاعی را از ملك خود ببرد آن را مطلق گویند.

انحصاری بودن حق مالکیت–

برای آنکه حق مزبور انحصار بمالك دارد و تمامی افراد بایـد آن را محترم بشمارند یعنی بحق او تجاوز ننماینـد، آن را انحصاری گفته‌اند.

دائمی بودن حق مالکیت–

برای آنکه حق مالکیت مقید بمدتی نمیباشد، چنانکه اجاره دارای مدت معینی است، آن را دائمی میگویند. ایراد نشود که هرگاه مالکیت دائمی باشد باید مالك نتواند آن را بغیر انتقال دهد و در اثر فوت بورثه او منتقل نشود و حال آنکه مالك میتواند ملك خود را بدیگری منتقل نماید و در اثر فوت مورث ملك بورثه او منتقل میگردد، زیرا گفته میشود که مالکیت ورثه و
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳
منتقل الیه ادامهٔ مالکیت سابق ناقل و مورث است، و مالکیت قطع نشده تا مجدداً ایجاد شده باشد.

مؤلفین رومی بر آنند که حق مالکیت بسه حق زیر منحل میگردد:

اشاره

۱- حق استعمال ۲ -Jus utendi حق استثمار ۳ -Jus Fruendi حق اخراج از ملکیت Jus abutendi

۱– حق استعمال

و آن حقی است که در اثر آن مالـك میتوانـد از عین ملك خود منتفع گرددماننـد، سوار شـدن اسب و ساختمان نمودن در زمین و پوشیدن لباس.

۲– حق استعمار

و آن حقی است که در اثر آن مالك می‌تواند از ثمره و محصول ملك خود استفاده نماید مانند استفاده از محصول و کشت اراضی

و یا میوه‌های درختان و نتاج حیوانات.

۳- حق اخراج از ملکیت

و آن حقی است که در اثر آن مالک میتواند ملک خود را تلف و یا بنحوی از انحاء از ملکیت خود خارج نماید، چنانکه از آن اعراض و یا بدیگری انتقال دهد. انتقال گاهی کامل است چنانکه مالک تمامی و یا قسمتی از ملک خود را بفروشد و گاه دیگر ناقص است مانند واگذاری حق انتفاع، حق ارتفاق، یا منافع مدتی از طرف مالک بدیگری و هم چنین است حق وثیقه بوسیله رهن گذاردن مال.

حق مالکیت کامل‌ترین حق عینی است که شخص میتواند نسبت بمالی داشته باشد و بقیه حقوق عینی دیگر اجزاء حق مالکیت میباشد و ببیان دیگر حقوق عینی مراتب ضعیف حق مالکیت است.

قانون اسلام چنانکه حدیث نبوی (الناس مسلطون علی اموالهم) حکایت می‌نماید بمالک حق میدهد که همه گونه تصرف را در ملک خود بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۴

مفسرین جدید میگویند: حق مالکیت بمالک اجازه میدهد که اثباتا هر گونه تصرفی را در ملک خود بنماید و نفیاً دیگران را از هر گونه تصرفی در آن منع کند.

تعریف مزبور تعریف ملکیت بآثار و احکام است که قانون مدنی ایران از آن پیروی کرده است. قسمت مثبت آن را در ماده «۳۰» هر مالکی نسبت بما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» و قسمت منفی آن را در (۳۱) که مفاد اصل (۱۵) قانون اساسی است «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر بحکم قانون» بیان نموده است.

حق مالکیت در اموال بامور ذیل سرایت می‌نماید:

۱- اموالی که از ملک تولید میشود و یا بدست می‌آید.

مالکیت نسبت باموال مزبور را مالکیت تبعی نامند. مالکیت اموال نسبت به هرچه از آن تولید شود سرایت مینماید، خواه طبیعی باشد مانند بوته یا چمن که از زمین میروید و خواه مصنوعی و در نتیجهٔ عمل انسانی حاصل شود، چنانکه در نتیجه کشت بذر، محصولی از زمین بروید.

قانون مدنی در ماده «۳۲» میگوید: «تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیر منقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد، بالتبع مال مالک اموال مزبوره است»

قانون مدنی پس از ذکر مالکیت تبعی فرعی را بیان مینماید و آن حکم محصولی است که از اصله و حبهٔ غیر در زمین می‌روید.

برای حل موضوع بالا سه فرض میتوان نمود.

الف- حبه‌ای که در زمین غیر میروید تلف شده محسوب است و کسی که آن را کاشته موجب اتلاف آن شناخته می‌شود، بنابراین هرگاه مالک زمین حبه را غصب نموده و در زمین خود کاشته باشد باید مثل آن را بمالک حبه بدهد، و هرگاه مالک حبه خود را در زمین غیر کاشته باشد مال خود را تلف نموده است، و هرگاه بوسیله

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵

عمل غیر انسان مانند باد یا آب یا حیوان آن حبه بزمین غیر منتقل شده و بروید مانند آن است که حبه بخودی خود تلف شده باشد.
ب- محصولی که از حبهٔ غیر بدست می‌آید بوسیلهٔ دو امر است، حبهٔ غیر و مواد غذائی که در اثر بقاء مدتی در زمین دیگری بصورت محصول در آمده است.
برای رفع اختلاف بین مالک حبه و مالک زمین، محصول بمالک زمین داده میشود و مالک زمین باید بدل حبه را بمالک آن بپردازد.
ج- محصولی که از حبهٔ غیر در زمین دیگری می‌روید، همان حبه اولی می‌باشد که پس از مدتی تغذیه از زمین بدین صورت در آمده، بنابراین محصول متعلق بکسی خواهد بود که حبه مال او بوده است. قانون مدنی ایران در ماده «۳۳» فرض اخیر را پذیرفته و درخت و ثمره و محصول را مال صاحب حبه واصله میداند اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد. بنابراین فرقی نمی‌نماید که صاحب حبه واصله که آن را در زمین غیر کاشته باشد و یا بالعکس صاحب زمین، اصله و حبه غیر را غصب نموده و در زمین خود کاشته باشد، همچنانکه فرقی نمی‌نماید که کشت بدون اذن طرف دیگر باشد یا با اذن قبلی او بعمل آمده باشد. اما راجع به استفاده‌ای که از زمین شده است، صاحب حبه خواه زمین را غصب کرده و یا باجازهٔ مالک در آن کشت نموده است باید اجرت المثل آن را بمالک زمین بپردازد، ولی هرگاه مالک زمین حبه را غصب نموده و در زمین خود کاشته است حقی باجرت المثل نخواهد داشت (در قسمت غصب ملاحظه شود).
در فرض بالا- چون مالکیت زمین نتوانست در محصول و نمائی که بوسیلهٔ حبه واصلهٔ دیگری بدست آمده است سرایت نماید و محصول و نما بملکیت مالک حبه واصله باقی ماند، ما را در مقابل پرسش دیگری قرار میدهد، و آن اینست که هرگاه حیوان نر کسی با حیوان مادهٔ که متعلق بدیگریست نزدیکی کند و آن حامله گردد، آیا نتاج متعلق بکدام یک خواهد بود؟
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۶
قانون مدنی ایران فرع مزبور را بوسیلهٔ تئوری سوم که در مورد حبه واصله پیروی شده است حل ننموده، بلکه از تئوری دوم متابعت کرده است و در ماده «۳۴» میگوید. «نتاج حیوانات در ملکیت، تابع مادر است و هر کس مالک مادر شده مالک نتاج آن هم خواهد بود»
از نظر ادبی مناسب بود ماده بالا- چنین تنظیم گردد. (و هر کس مالک مادر است مالک نتاج هم خواهد بود) زیرا ماده آنگونه که نوشته شده موهم تابعیت نتاج در مورد انتقال مادر بغیر میباشد و حال آنکه سخن از سرایت حق مالکیت است، چنانکه از ماده «۳۳» قانون مدنی که قبل از این ماده است هویدا میباشد. علاوه بر آنکه ماده «۳۴» در صورتی که در مقام بیان تابعیت نتاج در مورد انتقال باشد مخالف با مفاد قسمت اخیر ماده «۳۵۸» قانون مدنی خواهد بود که میگوید: «حمل در بیع حیوان متعلق بمشتری نمیشود، مگر اینکه تصریح شده باشد که یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود».

۲- فضا و قرار زمین

طبق مادهٔ «۳۸» قانون مدنی: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هرکجا بالا رود و همچنین است نسبت بزیر زمین و بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.»
بنابراین کسی که مالک زمین است مالکیت او محدود بسطح آن زمین نمیباشد، بلکه مستلزم مالکیت هوا و فضای مجاور آن هر چه که بالا- رود و همچنین قسمت‌های زیر زمین هر چه که پائین برود میباشد، لذا مالک می‌تواند در زمین خود هر چند طبقه که می‌خواهد بنا نماید و هم چنین می‌تواند در زمین خود چاههای عمیق بکند و معادن و آنچه در زمین می‌باشد طبق مقررات مخصوصی که برای استخراج معادن است استخراج نماید. مالک می‌تواند بدیگری اجازه یا حق بدهد که در فضای زمین او یا در

فضای روی بنای او بارتفاع معینی بنا نمایـد، همچنانی که می‌تواند بدیگری اجازه یا حق دهد که در عمق معینی زیر زمین او بنا کند یا معادن او را استخراج

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۷

نماید و کسی نمی‌تواند بدون اجازهٔ مالك سیم تلفن یا برق از روی زمین او بکشد، مگر آنکه قوانین مربوطه این حق را بدهد.

چون مالکیت زمین مسـتلزم مالکیت فضا و قرار آن میباشـد، مادهٔ «۱۳۰» قانون مدنی میگوید: «کسـی حق ندارد از خانه خود بفضای خانه همسایه بـدون اذن او خروجی بدهد و اگر بدون اذن خروجی بدهد ملزم برفع آن خواهد بود» و همچنین طبق ماده «۱۳۱» قانون مـدنی «اگر شاخه درخت کسـی داخل در فضای خانه یا زمین همسایه شود باید از آنجا عطف کند و اگر نکرد همسایه می‌تواند آن را عطف و اگر نشد از حد خانه خود قطع کند و همچنین است حکم ریشه‌های درخت که داخل ملك غیر میشود».

بجهتی که در بالا ذکر گردید ماده «۱۳۳» قانون مدنی تصریح میکند که:

«کسی که نمیتواند از دیوار خانه خود بخانهٔ همسایه در باز کند اگر چه دیوار ملك مختصی او باشد لیکن می‌تواند از دیوار مختصی خود روزنه یا شـبکه باز کند و همسایه حق منع او را ندارد ولی همسایه هم میتواند جلو روزنه و شبکه، دیوار بکشد و یا پرده بیاویزد که مانع رؤیت شود» مقدار شـبکه و روزنه در قانون معین نشده و تشـخیص آن بعهدهٔ خبره و کارشناسان فنی است که مطابق ذوق و عرف محـل معین می‌نماینـد. منظـور از در، پنجره‌هـای بزرگ است نه در عبور، زیرا عـدم جواز بـاز نمودن در معلوم بوده و مسـتلزم عبور و تصرف مستقیم در زمین مجاور میباشد.

بنـابراین هرگاه کسـی از دیوار اختصاصـی خود در بخانه همسایه باز نمایـد علاوه بر آنکه همسایه میتوانـد جلوی آن دیوار بسازد یا پرده بیاویزد، میتواند بدادگاه صالح برای مسدود نمودن آن مراجعه نماید.

ملاک ماده «۱۳۳» قانون مـدنی که مالك را از باز نمودن در از دیوار اختصاصـی خود بخانه همسایه منع می‌نمایـد، با مبنای حقوقی که ماده «۱۲۳» بر آن گـذارده شده است منافات دارد، چه مادهٔ اخیر ضـمناً بمالك خانه اجازه میدهد که دیوار بین خانه خود و خانه همسایه نکشد و از نظر فنی معماری در، جز نساختن قسمتی از دیوار

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۸

چیز دیگری نیست. علت منع باز نمودن در بخانه همسایه، ضـرریست که در اثر آن به همسایه میرسد که از نظر اصل حقوقی لا ضرر ممنوع میباشد.

تبصره ۱- فضا و قرار شوارع عمومی

شوارع از مشترکات عمومی و معد و مهیا برای انتفاع مخصوصی است که عبور و مرور باشد لذا تصرفاتی که منافی و مزاحم با انتفاع مزبور نباشـد، ماننـد ساختن خروجی و داخل شدن شاخه‌های درخت و یا کندن آب انبار در زیر پیاده‌رو، چنانکه مرسوم است مانعی ندارد، ولی این امر مادامی است که مقررات مخصوصـی وضع نشده باشد، و الا تابع آن مقررات خواهد بود، ولی عملیاتی که منافی و یا مزاحم با انتفاع از شارع باشد، مانند سد معبر و یا گذاردن پله و ناودان که آب آن بر سـر عابرین میریزد در معبر ممنوع می‌باشد و همچنین است پوشاندن سقف آن بوسیلهٔ مالکین مجاور که مانع از هوا و نور شود و آن را تاریك کند.

تبصره ۲- حدود و تصرفات مالك

مالکیت حقی است مطلق و هر مالکی میتواند طبق ماده «۳۰» قانون مدنی نسبت بملک خود همه گونه تصرف بنماید و هر انتفاعی از آن ببرد مادام که موجب تضرر همسایه نگردد مادهٔ بالا بطور مطلق تصرفاتی که موجب ضرر همسایه گردد منع نموده است. اطلاق مزبور بوسیلهٔ ماده ۱۳۲ محدود گشته.

ماده «۱۳۲» قانون مدنی: «کسی نمیتواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد»

مادهٔ مزبور در تعیین حدود تصرفات مالک در ملک خود پیروی از حقوق اسلام نموده است. حکم مزبور در حقوق اسلام نتیجه اعمال دو قاعدهٔ لا ضرر و تسلیط میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹

قاعدهٔ تسلیط که ماده «۳۰» قانون مدنی از آن پیروی نموده، مبنی بر حدیث نبوی مشهور (الناس مسلطون علی اموالهم) میباشد. یعنی مردم همه گونه سلطنت را بر اموال خود دارند. بوسیلهٔ این سلطنت مالک میتواند هر گونه تصرف و انتفاعی را که بخواهد از آن ببرد.

قاعدهٔ لا ضرر مبنی بر قاعده عقلی، و حدیث نبوی صلی اللّه علیه و آله (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) میباشد، یعنی اسلام زیانی به کسی وارد نمیآورد و نباید کسی بدیگری ضرری بزند.

مواردی که در عمل پیش می‌آید عبارت از:

۱- تصرفات مالک در ملک خود ضرر و زیانی به همسایه وارد نیاورد. چنانکه مالک در زمین وسیع خود عمارت بسیار مرتفعی بسازد یا چاه عمیقی بکند یا حیوانات بسیاری را نگهدارد و یا آتش بیفروزد، اگر چه از قدر متعارف در آن محل تجاوز نماید و در آن شهر مرسوم و معمول نباشد. در فرض مزبور منحصراً قاعده تسلیط حکومت دارد، بدون آنکه اصطکاکی با قاعده لا ضرر پیدا نماید، زیرا فرض آن است که ضرری متوجه همسایگان نمیشود.

۲- تصرفات مالک در ملک خود موجب زیان همسایه شود. در این فرض دو فرع پیش می‌آید:

الف- تصرفات بیش از حد متعارف باشد- چنانکه در شهری متعارف نیست که عمارت ده طبقه بسازند ولی مالک در ملک خود عمارت ده طبقه میسازد و خانه همسایه را از هوا و نور آفتاب محروم میکند. در این مورد قاعده لا ضرر با قاعده تسلیط تعارض مینماید و قاعدهٔ لا ضرر مقدم خواهد بود، یعنی بمالک اجازه داده نمیشود که این ساختمان غیر متعارف را بنماید اگر چه برای رفع حاجت و یا رفع ضرر باشد.

بنابراین مالک در صورتی میتواند بیش از حد متعارف در ملک خود تصرف نماید که موجب تضرر همسایه نشود و هر گاه مالک بدون رعایت این امر در ملک خود تصرف

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۰

کند، بوسیلهٔ دادگاه از تصرفات زائد مالک جلوگیری بعمل می‌آید، و مسئول خسارات وارده بر همسایه نیز خواهد بود.

ب- تصرفات بقدر متعارف باشد- تصرفاتی که بقدر متعارف باشد در صورتی که موجب زیان همسایه گردد بیکی از دو شرط اجازه داده میشود:

اول- آنکه تصرف برای رفع حاجت باشد، منظور از حاجت احتیاجی است که وضعیت مالک اقتضاء آن را مینماید، مانند آنکه خانه احتیاج بچاه مستراح داشته باشد و یا حاجت شخصی مالک آن را ایجاب کند، چنانکه برای کار خانهٔ چرمسازی که در محل دیگری است مالک آن احتیاج پیدا نماید خانه خود را محل دباغی قرار دهد و آن امر موجب زحمت همسایگان شود.

دوم- آنکه تصرف مالک برای رفع ضرر از خود باشد. منظور ضرری است که متوجه ملک شده است و رفع آن محتاج بعملیاتی در

ملک مزبور میباشـد، چنانکه مزرعـۀ مورد هجوم ملـخ و یا سن شود و یا گله گوسـفندی که متعلق بدیگری است در آن افتد، مالک مزرعه می‌توانـد برای جلوگیری از زیـان بیشـتری آنهـا را از مزرعـۀ خود برانـد، و مسـئول زیـانی که از سن و ملـخ یـا گله گوسـفند بمزرعه‌های مجاور وارد آید نمیباشد.

و همچنین است دفع و جلوگیری از ضـرر، چنانکه کسـی جلوی زمین خود را سـد ببندد تا سـیل متوجه زمین او نشود و بطرف زمین مجـاور جـاری گردد. این امر در صورتی جـائز است که جلوگیری از سـیل بطریق دیگری که موجب زیـان همسایگـان نشود ممکن نباشد و الا باید مالک بطریق دیگر رفع ضرر از خود بنماید.

دو مورد مذکور در بالا در صورتیست که هرگاه مالک در ملک خود تصـرف ننماید متضـرر می‌شود، و هرگاه تصرف کند موجب ضرر همسایه می‌گردد، زیرا در این صورت دو ضـرر با یکدیگر تعارض نموده ساقط میشود، و قاعده تسـلیط حکمفرما خواهد بود و بمالک اجازه میدهد که اینگونه تصرفات را در ملک خود بنماید و لو آنکه موجب ضرر همسایه شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۱

تصـرف- تصـرف که از آن بیـد تعبیر می‌شود عبارت از سـلطه و اقتدار مادی است که شـخص بر مالی مسـتقیم یا بواسـطه غیر دارد. متصـرف مـال ممکن است در حقیقت مالـک آن بوده و یـا باجـازۀ مالک آن را در تصـرف داشـته باشـد، همچنانکه ممکن است بر خلاف رضایت مالک بر آن سلطه پیدا نموده و در تصرف غاصبانۀ خود داشته باشد.

عموماً کسـی که مالی را در تصرف دارد و هر گونه که بخواهد در آن عمل مینماید هرگاه نسبت بآن مدعی مالکیت باشد در عرف و قـانون مالـک شـناخته می‌شود تـا خلاـف آن ثابت گردد، زیرا در جامعـۀ منظم کسـی نمیتوانـد بعنوان مالکیت مال دیگری را علناً متصـرف شـده انحاء تصـرفات را بنمایـد، و مالک هم سـکوت اختیار کرده و بمراجع قضائی مراجعه نکند. این فرض حقوقی از نظر حفـظ نظم جامعه است و هر کس ادعائی نسـبت بمال مورد تصـرف دیگری دارد، می‌توانـد بـدادگاه رجوع و بر علیه متصـرف اقامۀ دعوی نماید.

در حقوق رومی بتصـرف Possessio گوینـد و آن را دارای دو رکن میداننـد، یکی مادی و آن سـلطه و اقتدار خارجی است که sorpus نامند و دیگری روحی و دماغی که تصور داشتن حق نسبت بآن است، مخصوصاً حق مالکیت (خواه منطبق با واقع باشد یا نباشد) که آن را Animus گویند. بنابراین مسـتأجر، مسـتودع، منتفع و وکیل که مال غیر را در تصرف دارند دارای Corpus که سلطه و اقتدار خارجی است میباشند و تصور دارا بودن حق مالکیت که Animus باشد فاقدند، زیرا اینان با اعتقاد بآنکه مال از آن دیگری است در تصرف دارند و خود را نگهدار مال غیر میدانند.

بنابر آنچه گذشت در حقوق رومی، تصرف عبارت از عمل مادی بقصد داشتن

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۲

حق (مخصوصاً مالکیت) میباشد، بخلاف نظر کنونی که تصـرف، عمل مادی است برای اعمال حق، بدون آنکه فرقی بین مالکیت و غیر آن گـذارده شـود. بعـداً در حقـوق رومی بکســی کـه دارای حـق ارتفـاق باشـد و آن را اعمـال مینمایـد شـبه تصـرف Quasi possessionems میگفتند چنانکه کسی دارای حق العبور در خانه‌ایست و از آن در مواقع احتیاج نیز عبور کند.

در حقوق فرانسه دائرۀ اسـتعمال کلمه تصـرف توسعه پیدا کرده و بدون قید به شبه تصرف نیز تصرف میگویند، همچنانکه به طلب و وضعیت زوجین یا فرزند Possession میگویند.

بنابر آنچه در بالا گذشت قانون مدنی در ماده «۳۵» میگوید: «تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.» منظور از تصـرف بعنوان مالکیت آنست که کسـی مالی را در تصرف مادی خود داشته باشد و هرگونه انتفاعی را که بخواهد میبرد، و نسبت بآن نیز دعوی مالکیت میکند.

قانون، تصرف مزبور را محترم شمرده و از آن حمایت مینماید و هر کس مدعی مالکیت آن است میتواند بدادگاه صالح مراجعه نموده و دعوی خود را ثابت نماید و نباید بوسیلهٔ قوه شخصی خود آن را از تصرف متصرف خارج کند. فرض حقوقی مذکور در ماده «۳۵» چنانکه از کلمهٔ مالکیت فهمیده می‌شود نسبت بعین است. در موارد حقوق عینی دیگر، قانون مدنی فرض حقوقی مزبور را توسعه داده و جاری نموده است. در مورد حق ارتفاق مجرای فاضل آب یا آب باران، ماده «۹۵» میگوید: «- هر گاه زمین یا خانهٔ کسی مجرای فاضل آب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است، صاحب آن خانه یا زمین نمیتواند جلوگیری از آن کند مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود». در مورد مجرای آب و حق العبور و حقوق ارتفاقی دیگر ماده «۹۷» میگوید: «هر گاه کسی از قدیم در خانه یا ملك دیگری مجرای آب بملک خود یا حق مرور داشته صاحب خانه یا ملك نمی‌تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملك خود شود و همچنین است یا سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳

شرب و غیره». کلمه حق در (حق مرور) مذکور در ماده بالا در معنی خود استعمال نشده است و منظور فعل مرور است نه حق بمعنی اصطلاحی حقوقی. در مورد سرتیر قسمت اول ماده «۱۲۴» قانون مدنی میگوید: «اگر از قدیم سرتیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید بحال سابق باقی بماند ...»

بنابر آنچه بیان گردید همچنانکه هر گاه کسی مالی را بعنوان مالکیت در دست دارد مالك آن شناخته می‌شود، همچنین هر گاه کسی متصرف در حق عینی باشد یعنی عملا استیلاء بر آن داشته و استفاده از آن بنماید، صاحب آن حق شناخته میشود.

فرض مالکیت متصرف نسبت بعین یا حقوق عینی دیگر مادامی است که خلاف آن در دادگاه ثابت نشده باشد و الا هر گاه مدعی ثابت نماید که تصرف او غاصبانه است چنانکه شهود اقامه کند که گواهی دهند متصرف کنونی بوسیلهٔ قوهٔ قهریه استیلاء بر ملك مزبور یافته است، تصرف او متزلزل می‌گردد و نمی‌تواند دلیل بر مالکیت متصرف قرار گیرد، ولی این امر کافی برای اثبات مالکیت مدعی نخواهد بود، زیرا رد مالکیت متصرف، مستلزم مالکیت او نمیباشد، بلکه مدعی باید مالکیت فعلی خود را نیز اثبات کند و آن بیکی از طریق ذیل ممکن خواهد بود:

۱- مدعی بوسیلهٔ گواهان یا ادلهٔ دیگر ثابت نماید که قبلا مال در تصرف او بوده و بعداً متصرف بوسیلهٔ قوهٔ قهریه یا بحیله و تقلب آن را غصب و تصرف نموده است.

۲- مدعی ثابت نماید که مال بعنوان وکالت، ودیعه، عاریه، اجاره و یا بیکی از عناوین قانونی دیگر از طرف او در دست متصرف بوده است.

۳- مدعی ثابت نماید که مال از طرف متصرف باو انتقال داده شده است.

۴- مدعی ثابت نماید که مال از طرف او مال بمتصرف کنونی انتقال داده شده بوده، و آن انتقال بجهتی از جهات باطل و یا فسخ شده است، این است که ماده «۳۶» قانون مدنی میگوید: «تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملك یا ناقل قانونی نبوده

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴

معتبر نخواهد بود».

کسی که برای اثبات مالکیت خود استناد بتصرف مینماید و از امارهٔ قانونی مزبور کمك میجوید، کافی است که تصرفات مالکانه فعلی خود را ثابت نماید و لازم نیست که منشأ و مبدأ تصرف او معلوم باشد، بدین جهت مدعی مالکیت نمیتواند از دادگاه بخواهد که متصرف منشأ و مبدء تصرف خود را بیان نماید.

در صورتی که مدعی مالکیت، منشأ تصرف طرف را سبب غیر مملك و ناقل میداند چنانکه غصب باشد، میتواند آن را ثابت نماید، ولی هر گاه متصرف بخواهد منشأ تصرف خود را بیان کند از نظر فن وکالت نباید اقرار بمالکیت سابق طرف بنماید، زیرا امارهٔ

قانونی تصرف در صورتی قابل اتکاء است که پیوست باقرار بر مالکیت سابق مدعی نگردد، و الا تصرف آثار خود را از دست خواهد داد، این است که ماده «۳۷» قانون مدنی میگوید: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، و در این صورت مشار الیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور بتصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک بناقل صحیح باو منتقل شده است».

حکم مذکور در ماده «۳۷» قانون مدنی از نظر حقوقی قابل گفتگو و اشکال میباشد و آن اینست که اقرار متصرف بمالکیت سابق مدعی و مالکیت فعلی متصرف تعارض وجود ندارد، و اقرار متصرف بمالکیت سابق مدعی مانند اثبات مالکیت سابق از طرف خود مدعی میباشد، و حال آنکه قانون مدنی امر اخیر را موجب تزلزل امارهٔ قانونی تصرف ندانسته است و نمیتوان آن را قیاس باقرار متصرف نمود، و باستناد ملاک ماده «۳۷» قانون تصرف مزبور را بلااثر دانست ماده بالا و ماده «۳۵ و ۴۶» پیروی از قانون اسلام نموده است.

بعضی از حقوقیین امامیه بین موردی که متصرف اقرار نماید بآنکه مدعی او

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵

قبلا- مالک بوده است و بین موردی که مدعی بر مالکیت سابق خود اقامهٔ گواه نماید، فرق گذارده‌اند. شیخ و اسکافی مسلم و اجماعی دانسته‌اند که هر گاه کسی ادعا کند ملکی که در تصرف دیگری است سابقا او مالک بوده و اقامه گواه بر آن نماید، دعوی مزبور از مدعی پذیرفته نمیشود، زیرا تصرف مالکانه فعلی متصرف، دلیل بر مالکیت فعلی او میباشد، و این امر بوسیله دلیل محتمل دیگر از بین نمیرود، زیرا با بودن امارهٔ تصرف، مورد بینه که مالکیت سابق باشد استصحاب نمیشود، بلکه استصحاب بوسیلهٔ تصرف که امارهٔ قانونی است قطع میگردد، بر خلاف موردی که متصرف اقرار نماید که مال قبلا- ملک مدعی او بوده است که در این صورت مدعی ذیحق شناخته میشود، زیرا با اقرار متصرف بمالکیت سابق مدعی خود، و عدم اثبات سبب ناقل و وجود اصل عدم حدوث حادث، نمی‌توان متصرف را مالک شناخت. بعضی دیگر از حقوقیین امامیه اشکال مذکور در بالا را وارد میدانند و فرقی از نظر تعارض استصحاب با امارهٔ قانونی که تصرف باشد بین دو فرض نمیگذارند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶

فصل دوم در حق انتفاع (بمعنی اعم)

اشاره

ماده «۴۰» قانون مدنی میگوید: «حق انتفاع عبارت از حقی است که بموجب آن شخصی میتواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند».

قانون مدنی در فصل حق انتفاع سه موضوع را مورد بحث قرار داده: اول- عمری، رقبی و سکنی که حق انتفاع بمعنی خاص نیز نامیده میشود. دوم- وقف.

سوم- حق انتفاع از مباحات.

چون حق انتفاع بمعنی خاص و وقف دارای احکام مشترک میباشد و در مقدمه تحت عنوان در احکام حق انتفاع، احکام مزبور بیان میشود.

مقدمه – در احکام حق انتفاع

الف – حق انتفاع بوسیله عقد بر قرار میگردد،

زیرا حق انتفاع بتبع عین از آن مالک است و باید بوسیله عقد بدیگری واگذار شود (ماده ۴۱ و ۵۶)

ب – مورد حق انتفاع باید مالی باشد که استفادهٔ از آن با بقاء عین ممکن باشد، منقول باشد یا غیر منقول،

مفروز باشد یا مشاع (ماده ۴۶ و ۵۸) زیرا فرض آنست که پس از استیفاء منافع از طرف کسی که حق انتفاع باو داده شده است عین باقی بماند. منظور از باقی ماندن عین با استیفاء منافع، آن نیست که مال قابل استهلاک نباشد مانند زمین، بلکه منظور آن است که باولین استفاده معدوم نگردد و استفادهٔ از آن منوط بمصرف کردن عین آن نباشد، مانند نان و شیرینی که استفادهٔ از آن خوردن و مصرف نمودن است و الا چیزی که پس از مدتی که مورد استفادهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷

قرار گیرد عین آن غیر قابل انتفاع میگردد، مانند لباس، کتاب و امثال آن میتواند مورد حق انتفاع واقع شود، شرط مزبور نیز در مورد اجاره و عاریه جاری میباشد.

ج – کسی که حق انتفاع باو منتقل میشود

(یعنی منتفع در مورد حق انتفاع و موقوف علیه در مورد وقف) باید در حین عقد موجود باشد، زیرا چنانکه بیان گردید حق انتفاع بوسیلهٔ عقد پیدایش می‌یابد و عقد بین دو طرف منعقد میشود، یک طرف واقف و مالک و دیگری منتفع و موقوف علیه، ولی میتوان بتبع موجود برای معدومین نیز حق انتفاع برقرار نمود، زیرا طرف عقد موجود است (ماده «۴۵» و «۶۹» و «۷۰» نظر بوحدت ملاک ماده «۸۵۱» قانون مدنی در مورد وصیت، قرار دادن حق انتفاع و وقف بر حمل صحیح است چون حمل در حین عقد موجود میباشد، لیکن تملک آن منوط است بر آنکه زنده متولد شود، زیرا از نظر تحلیل عقلی فرق بین وصیت و وقف نمیتوان گذارد.

د – حق انتفاع باید مجانی باشد،

زیرا غرض از برقراری حق انتفاع کمک بامور خیریه است و آن منافات با گرفتن عوض دارد، اگر چه بصورت شرط در ضمن عقد باشد. بدین جهت بعضی از فقهای اسلام حق انتفاع خاص را لازم نمیدانند، مگر قصد قربت در آن بشود و در وقف مشهور نزد فقهاء امامیه شرط بودن قصد قربت است و قصد تقرب منافات با آن دارد که مالک در مقابل برگذاری حق مزبور عوض قرار دهد و آن را از نظر تجاری و معاوضه منعقد سازد. بدین جهت است که مالک نمیتواند حق فسخ در عقد حق انتفاع برای خود یا طرف خود بگذارد و یا آن را اقاله نماید و ماده «۴۵۶» قانون مدنی که میگوید: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است» شامل حق انتفاع و وقف نمی‌شود، زیرا حق انتفاع و وقف معامله بمعنای خاص نیستند با توجه بمواد قانون مدنی استدلال مزبور از نظر قضائی نسبت بوقف صحیح است، زیرا وقف چنانکه ماده «۵۵» قانون مدنی میگوید، حبس عین و تسبیل منفعت است و مالک عین مال را از ملک خود خارج میکند و منافع را تسبیل مینماید، لذا

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۸

شرط فسخ و شرط عوض بر خلاف مقتضای عقد مزبور است، و اقاله نیز منافات با اخراج و تسبیل دارد، بخلاف حق انتفاع بمعنی

خاص که از هیچیک از مواد مربوطه بآن استنباط نمی‌شود، که مانند وقف از امور خیریه است تا شرط عوض و شرط فسخ بر خلاف مقتضای آن باشد، اگر چه عموماً مجانی است، بنابراین با توجه بمواد مربوط بشروط ضمن عقد و ماده «۱۰» قانون مدنی، درج شرط عوض و شرط فسخ در آن صحیح میباشد و طرفین نیز میتوانند آن را اقاله نمایند.

ه– قبض شرط صحت حق انتفاع است.

بسیاری از عقود پس از آنکه منعقد گردد اثر مختص بآن بوجود می‌آید و احتیاج بامر دیگری ندارد مانند بیع که بوسیله عقد، مبیع بمشتری و ثمن بمالک منتقل میشود و بایع باید مبیع را بمشتری تسلیم نماید و مشتری باید ثمن را ببایع بدهد، ولی عقود دیگری هستند که تأثیر آن منوط بقبض دادن مورد عقد بطرف میباشد و بدون قبض اثری بر عقد مترتب نخواهد بود. بدین جهت در اینگونه عقود چیزی میتواند مورد عقد قرار گیرد که قابل قبض و اقباض باشد (ماده ۴۷ و ۵۹ ق. م)

در تأثیر قبض حقوقیین امامیه بر دو دسته‌اند، عدهٔ قبض را شرط صحت عقد دانسته‌اند و قانون مدنی ایران هم پیروی از عقیدهٔ مزبور نموده است، و عدهٔ دیگر آن را شرط لزوم عقد دانسته و بر آنند که عقد در تأثیرش احتیاج بقبض ندارد، ولی مادام که قبض داده نشده است مالک هر زمان میتواند عقد را فسخ نماید و آن را منحل کند، ولی پس از قبض عقد لازم میگردد و دیگر نمیتوان آن را بر هم زد. نتیجه عملی دو نظریه مزبور آن است که هرگاه قبض شرط صحت عقد باشد، چنانکه قانون مدنی ایران تصریح می‌نماید انتقال از زمان قبض حاصل میشود و منافع از آن زمان متعلق بمنتفع و موقوف علیه و منافع قبل از آن متعلق بمالک است، بر خلاف آنکه قبض شرط لزوم عقد باشد که در این صورت منافع از زمان عقد متعلق بمنتفع و موقوف علیه میباشد، زیرا انتقال از زمان عقد حاصل شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۹

هرگاه قبض شرط صحت عقد باشد کسی که منافع باو منتقل شده است نمی‌تواند بدون اجازه مالک و یا قائم مقام او در ملک تصرف بنماید، زیرا تصرف در ملک غیر میباشد، بدین جهت است که هرگاه مالک قبل از قبض بمیرد عقد باطل میگردد و در صورتی که قبض شرط لزوم باشد، تصرفات منتفع یا موقوف علیه در مورد حق انتفاع تصرف در ملک غیر نیست، ولی بدون قبض دادن از طرف مالک عقد لازم نمیشود و در صورتی که مالک قبل از قبض بمیرد، عقد مانند عقود جائزه دیگر منفسخ میگردد.

در قبض فوریت شرط نیست، و مادام که مالک از حق انتفاع رجوع ننموده هر وقت عین مال را قبض بدهد، عقد تمام خواهد شد. ماده «۶۰» قانون مدنی در مورد وقف این امر را تصریح مینماید و در مورد حق انتفاع قانون ساکت است و چون تصریح بفوریت ننموده است با توجه بوحدت ملاک ماده «۶۰» در حق انتفاع بمعنی خاص نیز فوریت لازم نمیباشد، زیرا لزوم فوریت محتاج بدلیل است.

مبحث اول حق انتفاع (بمعنی خاص)

اشاره

حق انتفاع بمعنی خاص را چنانکه از ماده «۴۷» ق. م. معلوم میشود حبس نیز میگویند.

مالک میتواند بموجب عقد، حق انتفاع از ملک خود را بدیگری واگذار نماید بدون آنکه عین آن را از ملکیت خود خارج کند.

حق انتفاع بر دو قسم است: حق استعمال مانند سوار شدن اتومبیل و حق استثمار مانند استفاده از میوهٔ باغ یا نتاج گوسفند.

واگذاری حق انتفاع غیر از دادن اجازهٔ انتفاع است، چه آنکه پس از واگذاری حق انتفاع، منتفع، مالک حق مزبور خواهد گردید و

در مورد اجـازهٔ انتفاع، منتفع حق بر انتفاع پیـدا نمی‌نمایـد، بلکه انتفاع بردن بر او مباح میشود، یعنی انتفاع بردن ممنوع و تجاوز بحق غیر نخواهد بود، چنانکه هرگاه کسی دیگری را بمنزل

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۶۰

خود دعوت نمایـد، میهمان میتوانـد از آنچه برای او حاضـر میکننـد انتفاع ببرد و از آنها بخورد، ولی حقی بر خوردنیها و آشامیدنیها پیدا نمی‌نماید و مالک انتفاع از آنها نمیشود.

فرق حق انتفـاع بـا مـالکیت منـافع در مورد اجـاره آن است که در مورد اخیر منـافع مـدت اجـاره در اثر عقـد در ملکیت مسـتأجر در می‌آیـد و ذرات منـافع در ملکیت مسـتأجر تولیـد میگردد، ولی در حق انتفـاع منـافع در ملک مالک عین حاصل میشود، و منتفع حق انحصاری بهره‌برداری از آن را دارد.

حق انتفاع بمعنی خاص بر پنج قسم است: حبس مطلق، حبس مؤبد، عمری – رقبی – سکنی.

۱– حبس مطلق

تعیین مـدت از شـرایط اساسـی صـحت عقـد حق انتفاع نمیباشد، بر خلاف آنچه در عقد اجاره است، لذا مالک میتواند حق انتفاع از ملک خود را بـدون آنکه مـدتی برای آن معین کند بدیگری واگذار نماید، این عقد را حبس مطلق گویند. عقد مزبور جائز است و هر یک از منتفع و مالک میتوانـد هر زمان رجوع نموده عقـد را فسخ نماید و مانند عقود جائز دیگر بفوت و جنون هر یک از مالک و منتفع، عقـد مزبور منحل میگردد. این است که ماده «۴۴» قانون مـدنی میگوید: «در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود، مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند». بعضی از فقهاء امامیه بر آننـد عقـد مزبور مادام که مالک زنـده است لازم میباشـد و بفوت او عقد منحل میشود و در صورتی که در عقد حق انتفاع مدت گذارده شود آن عقد لازم خواهد بود.

۲– حبس مؤبد

حبس مؤبـد حق انتفاعی است که در عقـد آن دوام، قیـد شده باشد بدین جهت آن را مؤبد گویند: حبس مؤبد مانند وقف میباشد و مادام که عین باقی است منافع از آن منتفع خواهد بود

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۶۱

و بدین جهت نمیتوان در آن شـرط عوض نمود و یا حق فسخ قرار داد. قانون مدنی نامی از حبس مؤبد نبرده است ولی قانون اوقاف در ماده «۳» متذکر گردیده است.

۳– عمری

چنانکه ماده «۴۱» قانون مدنی میگوید: «عمری حق انتفاعی است که بموجب عقدی از طرف مالک برای شخص بمدت عمر خود یا عمر منتفع یا عمر شـخص ثالثی برقرار شده باشد». چون مدت حق انتفاع در عمری، عمر یکی از طرفین یا شخص ثالث میباشد آن را عمری گویند. عقد عمری لازم است و تا انقضاء مدت، هیچ‌یک از متعاقدین نمیتواند آن را فسخ نماید، ولی میتوانند بتراضـی آن را اقاله و تفاسخ کنند.

عمری بر سه قسم است:

الف– عمری بمـدت عمر مالـک– در این صورت هرگـاه منتفع قبل از انقضاء مـدت فوت نمایـد حق مزبورماننـد حقوق مالی دیگر

بورثهٔ او منتقل خواهد شد و تا انقضاء عمر مالک، باقی میماند.

ب- عمری بمدت عمر منتفع- در این صورت هرگاه مالک بمیرد عین ملک بورثهٔ او منتقل میشود و حق انتفاع بحال خود تا انقضاء مدت عمر منتفع باقی خواهد بود.

ج- عمری بمدت عمر شخص ثالث- شخص ثالث ممکن است اولاد یکی از متعاقدین باشد و ممکن است شخص بیگانه باشد، در این صورت حق انتفاع تا فوت شخص ثالث ادامه خواهد داشت و هرگاه در مدت عمر شخص ثالث مالک یا منتفع بمیرد، ورثهٔ قائم مقام آنها خواهند بود.

۴- رقبی

چنانکه ماده «۴۲» قانون مدنی میگوید: «رقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار میگردد». عقد مزبور مانند عمری لازم میباشد. کلمهٔ رقبی از ارتقاب بمعنی انتظار آمده است، زیرا مالک انتظار انقضاء مدت را میکشد تا از ملک خود منتفع گردد. گفته شده که باعتبار رقبهٔ ملک، حق مزبور را رقبی نامیده‌اند زیرا رقبهٔ ملک بقبض منتفع داده میشود تا از آن استفاده نماید. بنظر میرسد که نامیدن عقد مزبور برقبی از جهت آن است که مراقبت و انتظار گذشتن مدت در آن میشود و

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۶۲

متعاملین منتظر و مترقبند که چه وقت مدت میگذرد که مالک ملک خود را مسترد میدارد

۵- سکنی

ماده «۴۳» قانون مدنی میگوید: «اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد سکنی یا حق سکنی نامیده میشود و این حق ممکن است بطریق عمری یا بطریق رقبی برقرار شود». و همچنین ممکن است سکنی بطور مطلق یا مؤبد قرار داده شود. چون سکونت در خانه بیشتر مورد حق انتفاع قرار میگیرد در قانون نام مخصوص بر آن نهاده شده است.

شرایط عقد حق انتفاع

در عقد حق انتفاع باید تمامی شرایط اساسی برای صحت معامله که در ماده «۱۹۰» قانون مدنی بیان شده رعایت شود، زیرا حق انتفاع نیز از اقسام معامله بمعنی عام میباشد.

شرایط اساسی برای صحت معامله عبارتند از: قصد طرفین و رضای آنها، اهلیت طرفین، موضوع معینی که مورد معامله باشد، مشروعیت جهت معامله، که شرح هر یک بعداً خواهد آمد.

علاوه بشرایط اساسی برای صحت معامله، عقد حق انتفاع باید دو شرط دیگر نیز دارا باشد:

اول- مورد معامله باید چیزی باشد که با استفادهٔ از آن عین باقی بماند.

دوم- قبض شرط صحت عقد مزبور است، که شرح آن دو قبلا بیان گردید.

در ملک مورد حق انتفاع از نظر تحلیل حقوقی دو حق جمع میشود، یکی حق مالک و دیگری حق منتفع که حدود و تکالیف هر یک جداگانه بیان میگردد.

تکالیف مالک

مالک میتواند هر گونه تصرفی که منافات با حق انتفاع نداشته باشد در عین ملک خود بنماید، بنابراین مالک میتواند ملک خود را با

رعایت حق منتفع بفروشد و یا آن را برای پس از انقضاء مدت حق انتفاع (در رقبی) باجاره واگذار نماید.

در صورت انتقال عین، منتقل الیه قائم مقام مالک میشود و حق منتفع بحال خود

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۶۳

باقی میماند، زیرا انتقال عین خللی بحقوق ثابتهٔ اشخاص ثالث وارد نمیآورد، چه بوسیلهٔ عقد حق انتفاع، منتفع دارای حق ثابتی میگردد و هر گاه عین ملک بعداً انتقال داده شود عقد لاحق نمیتواند وضعیت حق ثابت سابق را تغییر دهد و موجب بطلان حق انتفاع شود ماده «۵۳» قانون مدنی میگوید: «انتقال عین از طرف مالک بغیر، موجب بطلان حق انتفاع نمیشود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق بدیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت» در صورتی که عین مالک نیز بمنتفع واگذار گردد، در اثر اختلاط حق انتفاع و حق مالکیت عین، حق انتفاع منتفی میشود، همچنانکه هر گاه منتفع حق انتفاع خود را بمالک عین واگذار کند. مالک میتواند تصرفاتی که موجب تلف مال یا کم شدن منافع منتفع نگردد در ملک خود بنماید و تصرفات مادی که در وضعیت طبیعی یا ساختمانی ملک داده میشود باید طوری باشد که موجب تضییع یا تعطیل حق منتفع نگردد.

هزینه‌های لازم برای حفظ و بقاء مال مورد حق انتفاع بعهدهٔ مالک است، زیرا هزینهٔ هر ملکی بعهدهٔ مالک آن خواهد بود مفهوم ماده «۴۹» قانون مدنی این امر را تأیید مینماید و میگوید: «مخارج لازمه برای نگهداری مالی که موضوع حق انتفاع است بر عهدهٔ منتفع نیست مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد» که در این صورت طبق ماده «۲۳۷» قانون مدنی مشروط علیه باید آن را بجا بیاورد.

در مورد حبس مؤبد مانند وقف هزینه‌های لازم برای حفظ و بقاء عین از منافع خود ملک باید پرداخت شود هر گاه شرط خلاف نشده باشد.

تکالیف منتفع

اشاره

حدود حق منتفع و دائرهٔ استفادهٔ او از ملک آن است که در عقد حق انتفاع تصریح شده است و در صورتی که در عقد مسکوت گذارده شود و یا بطور اجمال و ابهام ذکر گردد، منتفع بطور متعارف از آن ملک استفاده خواهد نمود. این است که مادهٔ «۵۴» قانون مدنی میگوید: «سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری بنحوی خواهد بود که مالک قرار داده یا عرف و عادت اقتضا نماید».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۶۴

منتفع بدون آنکه عین مال را در تصرف داشته باشد نمیتواند از آن منتفع و از حق خود بهره‌مند شود لذا باید عین مال بتصرف منتفع داده شود و در تمامی مدت در دست او امانت خواهد بود، بدین جهت ماده «۴۸» قانون مدنی میگوید: «منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و در حفاظت آن تعدی یا تفریط ننماید».

مادهٔ مزبور دارای دو قسمت است: قسمت اول «منتفع باید از اموالی که موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده ...» منظور از سوء استفاده منتفع، آنست که منتفع بیش از مقدار انتفاعی که حق استیفاء باو داده شده استفاده کند. مثلا در صورتی که کسی حق انتفاع باغی را بدیگری واگذار نمود، منتفع باید از باغ بنحوی که صریحاً از طرف مالک تعیین شده استفاده نماید، و هر گاه تعیین نشده است بطور متعارف و معمول محل انتفاع برد، بنابراین منتفع میتواند در باغ تفریح نماید و از میوه‌ها و گلهای آن بهره‌مند گردد، مانند آنکه میوه‌های آن را بکند و بفروشد و گلهای آن را نظاره و یا قطع نماید، ولی نمیتواند گوسفند و گاو در باغ بطور آزاد رها کند، زیرا معمول باغ داران آن نیست و هر گاه چنین عملی بنماید سوء استفاده نموده است. در صورتی که موضوع حق انتفاع سکنی خانه باشد، منتفع میتواند بطور متعارف در آن سکونت نماید، زن و بچه و نوکر و کلفت هر گاه دارد در آن جای دهد

ولی نمیتوانـد هر اطاق آن را بیک خانوار جـداگانه اجاره دهـد و یا حیوانات اهلی در آن نگهـدارد، مگر معمول محل بر آن باشد و در صورتی که خانه بصورت باغچه است، کسـی که حق سکنی باو داده شده نمیتواند از میوه‌های آن منتفع گردد، زیرا سکنی شامل آن نمیشود مگر عرف محل بر خلاف آن باشد.

قسـمت دوم: «... و در حفاظت آن تعدی و تفریط ننماید» تعدی و تفریط دو اصطلاح حقوقی هستند که قانون مدنی در ماده «۹۵۱ و ۹۵۲» آنها را تعریف نموده است. ماده «۹۵۱» قانون مدنی میگوید: «تعدی تجاوز نمودن از حدود ادن یا متعارف است نسبت بمال یا حق دیگری، مثلًا هرگاه باغی مورد حق انتفاع قرار داده شده و متعارف

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۶۵

مشروب نمودن درختان در هر هفته یک مرتبه است، منتفع هر روز آنها را آب بدهد و یا آب را دائم در نهرهای باغ جاری سازد. ماده «۹۵۲» قـانون مـدنی میگویـد: «تفریط عبارت است از ترک عملی که بموجب قرارداد یا متعارف برای مال غیر لازم است». مثلا در مورد بـاغ که در بالاـ مثال بـآن زده شـد، منتفع بایـد آنگونه که در قرار داد ذکر شـده و یـا متعـارف محـل است در حفاظت آن بکوشـد، چنانکه هرگاه درب دارد، درب آن را ببنـدد که گذرنـدگان شاخه‌های درختان آن را نشـکنند و هرگاه خانه است حوض آن را در زمستان بپوشاند تا نشکند.

منتفع ماننـد هر امینی که مـال دیگری را برای انتفاع خود در دست دارد چنانچه از مال مورد حق سوء اسـتفاده کنـد و یا در حفاظت آن تعـدی یـا تفریـط بنمایـد ضـامن است و هرگاه در اثر آن خسارتی متوجه مالک و یا خرابی در مال پیـدا شود، بایـد آن را جبران بنماید.

قانون مدنی مسئولیت منتفع را بوسیلهٔ مادهٔ «۵۲» بیان مینماید. «ماده ۵۲» ق. م.:

«در موارد ذیل منتفع ضامن تضررات مالک است:

۱- در صورتی که منتفع از مال موضوع انتفاع سوء استفاده کند.

۲- در صورتی که شرائط مقرره از طرف مالک را رعایت ننماید و این عدم رعایت موجب خسارتی بر موضوع حق انتفاع باشد».

در صورتی که مـال موضوع حق انتفـاع، بـدون تعـدی و تفریـط از طرف منتفع نـاقص یا تلف شود منتفع ماننـد هر امین دیگر ضامن نخواهد بود. ماده «۵۰» قانون مـدنی تصـریح باین امر میکنـد و میگوید: «اگر مالی که موضوع حق انتفاع است بدون تعدی یا تفریط منتفع تلف شود مشار الیه مسئول آن نخواهد بود».

هزینه‌هـائی که انتفاع بردن از ملک منوط بر آن است و همچنین هزینه‌هائی که موجب کمال انتفاع میباشـد بعهـدهٔ منتفع است، مانند جاروب کردن و پاکیزه نمودن خانه و یا بیل زدن و کود دادن و کنـدن و علف باغ، زیرا منتفع مالک حق انتفاع میباشد و هزینهٔ لازم برای بهره‌برداری از هر ملک و حقی بعهدهٔ کسی است که منتفع میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۶۶

آیا منتفع میتواند حق خود را بدیگری واگذار نماید؟

حق انتفاع از حقوق مالی است و در صورتی که در عقـد عـدم حق انتقال بغیر عقـد نشـده باشـد، منتفع میتواند آن را بدیگری انتقال دهد، زیرا هر مالکی میتواند هر گونه تصـرفی در ملک خود بنماید و حق انتفاع، ملک منتفع میباشد. اما در صورتی که قید مباشـرت در حق انتفاع شده باشد، منتفع میتواند آن را بغیر انتقال دهد با شرط آنکه خود از آن استفاده نماید.

در سکنی میتوان استظهار نمود که سکونت منتفع مورد نظر در عقد میباشد و مانند آن است که در عقد قید شده باشد که منتفع فقط میتواند خود سکونت کند.

بدین جهت است که بسیاری از فقهاء واگذاری حق انتفاع را در سکنی تجویز نمینمایند، ولی بنظر میرسد که هرگاه قرینه بر این امر نباشد سکونت بخودی خود مباشرت ساکن را ایجاب نمینماید و بر فرض چنین باشد واگذاری حق سکنی از طرف منتفع با شرط مباشرت خود اشکالی ندارد. در سکنی مالک فقط حق سکنی را که حق استعمال باشد بمنتفع واگذار نموده است بدون آنکه حق استثمار آن را باو داده باشد، بنابراین هرگاه مورد سکنی باغ باشد منتفع نمیتواند از میوه‌های آن بهره‌مند گردد.

بنابر آنچه در تعریف حق انتفاع ذکر شد، اجاره دادن حق انتفاع از طرف منتفع بمعنی اصطلاحی ممکن نخواهد بود، زیرا اجاره تملیک منفعت است و منتفع مالک منافع نمیباشد تا آن را بتواند بدیگری انتقال دهد، بلکه او دارای حقی است که در اثر آن از منافع مال موضوع حق انتفاع بهره‌مند میگردد و میتواند این حق را مانند حقوق مالی دیگر بهر کس بخواهد واگذار نماید. بنابراین اجاره از طرف منتفع، مسامحهٔ در تعبیر است.

منتفع نمیتواند حق انتفاع را برای بیش از مدتی که خود دارا میباشد، بدیگری واگذار کند، چنانکه هرگاه حق انتفاع بطور رقبی و یا عمری بمقدار عمر منتفع برقرار شده باشد و منتفع برای مدت ده سال حق انتفاع خود را بدیگری واگذار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۶۷

بنماید و مدت رقبی کمتر از آن باشد و در صورتی که عمری است قبل از ده سال منتفع فوت کند، نسبت به بقیه مدت واگذاری فضولی میباشد و نفوذ آن منوط باجازهٔ مالک است.

همچنین است در حبس مؤبد، یعنی طبقهٔ سابق از محبوس لهم نمی‌توانند حق انتفاع را بیش از مدت حیات خود بدیگری واگذار نمایند، زیرا حق آنان محدود بزمان حیات است و هرگاه برای مدت بیش از زمان حیات خود آن را واگذار نمایند و در مدت بمیرند، نسبت ببقیهٔ مدت، واگذاری عقد نافذ نیست و فضولی میباشد و منوط باجازه طبقهٔ لاحق از محبوس لهم است و فوت طبقهٔ سابق کشف میکند که مدت واگذاری تا آن زمان صحیح بوده است.

هرگاه طبقهٔ لاحق اجازه ندهد واگذاری مزبور باطل خواهد بود. (ماده ۴۹۷ ق. م) مورد مزبور را نمیتوان با مورد مالک قیاس کرد و گفت: چنانکه مالک میتواند ملک خود را برای مدت بیش از حیات خود باجاره دهد و اجاره صحیح است اگر چه در ظرف مدت بمیرد، همچنین منتفع نیز میتواند حق انتفاع ملک را بیش از مدت حیات خود واگذار نماید، زیرا در مورد مالک منافع تمام مدت وجود مال، بتبع عین متعلق بمالک است و همچنانکه مالک میتواند عین ملک را واگذار کند، میتواند برای هر مدتی آن را باجاره بدهد. بخلاف مورد حبس مؤبد که مالک عین فقط حق انتفاع مدت حیات منتفع را باو واگذار نموده و پس از فوت، حق انتفاع بطبقهٔ بعد از او واگذار شده است.

زوال حق انتفاع

ماده «۵۱» قانون مدنی میگوید: «حق انتفاع در موارد ذیل زائل میشود:

«۱- در صورت انقضاء مدت» یعنی پس از آنکه مدت معینه در عقد در مورد رقبی منقضی گردد و فوت کسی که حق انتفاع بعمر او مقید شده در عمری برسد، حق انتفاع خاتمه پیدا مینماید و بدین جهت است که مالک میتواند آن را قبل از انقضاء مدت برای مدت بعد از انقضاء باجاره واگذار نماید.

امر مزبور در مورد عمری و رقبی است، و در حبس مطلق که مدت در عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۶۸

ذکر نگردیده، مانند حبس مؤبد، حق انتفاع باقی ببقاء عین است، ولی چون عقد حبس مطلق، جائز است مالک در هر زمان میتواند رجوع نماید چنانچه در مادهٔ «۴۴» گذشت.

«۲- در صورت تلف شـدن مـالی که موضوع انتفـاع است» چنانکه اتومبیلی که حق انتفاع از آن بـدیگری واگـذار شـده دچار حریق شود و بسوزد و یـا اسبی که مورد حق انتفـاع قرار گرفته بمیرد، حق انتفـاع منتفی میشود، زیرا انتفـاع تـابع وجود عین ملك است و با تلف آن حق زائل میگردد.

در صورتی که کسـی مال موضوع حق انتفاع را تلف کنـد و یا بسبب تلف آن گردد و سـپس بدل آن را از مثل یا قیمت بمالك رد نمایـد، بـدل مزبور بـدل عین و منفعت است. بنـابراین بنظر میرسـد که هرگاه بـدل مثل باشـد حق انتفاع بر آن برقرار میشود و هرگاه قیمت باشد منتفع نسبت بارزش حق انتفاع تقویت شده، در قیمت شریك است

۳- در صورتی که حق انتفـاع برای کسـانی که در حین عقـد بوجود نیامـده بتبع موجود برقرار شود و آنهـا بوجود نیاینـد، مادامی‌که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها زائل میشود. (ماده «۴۵» قانون مدنی)

چنـانکه هرگـاه کسـی حق انتفاع مالی را برای کسـی و پس از او برای اولاد او قرار داد و آن کس اولادی نیاورد، یا آنکه یك طبقه بوجود آمد ولی بعداً مقطوع گردید، از تاریخ انقطاع در اثر نبودن منتفع حق انتفاع زائل میشود.

مبحث دوم در وقف

اشاره

قانون مـدنی ایران مبحث مزبور راماننـد مبحث حق انتفاع بمعنای خاص از حقوق امامیه پیروی نموده است، چنانکه ماده «۵۵» قانون مـدنی میگویـد: «وقف عبـارت است از اینکه عین مـال حبس و منـافع آن تسبیل شود». منظور از حبس نمودن عین مال، نگاهداشـتن عین مال از نقل و انتقال و همچنین از تصرفاتیست که موجب تلف عین گردد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۶۹

زیرا مقصود از وقف انتفاع همیشـگی موقوف علیهم از مال موقوفه است و بـدین جهت هم آن را وقف گفته‌انـد، چه کلمـهٔ وقف در فارسی ایستادن و نگهداشتن است. منظور از تسبیل منافع واگذاری منافع در راه خداوند و امور خیریه اجتماعی، میباشد.

عقد وقف

طبق ماده «۵۶» قانون مدنی، «وقف واقع میشود بایجاب از طرف واقف بهر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقهٔ اول از موقوف علیهم یـا قـائم مقـام قـانونی آنهـا در صورتی که محصور باشـند، مثـل وقف بر اولاـد ...» چون اولاد طبقه اول که موجود هسـتند محـدود و معین میباشـند، قبول نمودن آنهـا که حق انتفـاع بآنها منتقل شـده در انعقاد وقف کافی خواهـد بود «و اگر موقوف علیهم غیر محصور» باشـند،ماننـد وقف بر فقراء، بیماران، دانشـجویان و امثال آنها و «یا وقف بر مصالـح عامه باشـد» مانند روشـنائی مساجد و معابر و مشـروب نمودن خانه‌های شـهر و امثال آنها «در این صورت قبول حاکم شرط است» زیرا اینگونه موقوفات وقف بر عموم افراد جامعـهٔ است و حـاکم بسـمت نماینـدگی از طرف عموم قبول مینمایـد. قـانون مـدنی در این مورد ماننـد موارد دیگر بیان ننموده که مقصودش از حـاکم کیست؟

ذکر کلمـهٔ حـاکم در مـورد مزبـور پیروی از حقوق امـامیه است و فقهـائی که وقف را عقـد میداننـد و قبول را برای انعقـاد آن لاـزم میشمارند، در مورد موقوفات غیر محصور قبول حاکم شرع را لازم میدانند.

قانون مـدنی، شـرائط صـحت عقـد وقف را بیان ننموده، ولی معلوم است که عقد مزبور مانند عقود دیگر باید دارای شـرائط اساسـی برای صحت معامله که در ماده «۱۹۰» قانون مدنی بیان گردیده باشد.

قانون مـدنی بپیروی از عقیـدهٔ دسـتهٔ از فقهاء، امامیه وقف را مطلقاً خواه وقف عام باشـد یا وقف خاص، عقد دانسـته و محتاج بقبول میداند، ولی دو نظر دیگر بین فقهاء امامیه موجود است که یکی ایقاع بودن وقف بطور مطلق، و دیگری عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۰

بودن وقف خاص و ایقاع بودن وقف عام میباشد.

واقف تا قبل از عقـد مالک مطلق عین موقوفه میباشد و میتواند بهر نحو بخواهد آن را وقف بنماید ولی پس از تحقق وقف هیچ‌گونه تغییری در آن نمیتوانـد بدهد، زیرا بوسـیلهٔ عقد، موقوفه از ملکیت واقف خارج و رابطه او از مال قطع میگردد، بدین جهت است که ماده «۶۱» قانون مـدنی میگوید: «وقف بعد از وقوع آن بنحو صـحت و حصول قبض لازم است و واقف نمیتواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهـد، یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند، یا کسـی را داخل در موقوف علیهم نماید، یا با آنها شـریک کند، یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد، یا خود بعنوان تولیت دخالت کند».

چنانکه از تعریف ماده «۵۵» قانون مـدنی معلوم میگردد، در عقـد وقف نمیتوان شـرط عوض نمود و یا خیار فسخ قرارداد و یا آن را اقاله کرد، زیرا شـرط عوض و خیار فسخ و اقاله منافات با مقتضای عقد که تسبیل منافع است خواهد داشت، و شرط خلاف مقتضای عقد طبق ماده «۲۳۳» قانون مـدنی باطل و مبطل عقـد است حقوق امامیه دو شـرط در عقد وقف اضافه مینماید: یکی دوام و دیگری تنجیز.

الف- دوام- دوام که قصـد همیشـگی است تنهـا فرقی میباشـد که حق انتفـاع بمعنی خاص (جز در مورد حبس مؤبـد) با وقف دارد. قانون مدنی تصریح بشرط بودن دوام ننموده است. بنابراین چنانچه کسی مالی را برای کسانی وقف نماید که غالباً منقرض میشوند.ماننـد آنکه وقف بر اولاد خود نمایـد و اکتفا بر یک بطن کنـد و مصـرف پس از انقراض آنها را معین ننماید وقف صـحیح میباشد، زیرا دلیلی بر شـرط بودن دوام موجود نیست. قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیه است. دو قول دیگر موجود است یکی حبس بودن عقد مزبور و دیگر بطلان آن. بنابر آنکه وقف بطریق بالا صـحیح باشد پس از انقراض موقوف علیهم مشهور فقهاء امامیه بر آنند که عین موقوفه بواقف یا ورثهٔ او میرسد. بعضی معتقدند که منافع آن در بریان عمومی مصرف میشود بنظر

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۱

میرسد که چون موقوف علیهم منقرض شوند بنابر مستنبط از ماده «۹۱» ق. م.، عوائد موقوفه در بریات عمومی متصرف میگردد.

ب- تنجیز قانون مـدنی در شـرط بودن تنجیز در عقـد وقف سـکوت اختیار نموده است. بنابراین بنظر میرسد که تنجیز در عقد وقف مانند تنجیز در عقود دیگر میباشد که شرح آن خواهد آمد.

قبض موقوفه

اشاره

مادهٔ «۵۹» قانون مدنی میگوید: «اگر واقف عین موقوفه را بتصرف وقف ندهد وقف محقق نمیشود و هر وقت بقبض داد وقف تحقق پیدا میکند» تفصیل آن در حق انتفاع بیان گردید

چه کسی موقوفه را قبض مینماید؟

موقوفه بقبض کسی داده میشود که حق انتفاع باو منتقل گردیده، یا کسی که سمت نمایندگی از طرف او را دارا باشد، این است که مادهٔ «۶۲» قانون مدنی میگوید:

«در صورتی که موقوف علیهم محصور باشـند خود آنهـا قبض میکننـد و قبض طبقـهٔ اولی کـافی است ...» زیرا در زمـان انعقـاد عقد

وقف، طبقهٔ اولی صاحب حق انتفاع میباشند و هرگاه طبقهٔ اولی چند نفر باشند، قبض تمامی آنها لازم است. هرگاه یکی از آنها قبض نماید نسبت بسهم او صحیح است و نسبت بسهم دیگران احتیاج بقبض مجدد دارد و در صورتی که بدیگران قبض داده نشود، نسبت بسهم آنها وقف محقق نمیگردد.

ولی هرگاه پس از قبض تمامی طبقه اولی، اولاد دیگری متولد شود قبض او لازم نخواهد بود، زیرا وقف قبلا محقق و تمام شده است و او نیز از موقوف علیهم محسوب میشود، زیرا کلمه اولاد شامل او نیز میگردد «... و اگر موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد متولی وقف و الا حاکم قبض میکند» متولی چنانکه بعداً گفته خواهد شد کسی است که از طرف واقف برای ادارهٔ امور موقوفه معین میگردد و باید موقوفه در تصرف او باشد، بدین جهت صلاحیت متولی در قبض، صلاحیت استقلالی است بخلاف حاکم که بسمت نمایندگی از طرف عموم

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۲

قبض مینماید. علت آنکه قانون مدنی در ماده «۶۲» اجازه داده است که میتوان موقوفه را بقبض متولی داد، ولی ماده «۵۶» نام متولی را در ردیف کسانی که میتوانند طرف عقد وقف قرار گیرند و عقد را قبول نمایند نبرده، آنست که در زمان عقد متولی سمتی ندارد و سمت تولیت او پس از انعقاد عقد موجود میگردد و لذا نمیتواند طرف قبول واقع شود ولی میتواند موقوفه را قبض نماید.

ماده «۶۳» قانون مدنی میگوید: «ولی و وصی محجورین از جانب آنها موقوفه را قبض میکنند و اگر خود واقف تولیت را برای خود قرار داده باشد قبض خود کفایت میکند».

در صورتی که موقوفه قبلا بیکی از عناوین و لو غصباً در ید کسی باشد که باید باو قبض داده شود، همان قبض کفایت میکند و احتیاج بقبض جدید نخواهد داشت ولی باید واقف نیت و قصد آن را داشته باشد که ادامهٔ تصرف غاصب بعنوان موقوف علیه یا متولی است، زیرا در عقودی که قبض شرط صحت آنست قبض طریقیت ندارد.

بدین جهت است که هرگاه متولی یا موقوف علیه بدون اجازه واقف آن را تصرف کند قبضی که مؤثر است، محقق نمیشود ولی نیت غاصب در ادامه تصرف خود هیچگونه تأثیری نخواهد داشت بنابراین هرگاه موقوف علیه یا متولی که غصباً مال را در تصرف دارد خود را مالك بداند وقف صحیح خواهد بود.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج ۱، ص: ۷۲

مورد وقف

مورد وقف باید مالی باشد که با بقاء عین بتوان از آن منتفع گشت، اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز، ماده «۵۸» قانون مدنی باین امر تصریح مینماید. قید منقول و مشاع در ماده برای آنست که چون عموماً غیر منقول بصورت مفروز وقف میشود، ممکن بود این امر ایجاد شبهه نماید که منحصراً غیر منقول بصورت مفروز میتواند مورد وقف قرار گیرد، این است که قانون خود را ناچار بتصریح دیده است (شرح آن در مقدمه حق انتفاع گذشت) مورد وقف باید قابل قبض باشد، زیرا قبض چنانکه گذشت شرط صحت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۳

وقف میباشد، بدین جهت است که ماده «۶۷» قانون مدنی میگوید: «مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست وقف آن باطل است»

خواه آنکه طبیعتاً غیر مادی باشد مانند طلب و حق انتفاع و همچنین است منفعت چنانکه کسی خانهٔ را برای مدت ده سال اجاره نموده باشد و مستأجر بخواهد منافع ده‌ساله را که ملک اوست وقف نماید. منفعت علاوه بر آنکه قابل قبض نمیباشد قابل بقاء نیست و استفادهٔ از آن نابود کردن آنست، و خواه آنکه طبیعتاً مادی و قابل قبض باشد، ولی بواسطهٔ موانع خارجی مانند غرق و غصب نتواند واقف آن را بقبض موقوف علیهم دهد «لیکن اگر واقف تنها قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف علیه قادر بر اخذ باشد صحیح است» چنانکه هرگاه مال مورد وقف در دست کسانی است که واقف قادر بتصرف در آن نمیباشد ولی موقوف علیه قادر است که آن را از متصرف بگیرد، در این صورت هرگاه موقوف علیه با اجازهٔ واقف آن را تصرف نماید قبض و اقباض که شرط صحت وقف است حاصل میگردد، همچنانکه هرگاه موقوف علیه خود غاصب و متصرف باشد احتیاج بقبض جدید نخواهد داشت و ارادهٔ واقف بآنکه ادامهٔ تصرف غاصب بعنوان تصرف در موقوفه است کافی خواهد بود و لازم نیست که غاصب هم همین اراده را داشته باشد، زیرا تغییر عنوان کافی از این امر است.

مورد وقف باید قابل تملیک باشد، بنابراین اموالی که قابل نقل و انتقال نیستند مانند مشترکات عمومی و اموالی که قانوناً معامله آنها ممنوع است مانند اسلحه جنگی، نمیتواند مورد وقف قرار گیرد، مگر برای کسانی که میتوانند از آن انتفاع ببرند مانند نظامیان.

چون وقف حبس عین و تسبیل منفعت است، تصور نرود مالی که در حین عقد دارای منفعت نیست نمیتوان وقف نمود، بلکه هرگاه مالی بجهتی از جهات در حین عقد دارای منفعت نباشد و بعداً منفعت پیدا کند میتوان آن را وقف کرد، مانند خانه که دو سال در اجارهٔ دیگری است، یا دیگری دو سال در آن حق انتفاع دارد و یا کره اسبی که هنوز قابلیت انتفاع و سوار شدن را ندارد. این است که ماده «۶۴» قانون مدنی میگوید: «مالی را که

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۴

منافع آن موقتاً متعلق بدیگری است» خواه موقوف علیه مالک آن منافع باشد یا شخص دیگر «میتوان وقف نمود و همچنین وقف ملکی که در آن حق ارتفاق موجود است جائز است بدون آنکه بحق مزبور خللی وارد آید» زیرا ملک مزبور با حفظ حق ارتفاق برای دیگری، مانند ملکی که مورد حق انتفاع برای مدتی قرار گرفته، وقف میشود.

مورد وقف باید مالی باشد که متعلق حق دیگری قرار نگرفته باشد مانند مالی که در رهن یا بیع شرط دیگری است و یا مالی که مالک آن ورشکست شده است، زیرا حقوق مرتهن و منتقل الیه در بیع شرط و طلبکاران ورشکسته در دارائی او ایجاب مینماید که آن را فروخته و از ثمن فروش طلب آنان پرداخت گردد و بحال آنکه عین وقف باید حبس بماند تا موقوف علیهم از آن منتفع شوند.

وقف در موارد مذکور در فوق نافذ نمیباشد و صحت آن منوط باجازهٔ کسانی است که در آن ذیحق میباشند و بهمین جهت است که ماده «۶۵» قانون مدنی میگوید: «صحت وقفی که بعلت اضرار دیان واقف واقع شده باشد منوط باجازه دیان است» زیرا از نظر تحلیل حقوقی اموال مدیون پشتوانه اعتبار او و وثیقه عمومی طلب بستانکاران است اگر چه دیون مؤجل باشد و هنوز حال نشده و موعد پرداخت آن هم نرسیده است و هرگاه وقف اینگونه اموال بدون اجازهٔ کسانی که نسبت بآن حق دارند صحیح باشد قابلیت فروش از بین خواهد رفت و نتیجتاً موجب عدم استیفاء حق آنان میگردد، این است که معاملهٔ مزبور را قانون مانند معاملهٔ فضولی منوط باجازهٔ طلبکاران نموده است.

هر چیزی که طبعاً یا بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب شود داخل در وقف است، مگر اینکه واقف آن را استثنا کند بنحوی که در فصل بیع مذکور است (مادهٔ ۶۸ قانون مدنی):

واقف

مادهٔ «۵۷» قـانون مـدنی میگویـد: «واقف بایـد مالک مالی باشـد که وقف میکنـد و بعلاوه دارای اهلیتی باشـد که در معاملات معتبر است» چون در اثر وقف، واقف

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۵

در اموال خود تصرف مینماید، این است که ماده بالا اهلیت را در واقف شرط نموده است و آن همان اهلیتی است که در معاملات لازم میباشـد و در ماده «۲۱۰ و ۲۱۳» قانون مـدنی بیان شده که شـرح آن بعداً خواهد آمد. شـرط دیگری که قانون برای واقف بیان مینمایـد آن است که باید مالک مورد وقف باشد، تصور نرود که قانون مدنی در ذکر این امر خواسته عدم صحت وقف فضولی را برساند، چنانکه بسیاری از فقهای اسلام بر این عقیده‌اند، زیرا ممکن است قانون مدنی نظر باین امر نداشته و شرائط وقف صحیح را بیان نموده چنانکه معمول حقوق‌نویسان است بـدین جهت در مورد بیع میگوینـد: «بایع بایـد مالک مبیع باشـد، با آنکه قانون مـدنی معاملات فضولی را اجازه میدهـد و ماده «۶۵» مذکور در بالا ضـمناً صـحت آن را میرساند، بنابراین وقف فضولی جائز خواهد بود و تنفیـذ آن منوط باجازهٔ مالک است. هرگاه در یک عقـد مملوک و غیر مملوک وقف شود نسبت به مملوک عقـد صـحیح است و نسبت بغیر مملوک محتاج باجازه مالک و در صورت عـدم اجازه عقـد وقف نسبت بآن باطل میباشـد، علت این امر آنست که عقد واحد باعتبار تعدد مورد بعقود متعدده منحل میگردد و عقد وقف که مورد آن دو شیئی، یکی مملوک و دیگری غیر مملوک است در حقیقت دو عقد میباشد، عقد نسبت بمملوک صحیح و نسبت بغیر مملوک فضولی است.

موقوف علیه

اشاره

موقوف علیه کسی است که از طرف واقف حق استیفاء منافع موقوفه باو واگذار شده است.

شرایط موقوف علیه ذیلا بیان میگردد:

۱- موقوف علیه باید در حین عقد موجود باشد.

لزوم این شـرط در وقف خاص ماننـد وقف بر اولاد مورد اتفاق فقهاء امامیه است، بنابراین هرگاه کسـی ملکی را وقف بر زیـد نمود بعـد معلوم شـد که در حین عقـد زیـد مرده بوده وقف باطل است و همچنین است هرگاه هنوز موقوف علیه وجود پیدا ننموده باشـد مانند آنکه کسی ملکی را برای اولاد خود وقف نماید و حال آنکه هنوز اولادی ندارد.

حمل موجود شناخته میشود و وقف بر او صحیح میباشد، چنانکه ارث میبرد و وصیت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۶

نسبت باو میتوان نمود. ماده «۹۵۷» قانون مدنی میگوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع میشود مشروط بر اینکه زنده متولد شود». عدهٔ از فقهای اسـلام وقف بر حمل را صـحیح نمیداننـد و دلیل آنان این سـتکه وقف تملیک است و حمل فاقد قابلیت تملک و در حکم معدوم میباشد و مورد ارث و وصیت استثنائی و بر خلاف قاعده است و نمیتوان وقف را قیاس بر ارث و وصیت نمود.

میتوان برای معدوم بتبع موجود وقف نمود. ماده «۶۹» قانون مدنی میگوید:

«وقف بر معـدوم صـحیح نیست مگر به تبع موجود» چنانکه کسـی مالی را برای زید و بعد از او برای اولاد او وقف نماید در صورتی که زید هنوز اولاد نداشته باشد، زیرا اولاد زید تابع زید هستند و در انتفاع بطور طول قرار گرفته و جنبهٔ استقلالی ندارد.

در صورتی که وقف بر موجود و معـدوم بشود، مثلا مالی را کسـی وقف بر برادر خود و اولاد معدوم خود بنماید، چون اولاد واقف جنبهٔ تبعی نسبت ببرادر واقف در انتفاع ندارد و در عرض یکدیگر قرار گرفته‌اند وقف نسبت بسهم برادر که نصف میباشد صحیح و

نسبت بسهم اولاد که نصف دیگر است باطل میباشد. و همچنین است هرگاه کسی مالی را وقف نماید بر دو برادر خود زید و عمر و بعداً معلوم شود که عمرو در حین عقد مرده بوده است عقد نسبت بنصف زید صحیح و نسبت بنصف عمرو باطل است.

اینست که ماده «۷۰» قانون مدنی میگوید: «اگر وقف بر موجود و معدوم معاً واقع شود نسبت بسهم موجود صحیح و نسبت بسهم معدوم باطل است». منظور از کلمهٔ معاً در ماده آنست که وقف بر موجود و معدوم در عرض یکدیگر واقع گردد. بطلان وقف بعض سرایت نسبت ببعض دیگر نمینماید، زیرا عقد واحد باعتبار مورد منحل بعقود متعدده میشود و هر یک دارای حکم مختص بخود میباشد.

در وقف عام نیز وجود موقوف علیه در حین عقد شرط میباشد، زیرا که عبارت «وقف بر معدوم صحیح نیست» مذکور در مادهٔ «۶۹» مطلق است و شامل وقف خاص و عام میگردد، بنابراین هرگاه کسی مالی را بر فقراء قریه یا دانشجویان دانشکدهٔ شهری

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۷

وقف بنماید و آن قریه در حین عقد وقف فقیر نداشته و یا دانشکدهٔ در شهر هنوز تأسیس نشده باشد آن وقف صحیح نیست. نظریهٔ مزبور عقیدهٔ عدهٔ از فقهاء اسلامی است ولی عده دیگر بین وقف خاص و وقف عام فرق گذارده‌اند و وجود موقوف علیه را در حین عقد در وقف خاص شرط صحت دانسته‌اند و در وقف عام ندانسته و امکان پیدایش آن را در زمان پس از عقد کافی میدانند.

۲- موقوف علیه باید معین باشد،

یعنی مبهم نباشد، مثلا در صورتی که اسم و وصف و خصوصیات موقوف علیه در عقد ذکر نشده باشد که بتوان او را تشخیص داد و یا آنکه کسی مالی بر یکی از دو نفر بدون تعیین وقف نماید، یا بر یکی از دو مسجد وقف کند وقف مزبور باطل است، زیرا وقف در حکم تملیک منفعت بموقوف علیهم است و بشخص معین و معلوم میتوان تملیک نمود و بشخص مجهول و یا بیکی از دو نفر نمیتوان تملیک کرد، این است که ماده «۷۱» قانون مدنی میگوید: «وقف بر مجهول صحیح نیست» وقف بر معین و مجهول مانند وقف بر موجود و معدوم است.

۳- موقوف علیه باید کسی باشد که بتواند تملک نماید،

زیرا وقف در حکم تملیک است و قابلیت تملک موقوف علیه شرط عقلی برای صحت آن میباشد، بنابراین هرگاه طبق قانون، بیگانگان نتوانند در ایران مطلقاً مالك غیر منقول شوند، وقف مزبور بر آنان جائز نخواهند بود.

وقف بر مساجد و معابد و مشاهد مشرفه و مقابر، وقف بر امور خیریه است، یعنی وقف بر عموم است نه وقف بر بنای مساجد و معابد و امثال آنها.

۴- وقف بر مقاصد غیر مشروع باطل است

مانند وقف بر انقلابیون و یاغیان و فاحشه خانه‌ها و امثال آن، زیرا وقف بر این امور ترویج در پیشرفت آنست و این امر بر خلاف منظور قانون‌گذار است که برای جلوگیری این امور را منع نموده و جرم دانسته است. ماده «۶۶» قانون مدنی باین امر تصریح مینماید و میگوید: «وقف بر مقاصد غیر مشروع باطل است» منظور از کلمهٔ غیر مشروع عملی است که قانون آن را جرم شناخته باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۸

۵- وقف بر نفس باطل میباشد،

زیرا وقف اخراج مال از ملکیت است و نتیجهٔ وقف بر نفس، اخراج مال از ملکیت واقف و ادخال آن در ملکیت او بطریق دیگر است.

بتعبیر دیگر وقف بر نفس تملیك بر نفس میباشد و معقول نیست کسی مال خود را بخود تملیك نماید. این ستکه ماده «۷۲» قانون مدنی میگوید: «وقف بر نفس باین معنی که واقف خود را موقوف علیه» قرار دهد چنانکه بگوید وقف نمودم این خانه را که خودم در آن سکونت نمایم «یا جزء موقوف علیهم نماید» چنانکه واقف بگوید وقف نمودم بر استادان دانشگاه و خود داخل در عنوان مزبور باشد و یا بعداً داخل شود بلکه باید خود را خارج بنماید، زیرا ظاهر در چنین وقفی توزیع بر تمامی افراد است «یا پرداخت دیون یا سایر مخارج خود را از موقوفه قرار دهد باطل است اعم از اینکه راجع بحال حیات باشد» چنانکه واقف بگوید: عایدات آن خرج لباس و تحصیل من بشود «یا بعد از فوت» چنانکه ملکی را وقف نماید که پس از فوت نماز و روزه برای او بگیرند با خرج دفن و کفن او کنند. این مسئلهٔ اجماعی فقهای شیعه است. وقف بر نفس و غیر مانند وقف بر معدوم و موجود است. یعنی نسبت بنفس عقد باطل و نسبت بغیر عقد صحیح میباشد.

برای آنکه تصور نرود وقف بر اولاد و اقوام و خدمه و واردین و امثال آنها وقف بر نفس میباشد، قانون مدنی در ماده «۷۳» تصریح بصحت وقف بر آنها نموده است زیرا این اشخاص در نظر عرف خارج و غیر از واقف هستند و کلمات بر معانی عرفیه خود حمل میگردند مگر آنکه قرینه موجود باشد که آن را از معانی خود منصرف نماید.

اولاد در عرف بر تمامی کسانی که قرابت نسبی نزولی با شخص دارند خواه از پسر باشد و خواه از دختر گفته میشود، بنابراین نوهٔ دختری نیز از اولاد شناخته میشود، و در صورتی که وقف بر اولاد شود طبقه دوم یا طبقه اول شریك خواهند بود، مگر آنکه واقف تصریح کند که ترتیب در موقوف علیهم رعایت بشود که در این صورت طبقه دوم از اولاد با بودن طبقه اول از منافع موقوفه سهیم نمیباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۷۹

اقوام در عرف بر کسانی گفته میشود که قرابت سببی و نسبی با شخص داشته باشند و تعیین درجهٔ آن بنظر عرف است.

خدمه در عرف بکسانی گویند که در خدمت شخص بوده، خواه مزدور باشند یا مجانی کار کنند، و واردین در عرف بکسانی گویند که بدین شخص می‌آیند خواه دعوت شده باشند یا بدون دعوت بیایند.

اشکالی که ممکن است بشود در صحت وقف بر نفقهٔ اقارب واجب النفقه است زیرا وقف بر آنها موجب ملائت آنها میشود و دیگر آنها مستحق انفاق نخواهند بود و واقف بدین طریق نفقهٔ آنها را پرداخته و نتیجهٔ آن وقف بر نفس است. اشکال مزبور اگر چه در ظاهر وارد بنظر میرسد ولی با دقت بیشتری قابل رد است، زیرا کسانی از اقارب که واجب النفقهٔ واقف هستند در اثر فقر مستحق نفقه شده‌اند و وقف بر آنها بقدری که کافی برای اعاشهٔ آنها باشد استحقاق آنها را رفع مینماید نه آنکه بواقف داده شده است تا وقف بر نفس باشد. اما وقف در نفقهٔ زوجهٔ دائمه یا زوجهٔ منقطعه که در عقد شرط نفقه شده باشد، هرگاه واقف بعنوان نفقهٔ زوجیت در مورد دائم و یا نفقهٔ مورد شرط در عقد متعه، مالی را وقف نماید آن وقف صحیح نمیباشد، زیرا واقف آنچه را که از نظر قانونی ملتزم بپرداخت آن بوده وقف نموده است و نتیجهٔ آن وقف بر نفس میباشد، ولی در صورتی که واقف مالی را بطور مطلق برای نفقهٔ زن خود وقف نماید نه بعنوان نفقهٔ زوجیت در دائم، یا نفقهٔ مورد شرط در متعه وقف صحیح است و علاوه بر آنچه از موقوفه عاید زوجه میشود زوج باید نفقه مورد شرط را در متعه و نفقهٔ زوجیت را در دائم بدهد.

قانون برای رفع توهم آنکه هرگاه واقف مصداق موقوف علیهم قرار گیرد وقف بر نفس است، در ماده «۷۴» میگوید: «در وقف بر مصالح عامه اگر خود واقف نیز مصداق موقوف علیهم واقع شود میتواند منتفع گردد». در وقف بر مصالح عامه و امور خیریه از قبیل مسجد و کاروانسرا و مسافرخانه و مدرسه و مانند اینها هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۸۰

واقف مصداق موقوف علیهم واقع شد چون اینگونه اوقاف وقف بر جهت میباشد نه وقف بر افراد، لذا واقف میتواند سهم ببرد، مگر آنکه واقف خروج خود را از آنها قصد کرده باشد که در این صورت واقف سهم نمیبرد، زیرا واقف در حکم استثناء است، ولی هرگاه وقف برای تدریس و تحصیل نماید و خود واقف هم داخل این عناوین باشد یا بعداً داخل شود، اگر غرض واقف توزیع بر افراد آن عناوین باشد در حقیقت موقوف علیهم افراد آن خواهند بود و واقف بمقدار سهم خود نمیتواند تصرف کند، زیرا نسبت باو وقف بر نفس است، و اگر غرض واقف از عنوان بیان مصرف باشد مشهور از علما تصرف واقف را در سهم خود جایز دانسته‌اند و بعض دیگر مطلقاً جایز ندانسته‌اند چنانکه در کتاب سرائر است.

ادارهٔ امور موقوفه

۱- متولی

متولی کسی است که ادارهٔ امور موقوفه را عهده‌دار میباشد. در صورتی که واقف در عقد وقف متولی قرار داده باشد، متولی موقوفه را اداره مینماید.

ماده «۷۵» قانون مدنی میگوید: «واقف میتواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام الحیوة یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز میتواند متولی دیگری معین کند که مستقلا» هر یک از واقف و متولی منصوب، بتنهائی بدون شور با دیگری «یا مجتمعا با خود واقف اداره کند» که عملیات آن دو با شور و تصویب یکدیگر باشد «تولیت اموال موقوفه ممکن است بیک یا چند نفر دیگر غیر از واقف واگذار شود که هر یک مستقلا یا منضماً» یعنی مجتمع با یکدیگر «اداره کنند و همچنین واقف میتواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است نصب متولی کند» و هرگاه در ضمن عقد واقف، متولی معین نکند دیگر نمیتواند بعداً نصب متولی نماید، زیرا پس از وقوع عقد بنحو صحت و حصول قبض طبق ماده «۶۱» قانون مدنی واقف نمیتواند دیگر مداخله در امور موقوفه بنماید و تغییر و تبدیل در آنچه در عقد وقف درج گردیده بدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۸۱

هرگاه واقف حق تعیین متولی را برای خود در عقد قرار دهد، در نتیجهٔ آن پس از عقد میتواند متولی تعیین کند و همچنین واقف میتواند در ضمن عقد شرط نماید متولی که تعیین شده است متولی دیگری پس از خود معین کند «و یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد».

کسی که واقف او را متولی قرار داده است مجبور نیست که آن سمت را قبول کند، بلکه چنانکه ماده «۷۶» قانون مدنی میگوید میتواند تولیت را قبول یا رد نماید، بخلاف وصی که بعد از فوت موصی، طبق ماده «۸۳۴» حق ندارد وصایت را رد کند، اگر چه جاهل بر وصایت باشد. و اگر تولیت را متولی قبول کرد دیگر نمیتواند آن را رد نماید (این امر مورد اتفاق حقوقیین امامیه نیست بلکه عدهٔ از فقهاء بر آنند که تولیت مانند وکالت است و متولی میتواند پس از قبول آن را رد نماید) ولی هرگاه رد نمود مانند صورتی است که واقف از اصل متولی در عقد قرار نداده باشد.

ماده «۷۷» قانون مدنی میگوید: «هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر بطور استقلال تولیت قرار داده باشد هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلا تصرف میکنند (زیرا در زمانی هم که متولی متوفی زنده بود تصرف متولی یا متولیان دیگر منوط باجازهٔ او نبوده است) و اگر بنحو اجتماع قرار داده باشد تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آنکه باقیمانده است مینماید که مجتمعاً تصرف کنند». زیرا مقصود واقف که قید اجتماع نموده آنست که امور موقوفه با شور و تصویب دو نفر یا بیشتر اداره شود و در صورتی که یکی از آنها فوت کند، نمیتوان تمامی منظور واقف را

تأمین نمود و شخصیت متولی متوفی را ایجاد کرد، ولی میتوان تا اندازهٔ منظور واقف را در نظر گرفت و آن تعیین یک نفر دیگر بجای متولی متوفی میباشد تا با متوفی و متولیان باقیماندهٔ مجتمعاً همکاری نماید. همچنین هرگاه دو نفر یا تمام متولیان فوت نمایند حاکم بعدهٔ آنها متولی تعیین خواهد نمود که مجتمعاً امور موقوفه را اداره نمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۸۲

ماده «۸۰» قانون مدنی میگوید: «اگر واقف وصف مخصوصی را (مانند عدالت، اسلام، ایرانیت) در شخص متولی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف گردد (چنانکه فاسق گردد و یا مرتد شود و یا تغییر تابعیت دهد) منعزل میشود». زیرا وصف مزبور در نظر واقف ملاک اساسی در تعیین او بسمت تولیت بوده بطوری که هرگاه دارای آن وصف نبود واقف او را معین نمینمود، بنابراین وقتی متولی آن وصف را فاقد گردد ملاک تعیین او زائل میشود، و مانند آنست که فوت نموده. در این صورت هرگاه واقف یک متولی تعیین نموده باشد مانند آن خواهد بود که اصلا متولی تعیین نشده است. هرگاه متولی مجدداً دارای وصف اولی گردید سمت تولیت باز نخواهد گشت، زیرا پس از منعزل شدن، سمت تولیت از او زائل شده و بیگانه شناخته میشود و موجب قانونی برای عود مجدد سمت تولیت موجود نیست. بعضی از فقهاء، تصریح نموده‌اند که پس از عود صفت، متولی بسمت اولیه خود بازمیگردد و در صورتی که از ابتداء متولی دارای آن وصف معین نبوده و تصرفاتی در موقوفه کرده تصرفات او فضولی است.

همچنین است هرگاه متولی فاقد اهلیت گردد چنانکه دیوانه شود. در صورتی که متولیان متعدد باشند و یکی از آنها فاقد اهلیت گردد، هرگاه باید آنان مجتمعاً همکاری نمایند مانند مورد فوت یکی از متولیان، حاکم دیگری را تعیین خواهد نمود، و هرگاه هر یک بتواند منفرداً انجام وظیفه نماید متولی دیگر تعیین نخواهد شد، زیرا منظور متوفی در ادارهٔ موقوفه تأمین میشود و مداخله دادن کسی که بیگانه است بر خلاف نظر واقف میباشد.

ماده «۷۹» قانون مدنی میگوید: «واقف یا حاکم نمیتواند کسی را که در ضمن عقد وقف متولی قرار داده شده است عزل کند. (زیرا پس از تحقق عقد، واقف بیگانه میباشد و نمیتواند هیچگونه تغییری در وقف بدهد و حاکم نیز نمیتواند بر خلاف آنچه واقف در عقد وقف قرار داده رفتار کند) مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد (که در این صورت بر طبق شرط مندرج در وقف عمل میشود) و اگر خیانت متولی ظاهر

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۸۳

شود، (چنانکه خیانت او در دادگاه ثابت گردد) حاکم ضم امین میکند». و نمیتواند او را عزل نماید و بخودی خود نیز منعزل نمیشود، زیرا فرض آنست که واقف کسی را که بسمت تولیت تعیین میکند با توجه بخصوصیات شخص او انتخاب مینماید، و چون خیانت نمود برای حفظ حقوق موقوف علیهم و نظر واقف ضم امین میشود تا با همکاری امین امور موقوفه را اداره نماید و پس از آنکه از خیانت دست برداشت حاکم امین را عزل مینماید.

در صورتی که متولی با قبول تولیت، ادارهٔ امور موقوفه را عملا تصدی ننماید و یا آنکه اعلام دارد که بادارهٔ امور موقوفه نمیپردازد، مانند آن عمل میشود که متولی در عقد معین نشده باشد، و هرگاه پس از مدتی از نظر خود عودت نموده میتواند تصدی را عهده‌دار گردد، زیرا از تولیت منعزل نشده است.

ماده «۸۳» قانون مدنی میگوید: «متولی نمیتواند تولیت را بدیگری تفویض کند» زیرا تولیت منصبی است که از طرف واقف بمتولی داده شده و پس از قبول کردن آن حق و تکلیف برای او ایجاد میشود و نمیتواند آن منصب را بدیگری واگذار نماید «مگر آنکه واقف در ضمن وقف باو اذن داده باشد» زیرا واقف خود حق تعیین دیگری را قبلا داشته و میتوانسته هر کس را بخواهد در ضمن عقد وقف بسمت متولی معین نماید، و واقف متولی فعلی را معین نموده و باو اختیار داده که هر زمان بخواهد متولی دیگری قرار دهد و خود کناره‌گیری کند «ولی اگر در ضمن» عقد «وقف شرط مباشرت» برای متولی «نشده باشد» او «میتواند» در انجام امور

«وکیل بگیرد». وکالت در ادارهٔ امور موقوفه غیر از تفویض تولیت است، زیرا در وکالت، وکیل نمایندهٔ متولی میباشد و در صورت تفویض تولیت سمت متولی زائل میگردد و دیگری جانشین او میشود و منصب قابل واگذاری نیست.

در صورتی که واقف در ضمن عقد وقف، متولی معین ننماید، ادارهٔ امور موقوفه بطریق ذیل بعمل می‌آید:

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۸۴

ماده «۸۱» قانون مدنی میگوید: «در اوقاف عامه» و آن موقوفاتیست که منافع آن برای مصالح عامه یعنی اموری که نفع اجتماعی در بر دارد مانند بهداری، فرهنگ، ارتش، اطعام فقراء، تبلیغات مذهبی و امثال آن معین شده است «اگر واقف متولی معین نکرده باشد اداره کردن امور موقوفه بر طبق مادهٔ «۶» قانون «۲۸» شعبان ۱۳۲۸ (هجری قمری) خواهد بود» [قانون مزبور نسخ و قانون اوقاف مصوب ۳ دی‌ماه ۱۳۱۳ جانشین آن شده است، ماده «۱» قانون مزبور میگوید: «اداره کردن موقوفاتی که متولی ندارد یا مجهول التولیه است با وزارت معارف و اوقاف است و در صورتی که متصدی داشته باشد ممکن است وزارت مزبوره در دست او ابقاء نماید.

تبصره- مقصود از مجهول التولیه آنست که متولی شخص معین یا اشخاص معین و یا بر حسب اوصاف که بالاخره منطبق با شخص معینی میشود معلوم نباشد»] ولی در اوقاف خاصه و آن موقوفاتیست که برای اشخاص معینی قرار داده شده باشد مانند وقف بر اولاد «اگر متولی مخصوص نباشد تصدی آن با خود موقوف علیهم است»

۲- ناظر-

اشاره

واقف میتواند در عقد وقف، یک یا چند ناظر بر متولی قرار دهد که اعمال متولی با نظارت آنها انجام گیرد. مادهٔ «۷۸» قانون مدنی میگوید: «واقف میتواند بر متولی ناظر قرار دهد که اعمال متولی بتصویب یا اطلاع او باشد». چنانکه از ماده مزبور معلوم میشود نظارت بر دو قسم است:

۱- نظارت اطلاعی

و آن آگاه شدن بر امور مربوطه بموقوفه از عائدات و مصارف آن میباشد و بدین جهت متولی باید عملیات خود را باطلاع ناظر برساند ولی لازم نیست که در امور موقوفه با او شور نماید و تصمیم مشترک اتخاذ کنند و هرگاه ناظر امری را که متولی انجام داده است بر خلاف ترتیب معینه در وقفنامه بداند، میتواند آن را اعلام دارد و در صورتی که متولی تسلیم نگردید، ناظر میتواند بدادگاه مراجعه و متولی را وادار بمتابعت از مندرجات وقفنامه بنماید و هرگاه خسارتی از عمل متولی متوجه موقوفه یا موقوف علیهم گردیده متولی مسئول آن خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۸۵

۲- نظارت استصوابی-

و آن اظهار نظر در امور مربوطهٔ بموقوفه قبل از انجام آن میباشد، بنابراین در صورتی که موقوفه ناظر استصوابی داشته باشد، متولی باید قبل از اقدام بهر عملی در امور موقوفه جلب نظر ناظر را بنماید و در صورت موافقت و تصویب ناظر، متولی آن را انجام خواهد داد و متولی بدون تصویب ناظر نمیتواند اقدام بامری بنماید. ناظر استصوابی مانند متولی است و در اخذ کلیهٔ تصمیمات با متولی شریک خواهد بود، ولی اجراء آن تصمیمات منحصراً با متولی میباشد.

طبق ماده «۲» قـانون اوقاف مصوب ۳ دی‌ماه «۱۳۱۳» اداره اوقـاف نظـارت اسـتصوابی بر موقوفات عامه دارد، مادهٔ «۲» قانون مزبور میگوید: «نسبت به موقوفات عامه که متولی مخصوص دارد، وزارت معارف و اوقاف نظارت کامل داشته ... (منظور از نظارت کامل نظارت اسـتصوابی است زیرا کاملترین اقسام نظارت میباشـد). نظارت اسـتصوابی اداره اوقاف منحصـر بموقوفات عامه نمیباشد، بلکه چنانکه ماده «۳» قـانون اوقـاف متـذکر است: «اموال غیر منقول که بر حسب نـذر و یـا وصـیت و یـا حبس، منافع آن بطور دائم یا در مدتی که کمتر از ۱۸ سال نباشد برای مصارف عامه تخصیص داده شده مشمول مواد- ۱ و ۲- این قانون خواهد بود»

۳- حق التولیه- و حق النظاره-

واقف میتوانـد از منـافع موقوفه سـهمی برای متولی بعنوان حق الزحمه قرار دهـد اگر چه واقف خود، متولی باشـد، و این امر وقف بر نفس شـناخته نمیشود، زیرا سـهم مزبور در مقابـل عملی است که برای ادارهٔ امور موقوفه انجام میدهـد. تعیین مقـدار حق التولیه بنظر واقف است که در عقد وقف در نظر میگیرد، اگر چه از سهم موقوف علیهم بیشتر باشد، مثلًا اشکالی ندارد متولی نه عشر از عایدات موقوفه را برای حق التولیه و یک عشـر را برای موقوف علیهم تخصـیص دهد و در صورتی که واقف، خود متولی باشد و نه عشـر از عایـدات را حق التولیه قرار دهد صـحیح است و نمیتوان بعنوان وقف بر نفس آن را باطل دانست، زیرا در عقود قصد و عنوان ملاک تحقق و تشخیص میباشد.

در صورتی که واقف برای متولی در عقد وقف حق التولیه قرار نداده و نیز قید

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۸۶

ننموده که متولی سـهمی از موقوفه بعنوان حق التولیه نبرد و یـا مجانـاً آن را اداره نمایـد، متولی مسـتحق اجرت المثل عمل میباشـد و همچنین است در صورتی که واقف تصـریح باجرت دادن متولی نموده ولی مقدار آن را معین نکرده باشد. نظر بعض از فقهاء بر این است که پس از تمـامیت صـیغهٔ وقـف نمیتـوان در مصـارف آن تصـرف کرد و دادن حق التـولیه در صـورت عـدم ذکر آن در عقد تصرف مخالف وقف میباشد. این دسته از فقهاء معتقدند که پس از قبول تولیت اقدام عمل مجانی است. قول مزبور مردود است زیرا قبول، دلیل بر مجانی بودن نیست و قانون مدنی قول اول را اختیار نموده است.

قـانون مـدنی نـامی از حق النظـاره نبرده و بـا ذکر حق التولیه بیان آن را محتاج ندانسـته است نظر بماده «۳۰» قانون مـدنی که مالک میتواند هر گونه تصرفی در ملک خود بنماید، واقف میتواند چنانکه حق التولیه برای متولی قرار میدهد، در عقد وقف برای ناظر حق النظاره معین نمایـد، و هر گاه در عقـد وقف حق النظاره قرار داده نشـده باشـد، در صورتی که ناظر در عمل خود قصد تبرع نداشـته، میتواند مانند متولی از عایدات موقوفه سهمی بعنوان اجرت المثل بردارد مگر آنکه در عقد وقف مجانی بودن عمل او قید شده باشد و یا قرائن مثبته دیگر، این امر را برساند. ماده «۳۳۶» قانون مدنی در مورد استیفاء، از نظر وحدت ملاک جواز این امر را میرساند.

۴- طرز اداره موقوفه

ماده «۸۲» قـانون مـدنی میگویـد: «هر گـاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصـی معین کرده باشـد، متولی بایـد بهمان ترتیب رفتار کنـد (یعنی متولی در حـدود آنچه در عقـد مقرر شـده تعمیرات را مینماید و آن گونه که واقف معین کرده است آن را باجاره واگـذار و مال الاجاره را اخذ و سـهام را تقسـیم مینماید) و اگر ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع بتعمیر و اجاره و جمع آوری منـافع و تقسـیم آن بر مسـتحقین و حفـظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نمایـد، یعنی متولی در حـدود معمول محل و متعارف تعمیرات لازمه را مینمایـد و با شـرائط املاک مشابه آن را باجاره واگذار میکند. طبق ماده «۸۶» قانون مدنی: «در صورتی که واقف ترتیبی قرار نداده باشد مخارج تعمیر و اصلاح موقوفه و اموری که برای تحصیل منفعت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۸۷

لازم است بر حق موقوف علیهم مقدم خواهد بود». یعنی اگر واقف محلی برای تعمیرات موقوفه تعیین نکرده باشد و موقوفه محتاج بتعمیر شود، از عواید حاصله از موقوفه تعمیر میشود، اگر چه از این امر موجب شود که از برای موقوف علیهم چیزی باقی نماند، زیرا چنانکه ماده «۵۵» قانون مدنی حاکی است وقف حبس اصل و تسبیل منفعت است و بدون مخارج لازمه برای بقاء موقوفه، اصلی باقیمانده تا منفعتی بوجود آید. منظور از مخارج لازمه مخارجی است که عرف و معمول محل آن را برای بقاء و انتفاع از موقوفه لازم میداند، و الا متولی نمیتواند از عایدات موقوفه، آن را ببهترین وضعی که ممکن است در آورد، زیرا این امر مخارج اضافی لازم دارد که در نتیجهٔ، تجاوز بسهم موقوف علیهم خواهد شد و از سهام آنان کسر میگردد، مگر آنکه در عقد واقف تصریح باین امر نموده باشد.

تقسیم منافع موقوفه بین موقوف علیهم تابع نظر واقف است که در عقد وقف قرار داده، بنابراین چنانکه ماده «۸۷» قانون مدنی میگوید: «واقف میتواند شرط کند که منافع موقوفه ما بین موقوف علیهم بتساوی تقسیم شود یا بتفاوت» چنانکه برای اناث سه برابر ذکور قرار دهد یا بالعکس «و یا اینکه اختیار بمتولی یا شخص دیگری بدهد که هر نحو مصلحت داند تقسیم کند» بنابراین متولی یا شخص مزبور هر قسم که بخواهند میتوانند عایدات را بین موقوف علیهم تقسیم نماید و کسی نمیتواند بر آنها اعتراض کند.

در عایدات موقوفه مادام که تقسیم نشده تمامی موقوف علیهم مشاعا سهیم میباشد.

و هیچیک از آنها نمیتواند بدون اجازهٔ دیگران در آن تصرف کند، زیرا تصرف مزبور اگر بصورت تقسیم باشد، بدون اجازهٔ بقیه شرکاء تصرف در سهام آنها خواهد بود، ولی طبق ماده «۸۵» قانون مدنی: «بعد از آنکه منافع موقوفه حاصل و حصه هر یک از موقوف علیهم معین شد (یعنی از حال اشاعه بیرون آمد و مفروز گردید) موقوف علیه میتواند حصهٔ خود را تصرف کند اگر چه متولی اذن نداده باشد (زیرا تصرف مالک در ملک مفروز خود احتیاج باذن دیگری نخواهد داشت) مگر اینکه واقف اذن در تصرف را

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۸۸

شرط کرده باشد» که در این حال تابع دستور واقف است، زیرا واقف باین نحو خواسته مال خود را بموقوف علیهم بدهد.

۵- اجاره موقوفه-

متولی عهده‌دار ادارهٔ موقوفه است و آنگونه که صلاح وقف و موقوف علیهم را بداند در حدود اختیاری که واقف باو داده باید رفتار نماید.

بنابراین هرگاه واقف تصریح باجازه دادن موقوفه ننموده باشد، متولی خود میتواند عمل کند، چنانکه هرگاه موقوفه اراضی مزروعی است آن را زراعت نماید همچنانکه میتواند آن را بمساقات و مزارعه واگذار کند. و هرگاه واقف مدت معینی برای اجاره قید ننموده متولی میتواند موقوفه را برای مدت بیش از معمول باجاره واگذار کند اگر چه از عمر متولی یا موقوف علیهم تجاوز نماید و متولی لاحق نمیتواند آن را برهم زند، زیرا ادارهٔ موقوفه بعهدهٔ متولی است و تشخیص مصلحت را واقف بنظر او گذارده است، مگر آنکه ثابت گردد که صلاح موقوفه یا موقوف علیهم در اجاره رعایت نشده است که در این صورت میتواند بطلان آن را اعلام دارد و برای اثبات آن در صورت عدم تسلیم طرف بدادگاه صالح رجوع مینماید این است که ماده «۴۹۹» قانون مدنی میگوید. «هرگاه متولی با ملاحظهٔ صرفهٔ وقف مال موقوفه را اجاره دهد، اجاره بفوت او باطل میگردد».

در صورتی که وقف بر اولاد باشد، و طبقهٔ اولی از موقوف علیهم موقوفه را باجاره واگذار نماید و در اثناء مدت اجاره طبقهٔ اولی فوت کند، اجاره نسبت به بقیه مدت فضولی است و نافذ نخواهد بود، زیرا طبقهٔ اولی حق انتفاع زمان حیات خود را داشته و باجاره

واگـذار نموده است، و چون اجاره دهنـده فوت کند کشف میشود که حق واگذاری نسبت به بقیه مدت را نداشـته و صـحت اجاره بقیه مـدت، منوط باجازه طبقه بعـد خواهد بود، و هرگاه اجازه ندهد باطل میباشد. (مستنبط از ماده ۴۹۷ قانون مدنی از نظر وحدت ملاک) ماده «۴۹۷» قـانون مـدنی «... اگر موجر فقـط برای مـدت عمر خود مالک منافع عین مسـتأجره بوده است اجاره بفوت مؤجر باطل میشود» نمیتوان مورد مزبور را با اجاره دادن مالک قیاس نمود، زیرا مالک هر مالی،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۸۹

نسبت بعین و منافع آن بطور دائم مالک است و میتواند هر گونه تصرفی در ملک خود بنماید، چنانکه میتواند آن را بدیگری انتقال دهد بخلاف مورد وقف که حق انتفاع برای موقوف علیه مادام الحیات است و پس از فوت، حق طبقهٔ دیگر از موقوف علیهم میباشد و این حق بسبب عقد وقف بآنها داده شده است نه آنکه بارث از طبقهٔ سابق بطبقه لاحق منتقل شده باشد بعضی گفته‌اند عقد اجاره نسبت ببقیه مدت باطل است و قابل تنفیذ نیست، زیرا طبقه اول نسبت ببقیهٔ مدت هیچ سمتی را نداشته است و مالک حق انتفاع هم که طبقهٔ دوم باشد در حین عقد اجاره موجود نبوده و اگر هم موجود بوده در زمان عقد سمتی نداشته است. بنابراین یکی از شرایط صحت عقـد که وجود متعاملین است ناقص میباشـد. استدلال مزبور در صورتی که طبقه دوم موجود باشـد صـحیح نیست زیرا طبقهٔ مزبور در زمان عقد اجاره مالک حق انتفاع مدت پس از فوت طبقه اول میباشد و این مقدار از سمت برای صحت عقد فضولی کافی است اگر چه بنظر میرسد موجود نبودن مالک در زمان عقد نیز مانع از صحت عقد فضولی نمیباشد.

۶- موارد فروش وقف-

وقف چنـانکه گـذشت حبس و بـازداشت عین مـال از نقل و انتقال است و اصولا نبایـد موقوفه از وضـعیت وقفی خود خارج شود و بـدین جهت رهن آن جایز نمیباشد، زیرا ممکن است در اثر عدم پرداخت دین منجر بفروش ملک مورد رهن گردد و آن مخالف با حبس عین مـال است، و چیزی را میتوان رهن گـذارد که قـابلیت نقل و انتقال را داشـته باشـد. قانون برای حفظ منافع موقوف علیهم استثناء در دو مورد زیر اجازهٔ فروش موقوفه را داده است:

۱- در صورتی که موقوفه خراب شود یـا منجر بخرابی گردد بطوری که انتفـاع از آن ممکن نباشـد (قانون مـدنی ماده ۸۸) منظور از منجر بخرابی شـدن آن است که هرگـاه موقوفه بهمان وضـعیت که دارد باقی بمانـد و تعمیر نشود، دیر یا زود خراب خواهـد گردید اگر چه فعلا خراب نشده است. عدم امکان انتفاع چند صورت دارد:

الف- قابلیت اسـتفاده از عین موقوفه سـلب شـده است، خواه آنکه قابلیت اسـتفاده را ندارد چنانکه مورد وقف میز و صـندلی بوده و شکسته و پوسیده شده است بطوری که

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۰

نمیتوان آن را تعمیر نمود و فقط برای سوزاندن میتوان بکار برد، و خواه آنکه به هیچ وجه نمیتوان از آن اسـتفاده نمود چنانکه مورد وقف ساختمانی است که چندان از هم پاشیده شده که هیچ‌گونه استفاده از آن نمیتوان کرد مگر آنکه پی‌بندی شود و تعمیر گردد.

ب- عایدات موقوفه چندان نقصان پذیرفته که در نظر عرف مسلوب المنفعه شناخته میشود، مثلا مورد وقف قریه ایست که قنات آن خشکیده و احتیاج بتنقیه دارد و با وضعیت فعلی نمیتوان در آن کشت نمود و فقط مقدار ناچیزی دیم میتوان کاشت

ج- عایدات موقوفه در اثر خرابی، متناسب با وضعیت طبیعی آن نیست و در صورتی که موقوفه فروش رود از قیمت آن میتوان ملک دیگری خریـد که عایـدات آن متناسب باشـد، مثلا عایـدات قریه موقوفه در اثر واریز کردن قناتش نصف عایـدات معمولی آن شده است. جواز فروش موقوفه در مورد مزبور اگر چه از ظاهر ماده استفاده نمیشود ولی میتوان از نظر انصاف قضائی عبارت (بطوری که انتفاع از آن ممکن نباشد) را بدین نحو تعبیر نمود (بطوری که انتفاع متناسب با طبیعت موقوفه ممکن نباشد) و اجازه فروش آن داده

شود.

فروش موقوفه در مورد خرابی یا منجر شدن بخرابی چنانکه در بالا ذکر گردید موقعی ممکن خواهد بود که دو شرط ذیل موجود باشد:

اول- عمران آن متعذر باشد و نتوان موقوفه را بوضعیت اولیه در آورد مانند شق الف مذکور در بالا- که موقوفه، صندلی و میز میباشد که شکسته و پوسیده و قابل تعمیر نیست.

دوم- کسی برای عمران موقوفه حاضر نشود تا هزینه لازم را بپردازد، خواه تبرعاً باشد و یا بوسیلهٔ اجاره طویل المدهٔ و یا استقراض و بتدریج از عایدات موقوفه برداشت نماید.

این است که ماده «۸۸» قانون مدنی میگوید: «بیع وقف در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر بخرابی گردد بطوری که انتفاع از آن ممکن نباشد،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۱

در صورتی جائز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود».

در صورتی که بتوان با فروختن بعض موقوفه بقیه آن را تعمیر کرد، چنانکه از ماده بالا- و ماده «۸۹» مستفاد میشود، همان بعض فروخته خواهد شد و بوسیله قیمت فروش آن، بقیه تعمیر میگردد، زیرا فروش بعض و نگاهداری بقیه نزدیکتر باصل منظور واقف است تا فروش تمام موقوفه و خرید ملک دیگری، مگر آنکه فروش بعض ممکن نباشد و یا موجب ضرر گردد، چنانکه خانه کوچکی خراب شود و خریدار برای قسمتی از آن یافت نشود و یا بقیمت نازلی بفروش رود که در این صورت تمامی آن فروخته خواهد شد.

هرگاه قسمتی از موقوفه خراب شود و یا مشرف بخرابی گردد بطوری که انتفاع از آن قسمت ممکن نباشد، همان قسمت فروخته میشود و قسمت دیگر بحال خود میماند مگر آنکه خرابی بعض سبب سلب انتفاع از قسمت باقیمانده شود و یا کسی پیدا نشود که آن قسمت را جداگانه خریداری نماید، زیرا در این صورت موقوفه دارای وحدتی است که عرفاً غیر قابل تجزیه میباشد. مثلا هرگاه موقوفه عبارت باشد از حمامی که دارای چندین دستگاه نمره خصوصی است و قسمت ساختمان تیان و تلمبه و آبده آن خراب شود، و با فروش قسمت مزبور استفاده از نمره‌های خصوصی آن نمیتوان نمود و یا قسمت مزبور را کسی خریداری نمینماید، در این صورت تمام حمام موقوفه فروخته میشود. جواز فروش قسمتی از موقوفه در مورد بالا در صورتی است که عمران آن بنحو دیگری متعذر باشد و کسی هم برای عمران آن حاضر نگردد (ماده «۸۹» با توجه بماده «۸۸» قانون مدنی)

۲- قانون مدنی در ماده «۳۴۹» مذکور در مبحث بیع، مورد دیگری را افزوده و آن در صورتیست که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود، بنحوی که بیم سفک دماء رود و یا منجر بخرابی موقوفه گردد. قانون مدنی در ماده «۸۸» عدم قابلیت انتفاع را از موجبات جواز فروش موقوفه دانسته و هیچگونه قیدی در سبب موجد آن ننموده

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۲

است، بنابراین فرقی نمینماید که سبب خرابی موقوفه امور طبیعی مانند سیل، زلزله، اندراس و یا خشکی قنات باشد، یا سبب خرابی اختلاف بین موقوف علیهم باشد، ولی نظر بآنکه با عدم ذکر قسمت دوم از ماده «۳۴۹» احتمال میرفت منظور مقنن از ماده «۸۸» در صورتیست که در اثر امر طبیعی موقوفه خراب شود، در ماده «۳۴۹» تصریح شده که اختلاف بین موقوف علیهم هرگاه منجر بخرابی موقوفه گردد نیز از موجبات جواز فروش موقوفه است. یکی از مواردی که اختلاف بین موقوف علیهم موجب جواز فروش موقوفه میشود در موقعی است که بیم سفک دماء رود یعنی موجب جرح شدیدی شود که نوعاً منجر بفوت گردد و الا- هرگاه اختلاف موجب عداوت و اتلاف مال و زد و خورد و جرحهای کوچک مانند شکستن سر و دست گردد، فروش آن جائز نخواهد بود، زیرا

این امور را عرفاً سفک دماء نمیگویند.

عدهٔ از حقوقیین امامیه در مورد بالاـ گفته‌اند در صورتی که پس از فروش موقوفه و خرید محل دیگری بجای آن، اختلاف بین موقوف علیهم رفع گردد، محل دیگری خریده میشود و الاـ ثمن فروش موقوفه بین آنها تقسیم میگردد. قانون مدنی فرض بالا را پیش‌بینی ننموده است، بدین جهت هرگاه چنین موردی پیش آید نمیتوان ثمن را بین موقوف علیهم تقسیم نمود، زیرا تقسیم ثمن در هیچ یک از مواد پیش‌بینی نشده است و از هیچ‌یک از مواد نیز نمیتوان استنباط نمود.

بعض از فقهاء مانند شیخ مفید، فروش موقوفه و خرید موقوفه دیگری را که عایدات بیشتری بدهد اجازه داده‌اند، ولی چون این امر بر خلاف اصل وقف است و دلیل قوی هم ندارد فقهاء دیگر مخالفت با آن نموده‌اند. و نیز بعضی از فقهاء فروش موقوفه را در صورت احتیاج مبرم موقوف علیهم اجازه داده‌اند، ولی چون موقوفه حق انحصاری موقوف علیهم موجود نمیباشد فقهای دیگر مخالفت نموده‌اند.

اشکال تحلیلی و علمی در فروش مال موقوفه شده است و آن اینست که مبیع باید در حین عقد طلق و قابلیت نقل و انتقال را داشته باشد و مال موقوفه در حال وقفیت چون طلق نیست نمیتواند مبیع قرار گیرد. اشکال مزبور را بدو نحو پاسخ داده‌اند:

الف- با پیدایش سبب فروش، وقف باطل و موقوفه از وقفیت خارج میشود و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۳

ملک طلق فروخته میشود.

ب- پیدایش سبب، موجب جواز بیع میگردد، ولی ملک در وقفیت باقی است تا بیع محقق شود و با تحقق بیع، وقف زائل میگردد و لازم نیست که قبل از بیع مبیع مطلق باشد.

قول دوم بنظر قوی میرسد و جواز بیع بدون آنکه محقق شود نمیتواند موجب زوال وقفیت شود، زیرا سبب جواز بیع موقوفه هرگاه موجود شده و فروش آن مدتی بتأخیر افتاد تا آنکه سبب مزبور مرتفع گردید باید گفته شود که با پیدایش سبب فروش، مال موقوفه از وقفیت خارج و ملک میگردد و پس از زوال سبب مجدداً از ملکیت بوقفیت عودت می‌یابد و حال آنکه این امر بر خلاف منطق حقوقی بنظر میرسد.

پس از آنکه طبق مقررات قانون اوقاف، عین موقوفه بفروش رسید، بدستور ماده «۹۰» قانون مدنی با قرب بغرض واقف تبدیل میگردد، زیرا آنچه نظر واقف بوده تحبیس اصل مال و تسبیل منفعت است و با فروش اصل مال، ناچار بر خلاف نظر او عمل شده است، لذا باید با خرید چیزی که میتواند نظر واقف را تا حدودی تأمین نماید آن را جبران کرد، بدین جهت از ثمن فروش موقوفه مالی خریده میشود که تا حد امکان با غرض واقف موافق باشد. مثلا هرگاه کسی حمامی را در شیراز وقف نموده که عایدات آن بمصرف تحصیل کودکان برسد در صورت فروش میتوان هر ملکی را در هر محلی خرید که عایدات آن بمصرف تحصیل کودکان برسد، زیرا هدف واقف بدست آوردن عایدات برای تحصیل کودکان است و خصوصیت حمامی و یا در شیراز بودن نداشته است. بنابراین هر ملکی که بیشتر عایدات بدهد و لو مزرعه در اصفهان باشد میتوان خرید. بر خلاف آنکه هرگاه واقف حمام را وقف نموده که فقط زندانیان و یا ایتام شیراز بحمام رفته شستشو نمایند، که در صورت فروش باید حمام کوچکتری در شیراز خرید. و در صورتی که ثمن فروش کافی برای خرید حمام نباشد میتوان مال دیگری خرید که عایدات آن بمصرف نظافت همان موقوف علیهم برسد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۴

سؤالی در مورد پیش می‌آید و آن اینست که آیا مالی که بوسیلهٔ ثمن فروش موقوفه خریداری می‌شود بخودی خود وقف است یا آنکه باید پس از خریداری بوسیله عقد جداگانه وقف نمود؟ بنظر میرسد که مال خریداری را باید وقف نمود، زیرا موجبی ندارد

که ملک بخودی خود وقف گردد همچنانکه ثمن وقف نبوده است.

بحث مزبور در موردی نیز جاری است که کسی مال وقف را تلف کند و یا سبب تلف آن شود و مالی بعنوان بدل بدهد خواه مثل باشد یا قیمت.

۷- تقسیم عین موقوفه-

تقسیم عین موقوفه عبارت است از:

الف- تقسیم و تفکیک ملک از وقف- و آن جائز است، بنابراین هرگاه دو دانگ مشاع خانهٔ وقف و چهار دانگ دیگر آن ملک باشد، و متولی صلاح موقوفه را در افراز بداند میتواند تقسیم آن را بخواهد، و همچنین در صورتی که مالک چهار دانگ مشاع، افراز سهم خود را از وقف بخواهد میتواند در خواست تقسیم آن را بنماید، زیرا وقف بودن قسمتی از مال بطور مشاع، نمیتواند موجب عدم جواز تقسیم گردد. بنابراین وقف از ملک، طبق مقررات مربوطه بتقسیم اموال مشترک، افراز خواهد شد، و تقسیم باید طوری بعمل آید که برای تعدیل سهام احتیاج به دادن پول و یا مال دیگری بموقوفه پیدا نشود، زیرا آن مقداری از موقوفه که در مقابل رد قرار میگیرد انتقال موقوفه است و انتقال مزبور موجب قانونی ندارد. در صورتی که نتوان ملک را از وقف بدون دادن رد تقسیم نمود و بقاء بر اشاعه نیز موجب ضرر باشد بدستور ماده «۵۸۹» نمیتوان از تقسیم جلوگیری کرد.

ب- تقسیم مال موقوفه- بدستور ماده «۵۹۷» تقسیم موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست، زیرا مال موقوفه اگر چه ملک موقوف علیهم است ولی ملکیت آنان بطور اشاعه نیست تا بتوان تقسیم نمود، بلکه مانند مشترکات عمومی است که موقوف علیهم فقط میتوانند از منافع آن برخوردار گردند. در این امر فرقی بین وقف خاص و عام نمیباشد.

ج- تقسیم و تفکیک وقف از وقف- فقهای امامیه بر دو دسته‌اند قول مشهور

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۵

آنست که مطلقاً تفکیک و تقسیم وقف از وقف جائز است و صاحب حدائق معتقد میباشد که هرگاه موقوفهٔ بوسیلهٔ دو واقف یا بیشتر برای موقوف علیهم مختلفی وقف شده باشد تقسیم آن مانعی نخواهد داشت، مثلا خانه‌ای که دو دانگ متعلق بزید و چهار دانگ آن متعلق بعمرو بوده و هر یک از دو مالک سهم خود را وقف بر اولادان خود نموده‌اند، میتوان دو دانگ را از چهار دانگ تفکیک نمود. محقق قمی بر آنست که هرگاه وقف و موقوف علیهم متعدد باشند نیز میتوان آن را تقسیم نمود، چنانکه مالک خانه دو دانگ را وقف بر اولاد و چهار دانگ را وقف بر روشنائی محلی نموده باشد تفکیک دو دانگ را از چهار دانگ مانعی ندارد. بنظر میرسد که طبق مستفاد از مواد مربوطه بتقسیم، با توجه بمقررات مربوطه بوقف در هر مورد که تقسیم وقف بنفع موقوفه و بر خلاف منظور از وقف نباشد، تقسیم مانعی نخواهد داشت. ماده «۵۹۷» قانون مدنی منصرف از تعدد وقف میباشد و ناظر بمال موقوفهٔ است که واقف و وقف و موقوف علیهم متحد باشند.

۸- اخذ بشفعه

در صورتی که دو نفر در ملکی مشاعاً شریک باشند و یکی از آن دو سهم خود را بشخص ثالثی بفروشد و خریدار آن را وقف نماید، شریک دیگر میتواند بدستور ماده «۸۰۸» قانون مدنی اخذ بشفعه نماید یعنی با پرداخت ثمن موقوفه را تملک کند و وقف مانع از این امر نخواهد بود، زیرا حق شفیع بوسیلهٔ عقد بیع بمورد معامله قبل از وقف تعلق گرفته است، و عقد وقف مؤخر نمیتواند موجب زوال حق ثابت سابق گردد، بنابراین پس از اخذ بشفعه وقف باطل میشود. ماده «۸۱۶» قانون مدنی: «اخذ بشفعه هر معاملهٔ را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت بمورد شفعه نموده باشد باطل مینماید». در صورتی که قسمتی از مال غیر منقول وقف

باشـد و قسـمت دیگر آن ملک و مالک سـهم خود را بفروشـد متولی و یا موقوف علیهم نمیتواننـد نسبت بمورد معامله اخـذ بشـفعه نمایند (ماده ۸۱۱) زیرا برقراری حق شفعه بر خلاف اصل مالکیت است و از نظر حمایت مالک از ضرر شرکت میباشد،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۶

و بـدین جهت حق شـفعه فقط در مورد دو شـریک مقرر شده است، و در مورد وقف عموما موقوف علیه بیش از یک نفر میباشد، و دیگر آنکه وقـف از شـرکت بـا ملـک متضـرر نمیشـود، زیرا اختیـارات مالـک مطلـق است، و اختیـارات متولی در اداره امور موقوفه محـدود بمنـدرجات وقف‌نامه میباشـد و هر زمان مالک میتواند برای اصـلاح امور موقوفه آنگونه که منظور متولی است اقدام نماید، بخلاف متولی که نمیتواند منظور مالک شـریک را در اصـلاح و نگهداری تأمین کند، اینست که موقوفه از شـرکت با ملک متضـرر نمیشود. در حقوق امـامیه بنـابر قول مشـهور حق شـفعه برای متولی و موقوف علیه نمیباشـد ولی بنابر قول غیر مشـهور در صورتی که موقوف علیه یک نفر باشد میتواند با جمع بودن شرائط لازم اخذ بشفعه بنماید.

مواردی که منافع موقوفات عامه صرف بریات عمومی میشود

طبق ماده «۶۱» قانون مـدنی، عایدات موقوفات باید بهمان مصارفی برسد که واقف در عقد مقرر داشـته است و هیچ‌گونه تغییری در آن نمیتوان داد. و در صورتی که وقفیت ملکی محرز باشـد و بجهـتی از جهـات معلوم نباشـد که عایـدات موقوفه بایـد بچه مصـرفی برسد، چنانکه وقف‌نامه مفقود شده باشد و یا قسمتی از وقف‌نامه که مصرف در آن نوشته شده بواسطهٔ کهنگی و فرسودگی خوانده نشود و بطریق زیر عمل میشود:

۱- در صورتی که معلوم نباشد که موقوفه وقف خاص است و یا وقف عام عایدات آن صـرف بریات عمومی میشود. بنابر مستنبط از ملاک ماده «۹۱» قانون مدنی

۲- در صورتی که موقوفه از موقوفات عامه است ولی مصـرف آن معلوم نیست یعنی مجهول المصـرف باشـد، هرگاه قدر متیقنی در بین باشـد، چنانکه محقق باشـد که مزرعه برای دانشـجویان مـدرسه وقف شـده ولی معلوم نیست کـدام مـدرسه است، در همان قدر متیقن مصـرف میشود، یعنی عایدات آن بدانشـجویان داده خواهد شد و بمصـرف دیگری نمیتوان رسانید، ولی هرگاه قدر متیقن در بین نیست چنانکه معلوم نباشد برای

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۷

کدام یک از امور فرهنگ، بهداشت، تبلیغات مذهبی و امثال آن باید مصرف شود، بدستور شق اول از ماده «۹۱» قانون مدنی صرف بریـات عمومی خواهـد شـد، یعنی میتوان تمامی عایـدات موقوفه مزبور را در هر یک از امور خیریه مصـرف نمود، همچنانکه میتوان بین آنها تقسـیم کرد، زیرا آنچه مسـلم است عایـدات موقوفه بایـد در یکی از امور خیریه مصـرف شود و چون نمیتوان دانست کدام یک از آن امور است در هر یک مصرف شود بغرض واقف که صرف در امر خیر است نزدیک خواهد بود.

۳- در صورتی که صـرف منـافع موقوفه در مورد خـاص که واقف معین کرده است متعـذر باشـد، چنـانکه واقف در قریـهٔ زنـدگانی مینموده که در کنار رودخانه کوچکی قرار داشـته و اهالی آن برای آمـدن بشـهر از پلی که بر رودخانه ساخته شـده بود میگذشـتند، واقف چنـد دکانی را وقف نموده تا عایـدات آن برای تعمیر پل مزبور مصـرف شود و بعداً بجهتی از جهات رودخانه خشک شده و کف رودخـانه خـاک ریختهانـد و جاده کشـیده شـده است، چون دیگر عایـدات موقوفه برای منظوری که واقف معین نموده متعـذر است، بدستور شق دوم ماده «۹۱» قانون مدنی صـرف بریات عمومی میگردد نه صرف تعمیر پل دیگری، زیرا منظور واقف تعمیر پل قریهٔ خود بوده است.

مبحث سوم در حق انتفاع از مباحات

مباحات اموالی را گوینـد که مالك نـدارد و هر کس میتوانـد طبق مقررات مربوطه بهر قسم، آنها را تملك کند و همچنین طبق مادهٔ «۹۲» قانون مدنی: «هر کس میتواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه بهر یک از مباحات از آنها استفاده نماید».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۸

فصل سوم در حق ارتفاق نسبت بملک غیر و در احکام و آثار املاک نسبت باملاک مجاور

مبحث اول در حق ارتفاق نسبت بملک غیر

اشاره

ارتفاق از کلمـهٔ رفق (بفتـح راء) بمعنی مـدارا مشـتق میباشد و باین حق ارتفاق گفته شده برای اینکه مالك ملك باید با صاحب حق ارتفاق برفق و مدارا رفتار کند و جلوگیری از اسـتفادهٔ او ننماید. اصـطلاحاً حق ارتفاق حق کسـی است در ملك دیگری برای کمال اسـتفادهٔ از ملـك خود، چنانکه باغی در همسایگی خانه دیگری است و مالك باغ برای مشـروب نمودن درختان باغ خود، حق بردن آب از خانه همسایه داشـته باشد. ماده «۹۳» قانون مدنی میگوید: «ارتفاق حقی است برای شخصـی در ملك دیگری». تعریف مزبور کامـل نیست و شامـل حق انتفـاع نیز میشود، زیرا حق انتفـاع حق شخصـی است در ملـك دیگری و حال آنکه بین حق ارتفاق و حق انتفاع فرق بسیاریست که ذیلا بیان میگردد:

۱- حق ارتفاق دائم است، ولی حق انتفاع موقت میباشد، مگر در مورد حبس مؤبد.

۲- حق ارتفاق برای کمال انتفاع از ملك صاحب حق است، ولی حق انتفاع مستقیماً برای استفاده منتفع از مورد حق میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۹۹

۳- حق ارتفاق بر مال غیر منقول برقرار میشود، ولی موضوع حق انتفاع میتواند مال منقول یا غیر منقول باشد.

۴- حق ارتفـاق حقی است تبعی و تـابع ملکی است که بنفع آن برقرار شـده و بتبع آن ملك انتقال داده میشود، ولی حق انتفاع حقی است استقلالی و مستقلا قابل نقل و انتقال و بازداشت میباشد.

حق ارتفاق باعتبار احتیاجات اقتصادی و فن معماری غیر محـدود میباشـد. حقوق ارتفاق معموله کنونی عبارتست از: حق العبور، حق المجری، حق پنجره و روزانه و شـبکه، حق الشـرب، حق منظره، حق ناودان و حق فاضل آب حق ارتفاق گاه جنبـهٔ مثبت دارد ماننـد: حق پنجره و حق العبور، و گاه دیگر جنبهٔ منفی مانند، حق عدم ساختمان و حق عدم بالا بردن بنا بیش از دو طبقه و امثال آن.

چنـانکه از تعریف بالا معلوم گردیـد، حق ارتفاق زمانی فرض میشود که یکی از دو قطعه، ملك، که هر یک مالك جداگانـهٔ دارد، در دیگری حق ارتفـاق ماننـد- حق العبور، حق المجری داشـته باشـد. و هرگاه یکی از دو مالك، ملك خود را بـدیگری انتقال دهد حق ارتفـاق در نتیجـهٔ اختلاـط زائـل میشود، اگر چه عملا اسـتفاده از ملکی که حق ارتفاق برای او برقرار شـده بوده بوسـیلهٔ عبور یا شرب از قطعه دیگر همواره باقی باشد ولی اصطلاحاً دیگر حق ارتفاق نامیده نمیشود.

حق ارتفاق بوسیلهٔ عقد برقرار میشود-

هر مالکی طبق ماده «۳۰» قانون مدنی نسبت بما یملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد. بنابراین بدستور ماده «۹۴» قانون

مـدنی هر مالکی میتوانـد آزادانه در ملک خود هر گونه حق ارتفاقی که بخواهـد مجاناً و یا در مقابل عوض برای مالک ملک دیگر قرار دهد و هیچ‌کس حق ندارد بدون اجازه مالک در ملک او تصرفی نماید. این است که ماده «۹۹» قانون مدنی میگوید: «هیچ‌کس حق نـدارد ناودان خود را بطرف ملک دیگری بگـذارد یا آب باران از بام خود ببام یا ملک همسایه جاری کند و یا برف بریزد مگر باذن او»

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۰۰

و ماده «۱۵۴» قانون مـدنی میگویـد: «کسـی نمیتوانـد از ملک غیر آب بملک خود ببرد بدون اذن مالک اگر چه راه دیگری نداشـته باشـد».

برقراری حق ارتفاق بوسـیلهٔ عقـد بین دو مالک بعمل می آیـد و در عقـد مزبورماننـد عقود دیگر بایـد رعایت شـرائط اساسـی برای صحت عقد بشود، این عقد لازم است.

تصرف در حق ارتفاق-

تصـرف و اعمـال ارتفـاق دلیـل بر دارا بودن حق ارتفـاق است، زیرا همچنـانی که تصـرف بعنوان مالکیت دلیل بر مالکیت متصـرف است، تصـرف و اعمال ارتفاق یعنی استفاده از آن بعنوان دارندهٔ حق دلیل بر آن است که متصرف دارای آن حق میباشد، مگر آنکه عـدم اسـتحقاق او ثابت گردد و آن در موردیست که مالک ملک ثابت نمایـد که عمل مزبور غاصـبانه و یا بوسـیلهٔ اذن محض بوده است.

قانون مدنی امارهٔ قانونی مزبور را مانند امارهٔ تصرف مذکور در ماده «۳۵» قانون مدنی نسبت بمالکیت عین بصورت قاعدهٔ کلی بیان ننموده، ولی مواردی را در مـاده «۹۵ و ۹۷» ذکر کرده است که میتوان قاعـدهٔ مزبور را بـدست آورد. این امر در صورتیست که مادهٔ «۳۵» شامل تصرف حق نباشد.

ماده «۹۵» قانون مـدنی میگوید: «هرگاه زمین یا خانهٔ کسـی مجرای فاضل آب یا آب باران زمین یا خانهٔ دیگری بوده است، صاحب آن خانه یا زمین نمیتواند جلوگیری از آن کند، مگر در صورتی که عدم اسـتحقاق او معلوم شود» مادهٔ مزبور در ضـمن آنکه مالک را منع نموده که جلوگیری از جریـان فاضـل آب یـا آب بـاران ملک مجاور ننمایـد، حق مزبور را در اثر تصـرف برای مالک مجاور شناخته است.

ماده «۹۷» قانون مـدنی میگویـد: «هرگاه کسـی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب بملک خود یا حق مرور داشـته صاحب خـانه یـا ملـک نمیتوانـد مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود، و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشـتن در و شـبکه و ناودان و حق شرب و غیره». ذیل مادهٔ مزبور بطور کلی حقوق ارتفاق

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۰۱

را بیـان نموده است و با توجه بنحوهٔ بیان آن و همچنین ماده «۹۵» قانون مـدنی میتوان گفت که قانون مدنی اعمال ارتفاق را دلیل بر داشتن آن حق دانسته است، زیرا اعمال کنندهٔ ارتفاق متصرف در ارتفاق میباشد و تصرف بعنوان مالکیت دلیل بر مالکیت است.

اذن در استفاده از ارتفاق-

اذن در استفادهٔ از ارتفاق اباحهٔ انتفاع است.

اذن در انتفاع احتیاج به قبول ندارد، زیرا اذن از عقود نمیباشد و اباحهٔ محض است.

مالک میتوانـد بـدون آنکه حق ارتفاق در ملک خود بـدیگری واگـذار نمایـد، باو اذن دهـد که از ملک او اسـتفادهٔ ارتفاق معین را

بنمایـد. در این صورت از طرف مالک تعهـدی نشـده و حقی از او سـلب نگردیـده است، بلکه مالک اباحه نموده و بدیگری آزادی داده است که از ملکش استفادهٔ ارتفاق کند و اعلام داشته که حق جلوگیری خود را از تصرف او در ملکش اعمال نمینماید. اینست که مالک هر زمان میتواند از اذن خود رجوع کند و منتفع را از استفاده بازدارد.

مادهٔ «۹۸» قانون مـدنی در ضـمن بیان اذن عبور و جواز رجوع از آن بصورت مثال، حکم اذن را در سایر ارتفاقات ذکر میکنـد. ماده «۹۸» قـانون مـدنی: «اگر کسـی حق عبور در ملـک غیر نـدارد ولی صـاحب ملک اذن داده باشـد که از ملک او عبور کنـد هر وقت بخواهد میتواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر ارتفاقات».

سؤالی که پیش می‌آیـد آنست که هرگـاه در نتیجهٔ رجوع از اذن خسـارتی متوجه مأذون گردد، آیا میتوانـد خسارت خود را از اذن دهنـده بخواهـد؟ ظاهر امر پاسخ منفی خواهـد بود، زیرا طبیعت اذن قابلیت رجوع را دارد و از این جهت است که مادهٔ بالا تصـریح مینمایـد و حق میدهـد که هر وقت اذن دهنـده بخواهـد میتوانـد از اذن خـود رجوع کنـد، بنـابراین موجبی برای مسـئولیت پرداخت خسارت از ناحیهٔ اذن

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۰۲

دهنـده نخواهـد بود. هرگاه ایراد شود که رجوع اذن دهنده سـبب توجه خسارت شده و طبق ماده «۳۳۱» قانون مدنی کسی که سبب تلف شدن مالی شود ضامن خواهد بود و منافات ندارد که قانون اجازه انجام عملی را بکسی بدهد و او را نیز مسئول خسارات ناشیه از آن عمـل بدانـد. در پاسـخ ایراد مزبور گفته خواهـد شـد: اولاـ مسـئولیت ناشـیهٔ از اتلاـف و تسبیب در مواردی است که اتلاف و تسبیب مال غیر، باجازه قانون نباشد و با توجه بماده «۹۸» قانون مدنی اجازهٔ رجوع از اذن بوسیله قانون داده شده است.

ثانیـا اجـازهٔ انجـام عمـل اگر چه منافات با مسـئولیت پرداخت خسارات نـدارد، ولی این امر کافی برای مسـئولیت نخواهـد بود، بلکه مسـئولیت مدنی تصـریح قانونی لازم دارد و ماده «۳۳۱» ق. م. منصـرف از مورد است، علاـوه بر آنکه ماده «۱۰۸» ق. م. بطور مطلق اجازهٔ رجوع از اذن را داده بدون آنکه نامی از تادیه خسارت ببرد.

علامه در تذکره پنج قول در رجوع از اذن در مورد وضع سر تیر از شافعیه نقل کرده است که مختصر آن عبارت است:

۱- اذن دهنـده میتوانـد از اذن خود رجوع بنمایـد و مخیر است که سـرتیر را باقی بگـذارد و اجرت المثل بخواهد و یا آنکه بردارد و ارش بدهد.

۲- اذن دهنده میتواند از اذن خود رجوع کند و سر تیر را بردارد و ارش بدهد.

باقی گذاردن و خواستن اجرت المثل متوقف بتراضی طرفین است.

۳- اذن دهنده میتواند از اذن خود رجوع کند ولی نمیتواند سرتیر را رفع بنماید و فقط میتواند اجرت المثل بخواهد.

۴- اذن دهنده میتواند از اذن خود رجوع کند و سرتیر را رفع بنماید بدون آنکه ارش بدهد.

۵- اذن دهنده نمیتواند از اذن خود رجوع کند. قول دوم مشهور بین فقهای امامیه میباشد.

اذن دهنده در دو مورد ذیل نمیتواند از اذن خود رجوع کند.

الف- در صورتی که رجوع از اذن قانوناً ممنوع باشد، مانند آنکه کسی بدیگری

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۰۳

اذن دهـد که مردهٔ را در زمین او دفن کند. پس از دفن مرده، مالک زمین نمیتواند از اذن خود رجوع کرده و بخواهد که اذن گیرنده جسـد را خارج نمایـد، زیرا نبش قبر طبق ماده «۲۰۶» قـانون کیفر همگانی جرم میباشـد. اینست که ماده «۱۰۸» قانون مدنی میگوید: «در تمام مواردی که انتفاع کسـی از ملک دیگری بموجب اذن محض باشـد مالک میتواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد، ولی هرگاه بسـببی از اسـباب مانند سـیل یا حیوان درنده یا مشکوک بودن مرگ و یا بالاخره بر

خلاف قانون جسد از قبر خارج شود، دفن مجدد محتاج باذن مجدد از طرف مالک خواهد بود و مالک میتواند از آن جلوگیری بنماید، زیرا آنچه مانع رجوع از اذن است نبش قبر میباشد و پس از اخراج جسد بهر جهتی که باشد مانع مرتفع شده است.

ب- در صورتی که اذن دهنده بوجه ملزمی حق رجوع را از خود سلب کرده باشد، ماده «۱۲۰» قانون مدنی میگوید: «... هر وقت بخواهد میتواند از اذن خود رجوع کند مگر اینکه بوجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد» چنانکه اذن ضمن عقد لازمی داده شود و یا آنکه عدم رجوع از اذن ضمن عقد لازمی شرط گردد.

در این دو صورت مادام که عقد اصلی باقی است اذن دهنده نمیتواند از اذن خود رجوع بنماید و رجوع اثر قانونی ندارد، مستنبط از ماده «۶۷۹» قانون مدنی که میگوید: «موکل میتواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد» (شرح این ماده در وکالت خواهد آمد).

تکالیف مالک-

مالک ملکی که حق ارتفاق در آن برقرار شده، نمیتواند در ملک خود عملی کند که منافات با حق صاحب حق ارتفاق داشته باشد، زیرا قانون حقوق افراد را در جامعه محترم دانسته و به هیچ کس اجازهٔ تجاوز بحقوق دیگری نداده است.

اینست که ماده «۱۰۶» قانون مدنی میگوید: «مالک ملکی که مورد حق الارتفاق غیر است نمیتواند در ملک خود تصرفاتی نماید که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد مگر با اجازهٔ صاحب حق».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۰۴

منظور ماده از کلمهٔ تضییع حق از بین بردن حق است، چنانکه مالک آب انباری که دیگری از آن حق شرب دارد آن را خراب و بزیر زمین تبدیل نماید. و منظور از کلمهٔ تعطیل حق، آنست که مالک عملی نماید که مدتی چند، صاحب حق ارتفاق نتواند از حق خود استفاده کند، چنانکه کسی دارای حق العبور در ملک دیگری باشد و مالک در اثر ریختن آجر و مصالح ساختمانی یا کندن نهر، معبر را طوری سد نماید که صاحب حق العبور نتواند از آن راه بگذرد و پس از چند روزی مصالح ساختمانی را برداشته و نهر را پر نماید، زیرا مالک برای مدت چند روزی مانع از استفاده صاحب حق ارتفاق شده در دو صورت بالا مالک مسئول خسارات دارنده حق ارتفاق میباشد.

قانون مدنی بمادهٔ مزبور که قاعدهٔ کلی را بیان نموده اکتفا نکرده و در ماده «۱۰۱» مورد حق ارتفاق از آب را مانند مثال بیان مینماید و میگوید: «هرگاه کسی از آبی که ملک دیگری است بنحوی از انحاء حق انتفاع داشته باشد از قبیل دایر کردن آسیا و امثال آن صاحب آب نمیتواند مجری را تغییر دهد و بنحوی که مانع از استفادهٔ حق دیگری باشد».

کلمهٔ حق انتفاع در ماده بجای حق ارتفاق استعمال گردیده که بقرائن موجوده در ماده از قبیل دائر کردن آسیا فهمیده میشود و آن مسامحهٔ در بیان میباشد و اشکال عبارتی متوجه ماده نیست.

تکالیف صاحب حق ارتفاق-

صاحب حق ارتفاق نمیتواند بیش از آنچه در عقد ذکر شده و یا عرف محل اقتضاء مینماید از حق ارتفاق استفاده نماید، مثلا هرگاه برای خانهٔ حق العبور در باغ دیگری برقرار شده است، صاحب حق میتواند خود و کسانی که با او در خانه سکونت دارند و همچنین کسانی که عادتاً نزد آنها می‌آیند در مواقع عادی عبور و مرور کنند و نمیتوانند گوسفند و گاو و گاری و امثال آنها بگذرانند، مگر آنکه عرف محل این امر را اقتضاء نماید، چنانکه خانه در ده و زندگانی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۰۵

رعیتی داشته باشند. اینست که ماده «۹۴» میگوید: «... کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است». و ماده «۱۰۷» قانون مدنی میگوید:

«تصرفات صاحب حق در ملک غیر که متعلق حق اوست باید باندازهٔ باشد که قرار داده‌اند و یا بمقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع اقتضا میکند».

چون استفادهٔ صاحب حق ارتفاق از حقی که دارد عقلا بدون استفاده از وسائل مقدماتی آن که موجب تصرف بیشتری در ملک مالک است ممکن نمیباشد، ماده «۱۰۴» قانون مدنی میگوید: «حق الارتفاق مستلزم وسائل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود» مثلا کسی که حق المجری از خانه دیگری دارد و یا حق الشرب از چشمه یا حوض یا آب انبار غیر دارد میتواند وارد خانه مالک شده و تا چشمه و حوض و آب انبار برای باز کردن و بستن آب یا برداشتن آن عبور نماید. اجازه مزبور مبتنی بر قاعده عقلی ملازمه (اذن در هر امری اذن در لوازم آن نیز میباشد- الاذن فی الشیء اذن فی لوازمه) است زیرا انجام هر عملی عقلا متوقف بر انجام مقدمات و لوازم آنست.

هزینه لازم برای استفاده صاحب حق ارتفاق از حق خود، بعهده او است زیرا عقلائی نیست که هزینه لازم برای استفاده کسی را دیگری بپردازد، این ستکه ماده «۱۰۵» قانون مدنی میگوید: «کسی که حق الارتفاق در ملک غیر دارد مخارجی که برای تمتع از آن حق لازم شود بعهدهٔ صاحب حق میباشد مگر اینکه بین او و صاحب ملک بر خلاف آن قراردادی شده باشد» که در این صورت طبق مادهٔ «۱۰ و ماده ۲۱۹» قانون مدنی قرارداد مزبور بین آنان لازم الاتباع است.

پس از آنکه حدود حق و تکلیف هر یک از مالک عین و صاحب حق ارتفاق معلوم گردید، هر یک از آن دو که مانع استفادهٔ دیگری از حق خود شود و یا در استفادهٔ از حق خود تعدی یا تفریط روا دارد و در اثر آن خسارتی متوجه طرف دیگر گردد طبق ماده «۳۳۱» قانون مدنی در تسبیب، ضامن آن خسارت خواهد بود، چنانکه هرگاه مالک عین از بردن آب جلوگیری نماید و بسبب آن درختان باغ صاحب

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۰۶

حق المجری خشک شود و یا نقصانی در منافع آن روی دهد، مالک عین در اثر تسبیب ضامن و خسارات وارده را باید جبران نماید.

و همچنین است هرگاه صاحب حق المجری بیش از آنچه مجری استعداد دارد آب در آن جاری نماید و یا مجری مسدود شود و از آن آب ببرد و در اثر آن آب طغیان نماید و زراعت مالک عین را آب بگیرد و یا زمین لجن بشود صاحب حق المجری ضامن خسارات وارده خواهد بود.

در صورتی که هر یک بطور متعارف برای رفع حاجت یا رفع ضرر از حق خود استفاده نماید (ضامن خسارات طرف دیگر نخواهد بود (مستفاد از ماده «۱۳۲» قانون مدنی) اینست که ماده «۱۰۰» قانون مدنی میگوید: «اگر مجرای آب شخصی در خانهٔ دیگری باشد و در مجری خرابی بهم‌رسد بنحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود مالک خانه حق ندارد صاحب مجری را بتعمیر مجری اجبار کند، بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید ...» (ملاک حکم مزبور تعارض دو ضرر با یکدیگر و سقوط آن دو و اعمال قاعدهٔ تسلیط است که شرح آن در تفسیر ماده «۱۳۲» قانون مدنی بیان گردید) زیرا جریان آب در مجری از طرف صاحب مجری موجب ضرر صاحب خانه است و الزام صاحب مجری به تعمیر آن، ضرر بر صاحب مجری است و چون این دو ضرر با یکدیگر تعارض کنند ساقط میشوند و قاعدهٔ تسلیط مقدم میگردد و نتیجتاً صاحب حق مجری میتواند بدون تحمل ضرر آب خود را ببرد و مالک مجری باید مخارجی که مربوط بملک خود میباشد بپردازد «چنانچه اگر خرابی مجری مانع عبور آب شود مالک خانه ملزم نیست که مجری را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند (زیرا الزام مالک خانه، بتعمیر مجری حکم ضرری است و

صاحب حق ارتفاق باید مخارج مربوط بحق خود را تحمل بنماید) در این صورت برای تعمیر مجری میتواند داخل خانه یا زمین شود (زیرا که سلطنت بر حق خود دارد و هر تصرفی که استیفاء

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۰۷

حق توقف بر آن دارد جائز است) و لیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر باذن صاحب ملک».

از مفاد ماده بالا استنباط میشود که هرگاه کسی حق مجری در کوچهٔ مشترک بین صاحب حق مجری و مجاورین دیگر داشته باشد، و در اثر بردن آب رطوبت به دیوار خانهٔ یکی از همسایگان مجاور برسد و خسارت متوجه آن گردد، صاحب حق المجری مسئول خسارت نخواهد بود مگر آنکه ثابت شود که بیش از استعداد مجری در آن آب انداخته و یا با مسدود شدن و اطلاع بر آن ترمیم نکرده و آب در آن جاری نموده است. و همچنین است هرگاه کسی از مجرای عمومی آب ببرد و بخانه‌های مجاورین مجرا رطوبت سرایت نماید.

هرگاه استفادهٔ صاحب حق ارتفاق منوط بتعمیراتیست که مالك عین باید در ملك خود بنماید، چنانکه خانه همسایه که مجرای آب از وسط آن میگذرد فرو رود و صاحب حق المجری نتواند آب ببرد، صاحب حق میتواند مالک را الزام بساختن نهر خانه خود بنماید.

حق ارتفاق در مورد انتقال ملک

حق ارتفاق حقی است که تبعی و مانند توابع و متعلقات دیگر ملك میباشد و طبق ماده «۳۵۶» قانون مدنی: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در مبیع و متعلق بمشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند» بنابراین در صورتی که ملکی دارای حق العبور و یا حق المجری در ملك دیگری باشد و آن ملك مورد بیع قرار گیرد حق الارتفاق مزبور به تبع ملك بمشتری منتقل میشود. و همچنین هرگاه ملکی که مورد حق ارتفاق از قبیل پنجره، حق المجری، حق العبور و امثال آن برای ملك دیگریست انتقال داده شود، حق ارتفاق مزبور بحال خود باقی خواهد ماند اگر چه در انتقال ملك باین امر تصریح نگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۰۸

در صورتی که کسی دارای دو قطعه ملك باشد و یکی از آن دو در دیگری ارتفاق مانند پنجره، مجری، معبر، و امثال آن دارد و مالك یکی از آن دو قطعه را انتقال دهد، ارتفاق بحال خود باقی میماند، همچنانکه هرگاه کسی دارای یك قطعه ملك باشد و قسمتی از آن در قسمت دیگر ارتفاق مانند مجری، معبر، در و امثال آن دارد و مالك یکی از دو قسمت را انتقال دهد، ارتفاق سابق پس از انتقال بحال خود باقی میماند زیرا ارتفاق از توابع و متعلقات ملك است و تابع اصل خود میباشد، و بدون تصریح در عقد از اصل ملك منفك نمیشود. این است که ماده «۱۰۲» قانون مدنی میگوید: «هرگاه ملکی کلا یا جزئاً بکسی منتقل شود و برای آن ملك حق الارتفاقی در ملك دیگر یا در جزء دیگر همان ملك موجود باشد آن حق بحال خود باقی میماند مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد». کلمهٔ حق الارتفاق در ماده بالا بمعنی اصطلاحی خود استعمال نشده بلکه منظور ارتفاقی است که ملکی در ملك دیگر یا قسمتی از همان ملك در قسمت دیگر دارد.

عدم انفکاك ارتفاق از ملکی که بستگی بآن دارد و از متعلقات آن شناخته میشود از آن نظر نیست که از ملك مزبور بدون وجود آن ارتفاق نمیتوان استفاده نمود، بلکه هرگاه ملك دارای حق ارتفاق، احتیاجی هم بآن ارتفاق نداشته باشد از توابع ملك شناخته میشود، مثلا هرگاه ملك دارای درب دیگری بمعبر عمومی باشد ولی در ملك دیگر هم حق العبور دارد ارتفاق مزبور از متعلقات و توابع ملك اصلی شناخته میشود.

حق ارتفاق در مورد تقسیم ملک

طبق ماده «۵۸۹» قانون مدنی: «هر شریک المال میتواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید، مگر در مواردی که تقسیم بموجب این قانون ممنوع یا شرکاء بوجه ملزمی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند».

وجود حق ارتفاق مانع از تقسیم ملک نخواهد بود، خواه آنکه ملک صاحب

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۰۹

حق ارتفاق مورد تقسیم باشد و یا ملکی که در او حق ارتفاق برقرار شده است بنابراین:

۱- «کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد نمیتواند مانع از تقسیم آن ملک بشود ولی بعد از تقسیم حق مزبور بحال خود باقی میماند (مادهٔ ۶۰۴ قانون مدنی).

۲- کسی که در ملک او حق ارتفاق برای ملک دیگری است نمیتواند مانع از تقسیم ملک صاحب حق ارتفاق گردد، بنابراین طبق ماده «۱۰۳» قانون مدنی «هرگاه شرکاء ملکی دارای حقوق و منافعی باشند و آن ملک ما بین شرکاء تقسیم شود، هرکدام از آنها بقدر حصه مالک آن حقوق و منافع خواهد بود مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود هر یک از آنها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت».

۳- در صورتی که ملکی بین چند نفر مشترک باشد و قسمتی از آن در قسمت دیگر مجرای آب یا محل عبور داشته و بین آنان افراز گردد و طبق ماده «۶۰۳» قانون مدنی: «ممر و مجرای هر قسمتی که از متعلقات آنست بعد از تقسیم مخصوص همان قسمت میشود». بنابراین طبق ماده «۶۰۵» قانون مدنی: «هرگاه حصه بعضی از شرکاء مجرای آب یا محل عبور حصه شریک دیگر باشد، بعد از تقسیم حق مجری یا عبور ساقط نمیشود مگر اینکه سقوط آن شرط شده باشد و همچنین است سایر حقوق ارتفاقی».

۴- در صورتی که ملکی در ملک دیگر حق ارتفاق دارد و حق ارتفاق مزبور فقط برای استفاده قسمتی از ملک میباشد و قسمت دیگر نمیتواند از آن استفاده نماید و یا احتیاج بآن حق ارتفاق ندارد. پس از تقسیم حق ارتفاق مزبور مخصوص آن قسمتی خواهد بود که از آن استفاده مینماید. چنانکه باغ وسیعی باشد که قسمتی از آن از قنات مشروب میشود و قسمت دیگر آن از رودخانهٔ که باید آب آن از ملک

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۱۰

مجاور عبور نماید مشروب میگردد و این باغ بین دو نفر تقسیم شود و قسمتی که از قنات مشروب میگردد سهم یکی و قسمت دیگر که از رودخانه مشروب میشود در سهم دیگری قرار گیرد، فقط قسمت اخیر حق ارتفاق مجری از ملک مجاور خواهد داشت و میتواند از رودخانه برای مشروب نمودن سهم خود آب ببرد.

مبحث دوم در احکام و آثار املاک نسبت باملاک مجاور

اشاره

در مبحث مزبور قانون مدنی فواصل بین دو ملک را شرح میدهد. یکی از چیزهائی که عموما در شهرها فاصله بین دو ملک قرار میگیرد دیوار است. دیوار فاصل، گاه اختصاصی است یعنی اختصاص بیکی از دو ملک مجاور دارد و گاه دیگر مشترک بین آن دو میباشد و آن در مواردیست که با هزینه مشترک ساخته یا خریداری شده یا بارث بآن دو رسیده باشد. مبنا و قسمتی از زمین که دیوار بر آن ساخته شده مانند خود دیوار گاه اختصاصی است (خواه دیواری که بر آن بنا شده اشتراکی باشد و یا اختصاصی یک

طرف) و گاه دیگر مشترك است (خواه دیواری که بر آن ساخته شده اختصاص بیکی از دو طرف داشته و خواه مشترك بین آن دو باشد).

در صورتی که اختصاصی و یا اشتراکی بودن دیوار و مبنا معلوم باشد و اختلافی در این امر بین مالکین مجاور نباشد، طبق مقررات این قانون که بعداً شرح داده میشود از آن دیوار استفاده خواهند نمود. ولی هرگاه اختصاصی و یا اشتراکی بودن دیوار معلوم نباشد و بین مالکین اختلاف تولید شود، مدعی حق میتواند برای اختصاصی بودن دیوار و یا اشتراکی بودن آن علاوه بر ادله قانونی مانند سند، گواه و اقرار از قرائنی که بعداً ذکر میگردد استفاده نماید.

قانون مدنی در مادهٔ «۱۰۹» که اولین ماده این مبحث است فرض و امارهٔ قانونی بر اشتراکی بودن دیوار را بصورت اصل بیان مینماید.

ماده «۱۰۹» قانون مدنی:

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۱۱

«دیواری که ما بین دو ملك واقع است مشترك ما بین صاحب آن دو ملك محسوب میشود مگر اینکه قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد». فرض مزبور در صورتیست که صاحب هر دو ملك در دیوار فاصل متصرف باشند و یا هیچ یک از آن دو تصرفی در دیوار مزبور نداشته باشند.

قرائن فنی که اختصاصی بودن دیوار فاصل را میرساند از قرار ذیل است:

۱- بنا بطور ترصیف-

ترصیف در بنا عبارت است از پیوست بودن قسمتی از بنا بقسمت دیگر چنانکه آجرها با یکدیگر بصورت قفل و بست ساخته شده باشد، مانند طاقهای آجری معروف برومی که بدیوار متصل است و یا اتصال یک طرف دیوار بوسیلهٔ آجرهای قفل و بست شده بدیوار اختصاصی یکی از دو ملك مجاور باشد، که در این صورت از نظر ترصیف در بنا، معلوم میشود که دیوار فاصل، متعلق بمالك طاق رومی و یا مالك دیوار اختصاصی میباشد.

۲- سرتیر

بودن سرتیر بنای مالك مجاور بر روی دیوار فاصل، دلیل بر تصرف صاحب ساختمان در دیوار است و حاکی از اختصاص داشتن آن بمالك ساختمان میباشد. این ستکه ماده «۱۱۰» قانون مدنی میگوید: «بنا بطور ترصیف و وضع سر تیر از جملهٔ قرائن است که دلالت بر تصرف و اختصاص میکند».

۳- طاقچه و رف-

هرگاه از یک طرف در دیوار فاصل، طاقچه و رف موجود باشد آن دیوار در تصرف صاحب طاقچه و رف شناخته میشود.

۴- نما

و آن تزیینات فنی ساختمانی است بر روی دیوار که همیشه این عمل از طرف مالك ملکی بعمل می‌آید که دیوار متعلق بآن است.

ماده «۱۱۲» قانون مدنی قرائن اختصاصی بودن را ملاك حکم قرار داده و میگوید: «هرگاه قرائن اختصاصی فقط از یک طرف باشد تمام دیوار محکوم بملکیت صاحب آن طرف خواهد بود مگر اینکه خلافش ثابت شود». ولی در صورتی که قرائن مزبور از هر دو طرف باشد دیوار محکوم باشتراك بین دو مالك مجاور خواهد بود چنانکه ماده «۱۱۱» قانون مدنی میگوید: «هرگاه از هر دو طرف

بنا، متصل بدیوار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۱۲

بطور ترصیف باشد و یا از هر دو طرف بر روی دیوار، سرتیر گذاشته شده باشد آن دیوار محکوم باشتراك است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» زیرا دو مالك مجاور بتساوی از دیوار منتفع شده و در آن متصرف هستند.

درخت، حفیره، نرده، میله و امثال آن نیز ممکن است فاصل بین دو ملك قرار گیرد. در این صورت چنانکه ماده «۱۳۵» قانون مدنی میگوید آنها در حکم دیوار ما بین خواهند بود. یعنی هرگاه قرینه بر اختصاصی بودن آن موجود است اختصاصی و الا مشترک شناخته میشود، خواه قرائن از دو طرف باشد یا اصلا قرینه موجود نباشد.

قرینهٔ اختصاصی بودن درختانی که فاصل بین دو ملك قرار دارد، نهری است که از پهلوی آن میگذرد و آن نهر عموما در طرف ملکی حفر شده که درختان متعلق بمالك آن هستند و همچنین خاکریز نهر و خاکریز حفیره میتواند قرینه اختصاصی بودن آن دو قرار گیرد، چنانکه موسوم است خاك نهر و حفیره اغلب در ملکی ریخته میشود که نهر و حفیره متعلق بآنست.

قبل از آنکه حدود تصرفات هر یک از شرکاء در دیوار مشترک بیان گردد، متذکر میشود که تصرفات مادی که هر یک از شرکاء در ملك مشترک و مشاع مینماید بر دو نوع است:

اول- تصرفاتی که وضعیت دیوار را تغییر میدهد، مانند آنکه قسمتی از دیوار را خراب و آن را کوتاه‌تر نمایند و یا بر روی آن دیوار، دیواری بنا و یا سرتیر بگذارند.

دوم- تصرفاتی که وضعیت دیوار را تغییر نمیدهد و برای استفاده و انتفاع از آن بعمل می‌آید مانند عبور از روی دیوار برای رفتن بر پشت بام اختصاصی و امثال آن.

تصرفات از نوع اول بدون اذن شریك و یا شرکاء دیگر جائز نیست، زیرا اینگونه تصرف تجاوز بحق مالکیت شریك دیگر که مالك مشاع دیوار است میباشد. این ستکه ماده «۱۱۸» قانون مدنی میگوید: «هیچ‌یك از دو شریك حق ندارد دیوار مشترک را

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۱۳

بالا ببرد یا روی آن بنا یا سر تیری بگذارد یا دریچه و رف باز کند یا هر نوع تصرفی نماید مگر باذن شریك دیگر» و مادهٔ «۱۱۹» میگوید: «هر یك از شرکاء بر روی دیوار مشترك سرتیر داشته باشد نمیتواند بدون رضای شریك دیگر تیرها را از جای خود تغییر دهد و بجای دیگر از دیوار بگذارد» زیرا تغییر محل سرتیر و گذاردن آن در محل دیگر از دیوار، تغییر در وضعیت دیوار است و این امر اجازه شریك دیگر را میخواهد، و وضع سرتیر سابقاً، یا در اثر حق سرتیر بر دیوار مشترك بوده و یا در اثر اذن شریك، و سبب آن، هر یك از دو امر باشد اختصاص بمحل سابق دارد.

تصرفات از نوع دوم احتیاج باجازهٔ شریك ندارد بلکه با منع او نیز میتواند اینگونه تصرفات را بنماید، چنانکه میتواند از روی دیوار بپشت بام خود رفته برف آن را پائین بریزد، و اگر فاصل بین دو ملك نهر مشترك است میتواند از آن آب ببرد اینست که مادهٔ «۱۳۴» قانون مدنی میگوید: «هیچ‌یك از اشخاصی که در یك معبر یا یك مجری شریکند نمیتوانند شرکاء دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند». زیرا معبر و مجری معد برای انتفاع مخصوصی است که بین شرکاء مقرر و یا معهود بوده و هیچ‌یك از شرکاء نمیتواند شریك دیگر را مانع از آن گردد.

چنانکه گذشت اذن در تصرف، اباحهٔ تصرف است و ایجاد حق برای مأذون نمینماید و هر زمان اذن دهنده میتواند از اذن خود رجوع کند، مگر آنکه قانون آن را منع کرده و یا بوجه ملزمی حق رجوع را از خود سلب نموده باشد، این ستکه مادهٔ «۱۲۰» قانون مدنی میگوید: «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد، یا روی آن بنا کند هر وقت بخواهد میتواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه بوجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد».

در صورتی که کسی در اثر اذن همسایه بر دیوار او سرتیر بگذارد و یا یکی از دو شریک باذن شریک دیگر بر دیوار مشترک سرتیر وضع نماید، پس از آنکه سرتیر را بردارد مجدداً نمیتواند آن را در همان محل سابق بگذارد، زیرا اذن مالک شامل وضع

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۱۴

سرتیر برای یک مرتبه بوده و آن انجام شده است و چون برداشته شود، برای وضع مجدد اذن جدید میخواهد و همچنین است کلیه تصرفاتی که بوسیلهٔ اذن مالک بعمل می‌آید این ستکه مادهٔ «۱۲۱» قانون مدنی در مورد دیوار اختصاصی میگوید: «هرگاه کسی باذن صاحب دیوار بر روی دیوار سرتیری گذارده باشد و بعدا آن را بردارد، نمیتواند مجدداً بگذارد مگر باذن جدید از صاحب دیوار و همچنین است سایر تصرفات».

مادهٔ «۱۲۳» قانون مدنی میگوید: «اگر خانه یا زمینی بین دو نفر تقسیم شود یکی از آنها نمیتواند دیگری را مجبور کند که با هم دیواری ما بین دو قسمت بکشند» زیرا اجبار به این امر تجاوز بآزادی عمل مالک در تصرفات و تضییق حق مالکیت او میباشد. ذکر مادهٔ مزبور در قانون مدنی با محقق بودن عدم جواز از اجبار مالک بتصرف در ملک خود از نظر آنست که ماده «۶۴۶» قانون مدنی فرانسه بمالک مجاور اجازه میدهد که همسایهٔ خود را اجبار بساختن دیوار مشترک در حد فاصل بین دو ملک بنماید چون مواد قانون مدنی ایران در این مورد مانند بسیاری از موارد دیگر بترتیب قانون مدنی فرانسه تنظیم شده است، مادهٔ مزبور را به پیروی از قانون مدنی فرانسه پس از تطبیق با اصول حقوق امامیه بیان کرده است. بنابر آنچه قانون مدنی مقرر داشته هرگاه یکی از دو مالک مجاور بخواهد در حد فاصل بین دو ملک دیوار داشته باشد و مالک مجاور دیگر موافقت در ساختن دیوار مشترک ننماید، او میتواند دیوار اختصاصی با هزینهٔ خود در ملک خود بنا بنماید و در صورتی که دو مالک مجاور توافق در ساختن دیوار بطور اشتراک بنمایند طبق ماده «۱۱۳» قانون مدنی دیواری که بنا مینماید، مخارج آن بر عهدهٔ کسانی است که در آن شرکت دارند. دیوار مزبور را میتوان در زمین و مبنای اختصاصی هر یک از دو مالک مجاور که موافقت نماید بنا نمود، در این صورت دیوار مشترک و مبنا اختصاصی خواهد بود و میتوان آن را طوری ساخت که نصف عرض دیوار در یکی از دو ملک مجاور و نصف دیگر در ملک مجاور دیگر قرار گیرد.

در صورتی که دیوار مشترک خراب شود (خواه مبنای آن اختصاصی باشد یا نصف آن ملک یکی از دو مجاور و نصف دیگر ملک مجاور دیگر و یا آنکه مبنا نیز مشاع باشد، چنانکه ملکی را که بین دو مالک مشاع بوده، تقسیم نموده و دیوار ما بین

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۱۵

و مبنا را بحال اشاعه باقی گذارده باشند) طبق ماده «۱۱۴» قانون مدنی: «هیچ‌یک از شرکاء نمیتواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید مگر اینکه دفع ضرر بنحو دیگری ممکن نباشد» که در این مورد به بنا و تعمیر اجبار میشود، زیرا عدم بنا و تعمیر دیوار موجب ضرر شریک دیگر خواهد بود، چنانکه در مورد قنات مشترک در مادهٔ «۵۹۴» قانون مدنی میباشد.

در صورتی که دیوار مشترک خراب شود و یکی از شریکین از تجدید بنا و اجازه در مبنای مشترک (که نصف از تمامی آن مبنا در طول متعلق بیکی از دو شریک و نصف دیگر متعلق بشریک دیگر است) امتناع نماید، شریکی که میخواهد دیوار را بنا کند، میتواند در حصه خاص خود (یعنی در نصف از مبنا که مفروزاً مختص باو بوده و دیوار مشترک بر این نصف و بر نصف اختصاصی همسایه ساخته شده است) تجدید بنای دیوار را بنماید. اگر مبنا بطور مشاع مشترک است، شریکی که میخواهد دیوار را بنا نماید میتواند موافقت شریک دیگر را در تقسیم مبنا بخواهد و چنانچه موافقت ننمود میتواند بدستور ماده «۵۸۹» قانون مدنی تقاضای تقسیم مبنای مشترک را از دادگاه بنماید.

در این مورد مبنا از حیث طول دیوار و یا از حیث عرض و یا قسمتی بعرض و قسمتی بطول تقسیم میشود، پس از تقسیم مبنا، شریک میتواند دیوار را در مبنای مفروز اختصاصی خود بنا بنماید. این ستکه مادهٔ «۱۱۵» قانون مدنی میگوید: «در صورتی که دیوار

مشترک خراب شود واحد شریکین از تجدید بنا و اجازهٔ تصرف در مبنای مشترک امتناع نماید، شریک دیگر میتواند در حصهٔ خاص خود تجدید بنای دیوار را کند».

هرگاه دیواری که در مبنای مشترک ساخته شده خراب گردد، هر یک از شرکاء میتواند با موافقت شریک دیگر آن را در مبنای مشترک بنا نماید. در صورتی که شریک دیگر در پرداخت هزینه آن شرکت نماید، دیوار جدید مشترک خواهد بود. در صورتی که شریک دیگر با اجازه بنا از تحمل مخارج آن مضایقه نماید، شریک اگر دیوار را با مصالح مشترک بسازد، دیوار مشترک است، زیرا مواد بکار رفته در دیوار مشترک

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۱۶

بوده و چون دانسته که هزینه را شریک دیگر نخواهد پرداخت اقدام بساختمان دیوار نموده حق مطالبه مخارج ندارد و تبرعاً مخارج نموده است. و اگر دیوار را با مصالح اختصاصی خود بسازد دیوار مختص بشریکی است که بنا را تجدید نموده و مبنا بحال اشتراک باقی خواهد ماند (مادهٔ ۱۱۶ قانون مدنی).

طبق قاعدهٔ کلی و عقلی و مواد «۳۲۸ و ۳۳۱» قانون مدنی، هر کس موجب تضرر دیگری گردد باید آن را جبران نماید. بنابراین بدستور مادهٔ «۳۲۹» و صریح مادهٔ «۱۱۷» قانون مدنی: «اگر یکی از دو شریک دیوار مشترک را (بدون اذن شریک دیگر) خراب کند، در صورتی که خراب کردن آن لازم نبوده باید آنکه خراب کرده مجدداً آن را (بصورت اول) بنا کند». لزوم خراب کردن دیوار زمانی لازمست که در اثر رطوبت یا بجهتی از جهات دیگر متمایل بطرف ملک مجاور شده و مشرف بخرابی باشد زیرا دیواری که مشرف بخرابی است باید آن را خراب نمود اگر چه مالکش راضی بخراب نمودن آن نشود، چنانکه مادهٔ «۱۲۲» قانون مدنی در مورد دیوار اختصاصی میگوید:

«اگر دیواری متمایل بملک غیر یا شارع و نحو آن شود که مشرف بخرابی گردد صاحب آن اجبار میشود که آن را خراب کند.» اجبار مالک بوسیلهٔ مقامات قانونی بعمل خواهد آمد.

مالکیت طبقات یک ساختمان

چنانکه ممکنست ساختمانی که دارای چند طبقه است ملک دو یا چند نفر بطور مشاع باشد، ممکنست بطور مفروز هر طبقهٔ متعلق بیک نفر باشد. منشأ اینگونه مالکیت بیکی از دو طریق است:

۱- ساختمان چندین طبقه قبلا بین چند نفر مشاع بوده و بعداً بطور افقی مفروز نموده و بهر یک طبقهٔ را اختصاص داده‌اند. آن در موردی است که ساختمان بارث بآنها رسیده یا با هزینه مشترک ساخته و یا خریده باشند.

۲- طبق مادهٔ «۳۸» قانون مدنی: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۱۷

آنست تا هرکجا بالا رود و همچنین است نسبت بزیر زمین ...» بنابراین مالک زمین میتواند بدیگری حق بدهد که بر روی زمین او یک طبقه بارتفاع معینی بنا نماید و پایه و دیوارها را طوری بسازد که بتوان بر روی آن چند طبقه دیگر بنا نمود، و بشخص ثالث نیز حق میدهد که بر بنای طبقه اول بارتفاع معینی بنائی بسازد بشرط آنکه مالک بتواند چند طبقه بر آن بیفزاید و همین قسم مالک زمین میتواند بچندین نفر حق ساختمان طبقه بر طبقه دیگر بدهد.

مالکیت طبقاتی ساختمان در بسیاری از شهرهای فرانسه متداول است و قانون مدنی فرانسه هم در ماده «۶۶۴» اینگونه مالکیت را شناخته و تکلیف مالکین طبقات مختلف و همچنین هزینهٔ را که باید در تعمیر و تجدید بنا مصرف کنند معین نموده است.

ماده مزبور میگوید: (در صورتی که طبقات مختلف یک خانه، متعلق بمالکین متعدد باشد هرگاه اسناد مالکیت طریق تعمیر و

تجدید بنا را معین ننماید آنها را باید بطریق ذیل رفتار نمایند:

هزینه دیوارهای بزرگ و بام بعهده تمام مالکین میباشد و هر یک به نسبت ارزش طبقه که متعلق باو است میپردازد، مالک هر طبقه کف را که بر او راه میرود درست میکند، مالک طبقهٔ اول پله‌ای که او را بآن طبقه راهنمائی مینماید میسازد، مالک طبقه دوم پس از طبقه اول، پلهٔ که او را بمحلش میرساند درست میکند و بهمین طریق)

در مالکیت طبقات در بعض موارد بین مالکین اختلافاتی پیش می‌آید که حل آن عملا اشکالاتی را دربردارد، بدین جهت بعض قوانین مانند قانون مدنی آلمان در ماده «۱۰۱۴» تقسیم ساختمان را به طبقات منع نموده است. در قانون مدنی ایران به پیروی از قانون امامیه، مالکیت چند نفر را در یک عمارت، بطوری که هر یک از طبقات آن مفروزاً متعلق بیک نفر باشد اجازه داده شده است. چون تشخیص حدود هر طبقه از ساختمان برای تقویم و فروش و پرداخت مالیات و هزینه برای تعمیر لازم میشود، قانون مدنی در مواد «۱۲۵ و ۱۲۶ و ۱۲۷» حدود هر یک از طبقات را معین مینماید

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۱۸

هرگاه بین مالکین، حدود مالکیت هر یک از طبقات ساختمان معین نشده باشد و یا بین آنان اختلافی تولید گردد و اسناد آنها آن را ننمایاند، بطریق ذیل تعیین میگردد:

در صورتی که طبقه تحتانی ساختمان متعلق بیکی و طبقه فوقانی ملک دیگری باشد، چون مالک طبقه تحتانی نسبت بدیوارهای اطاق خود و صاحب طبقه فوقانی نسبت بدیوارهای غرفه خود متصرف میباشند، هر یک نسبت بآنچه در تصرف دارد مالک شناخته میشود و میتواند در حصه اختصاصی خود بطور متعارف تصرف کند، مانند آنکه سیم تلفن و برق و گاز بکشد یا لوله بخاری بسازد. دیوارهای طبقه فوقانی بر دیوارهای طبقه تحتانی حق ارتفاق دارد و باید بر آن برقرار باشد و هرگاه دیوارهای فوقانی خراب شود میتواند مالک مجدداً آن را بنا نماید چون هر یک از مالکین طبقه فوقانی و تحتانی متصرف در سقف ما بین دو طبقه میباشند، سقف مشترک و مشاع بین آن دو شناخته میشود، و میتواند مالک طبقه فوقانی در کف غرفهٔ خود و مالک طبقه تحتانی در سقف اختصاصی اطاق خود بطور متعارف، یعنی آن اندازه که مزاحم حق دیگری نشود تصرف نماید. مثلًا مالک طبقه تحتانی میتواند آن را سفید نماید و قاب‌کوبی کند و یا چراغ بیاویزد و مالک طبقه فوقانی میتواند بطور متعارف رفت و آمد نماید و اثاثیه بگذارد یا کف اطاق را تخته‌پوش کند.

پله غرفه فوقانی اگر چه در طبقه تحتانی قرار گرفته است، ولی چون برای استفادهٔ طبقه فوقانی میباشد و منحصراً در رفت و آمد طبقه مزبور بکار میرود، در تصرف مالک طبقهٔ فوقانی و ملک اختصاصی او شناخته میشود، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، زیرا ممکنست پله مزبور ملک طبقه تحتانی و مالک طبقه فوقانی فقط حق العبور از آن داشته باشد.

قسمتهای دیگری که طبقه فوقانی و تحتانی از آن استفاده مینمایند، مانند چاه مستراح، منبع آب، آب انبار، حیاط و امثال آن مشترک شناخته میشود، مگر خلاف

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۱۹

آن ثابت شود، چنانکه حیاط، ملک طبقه تحتانی باشد و مالکین طبقه دیگر حق العبور در آن داشته باشند.

هزینه‌های لازم برای تعمیر هر قسمت اختصاصی، بعهدهٔ مالک آن قسمت خواهد بود، زیرا هزینه تعمیر ملک هر کس بعهده مالک آنست، و هزینه قسمتهای اشتراکی بعهده مالکین مشترک میباشد و هر یک نسبت بسهمی که از مال مشترک دارد هزینه آن را خواهد پرداخت.

هیچ‌یک از صاحبان طبقه تحتانی و غرفه‌های فوقانی طبق مادهٔ «۱۲۸» قانون مدنی نمیتواند، زیرا نمیتوان دیگری را اجبار بتعمیر یا مساعدت در تعمیر سقف مشترک ما بین دو طبقه بنماید، زیرا نمیتوان کسی را اجبار بتعمیر ملک خود نمود. میتوان از ماده «۱۱۴»

قانون مدنی در مورد دیوار مشترک، از نظر وحدت ملاک استنباط نمود، که هرگاه دفع ضرر بنحو دیگری ممکن نباشد میتوان بوسیلهٔ مقامات صالحه شریک را اجبار به بنا و تعمیر سقف مشترک نمود، زیرا سقف بین دو طبقه مانند دیوار بین دو ملک میباشد.
هرگاه سقف واقع بین عمارت تحتانی و فوقانی خراب شود، در صورتی که بین مالک فوقانی و مالک تحتانی موافقت در تجدید بنا حاصل نشود و قرارداد ملزمی سابقاً بین آنها موجود نباشد تا بتوان بوسیلهٔ آن متعهد را الزام در شرکت در ساختمان و پرداخت هزینه نمود، بدستور ماده «۱۲۹» قانون مدنی هر یک از مالکین اگر تبرعاً سقف را تجدید نمود، چنانچه با مصالح مشترک ساخته شده باشد، سقف مشترک است و اگر با مصالح مختصه ساخته شده متعلق ببانی آن میباشد. غرض از تبرع در ماده، اقدام به تعمیر و پرداخت هزینه آن بدون قصد رجوع به شریک دیگر است. مادهٔ «۱۲۹» مذکور در بالا در موردیست که مالک دیگر، اجازهٔ تصرف در مصالح مشترک را بدهد و الا- شریک نمیتواند در مصالح مزبور تصرف نماید و میتواند یا آن را تقسیم کند و یا با مصالح اختصاصی که تهیه مینماید سقف را تجدید بنا کند.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲۰
قسمتی از دیوارهای اطراف که محل اتصال سقف بآنها میباشد، مانند خود سقف در تصرف صاحبان طبقه فوقانی و تحتانی میباشد و مشترک و مشاع است و هیچ‌یک از آن دو شریک بدون اجازه شریک دیگر نمیتواند در آن تصرف کند و سقف جدید را بآن متصل نماید. بنابراین هرگاه بین دو مالک توافق در اتصال سقف بمحل مشترک سابق حاصل نشود، و قرارداد ملزمی هم در بین نباشد، هر یک میتواند در قسمت دیوارهای- اختصاصی خود آن را بنا کند. بدین طریق که یا قسمت اشتراکی را ترک کرده و در قسمت اختصاصی از دیوار خود تصرف بنماید و یا چنانکه در مبنای دیوار مشترک بیان گردید، محل سابق را که مشترک و مشاع بوده تقسیم و در سهم اختصاصی خود سقف را بنا کند.
در صورتی که ساختمان قبلا مشاع بوده و بطور افقی بطبقات مفروز شده باشد، هیچ‌یک از مالکین طبقه فوقانی و تحتانی نمیتواند طبقه جدیدی بر بالای طبقه دوم بدون رضای دیگری بسازد، مگر آنکه قرارداد ملزمی بین آنان موجود باشد، زیرا علاوه بر آنکه فضای آزاد مشاع میباشد، هرگاه این اقدام از طرف مالک طبقه فوقانی باشد در اثر ساختمان جدید، دیوار و سقفی غیر مستقیم بر دیوارهای طبقه تحتانی میگذارد، اگر چه مستقیماً بر دیوارهای اختصاصی خود بنا کرده است، و حق ارتفاقی که طبقه فوقانی بر دیوارهای طبقه تحتانی دارد بقدر یک طبقه است که همان طبقه فوقانی متعلق باو میباشد. ولی مالک طبقه فوقانی میتواند از بام که ملک اختصاصی او است استفادهٔ متعارف مانند خوابیدن در تابستان، رخت پهن کردن و امثال آن بنماید هرگاه این اقدام از طرف مالک طبقه تحتانی باشد، علاوه بر آنکه مستقیماً دیوار و سقف بر دیوارهای طبقه فوقانی گذارده است، از بام که ملک طبقه فوقانی است بصورت کف طبقه سوم استفاده کرده است و حال آنکه چنین حقی را ندارد.
امر مزبور از نظر وحدت ملاک مستنبط از مفاد ماده «۱۱۸» قانون مدنی در مورد دیوار اشتراکی است، که ملاک آن عدم جواز تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲۱
آنست، اگر چه موجب ضرر نشود، زیرا عدم جواز تصرف در ملک غیر مختص بموردی که ضرر متوجه مالک آن میگردد نمیباشد.
مشاع بودن فضای آزاد روی طبقات در صورتیست که زمین زیر ساختمان در تقسیم بحال اشاعه باقی بماند و الا هرگاه زمین مزبور اختصاص بطبقه تحتانی داده شود فضای مزبور بتبع زمین متعلق باو میباشد.
بعض از فقهای امامیه تصرف در ملک غیر را در بعض موارد که ضرر متوجه مالک نمیشود جایز دانسته‌اند، مانند نشستن پای دیوار، تکیه دادن بر آن، از سایه آن استفاده کردن، نهادن اثاثیه در پای دیوار و تکیه دادن اثاثیه بآن، فقها باین امور به تنقیح مناط از جواز

استضائه از نور چراغ غیر که بدون اشکال آن را جایز میدانند، فتوی داده‌اند.

مبحث سوم در حریم املاک

حریم کلمه‌ایست عربی و لغهً بمعنی منع میباشد و اصطلاحاً چنانکه ماده «۱۳۶» قانون مدنی تعریف نموده عبارت از مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آنست که برای کمال انتفاع از آنها و جلوگیری از ضرر ضرورت دارد از نظر احترامی که افراد باید بحق حریم بگذارند و نمیتوانند بآن تجاوز بنمایند حریم نامیده شده است.
در صورتی که کسی بوسیلهٔ احیاء اراضی موات باغ، منزل، مزرعه، چاه آب، قنات احداث نماید، مقداری از اراضی موات که نزدیک آنست و برای کمال انتفاع لازمست بخودی خود حریم آن میشود.
مقدار حریم باعتبار ملکی که برای آن حریم مقرر است فرق مینماید. مثلا در
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲۲
باغ مقدار حریم مساحتی است که برای ریختن خاک و کود و جمع‌آوری خاشاک لازم میباشد، در خانه مقدار حریم مساحت جلوی درب برای عبور و مرور و برف‌انداز در اطراف خانه است، در مورد نهر مقدار مساحتی در اطراف نهر بامتداد آن، که برای خاک ریختن در موقع پاک کردن و کف‌برداری و همچنین عبور برای حفاظت لازمست حریم میباشد، حریم چاه مقدار مساحت اطراف آنست که خاک ریخته میشود و برای تهیه و تنقیهٔ آن آلات و ادوات لازم نصب میگردد.
علاوه بر مقدار مذکور در بالا، چاه و آب و قنات و چشمه دارای حریم دیگری است که برای جلوگیری از ضرر بآن، معین شده است. حریم مزبور مقدار مساحت از اراضی اطراف چاه و چشمه است که دیگری نمیتواند احداث چاه آب و یا قنات در آن بنماید.
ماده «۱۳۹» قانون مدنی میگوید: «حریم در حکم ملک صاحب حریم است» حق حریم از نظر تحلیل حقوقی یک نوع حق ارتفاقی بر اراضی اطراف قنات و نهر و امثال آن میباشد.
حق حریم فقط در اراضی موات که مالکی ندارد پیدا میشود و نمیتواند کسی بوسیلهٔ کندن چاه در زمین ملکی خود و یا در زمین موات، حق حریم در اراضی مجاور که ملک دیگری است پیدا نماید، زیرا حق حریم منافات با حق مالکیت مطلق سابق دارد.
طبق ماده ۱۳۹ ق. م. «حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست ...» زیرا این امر تجاوز بحق ثابت سابق است. بنابراین دیگری نمیتواند خاکریز اطراف نهر و چاه و همچنین برف‌انداز اطراف خانه و یا محل خاک و کود و خاشاک و معبر و مزرعه را بدون اذن صاحب حریم احیاء بنماید، زیرا هر گونه عملی که موجب احیاء گردد در موارد نامبرده منافات با حق حریم دارد، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود و منافی با حق حریم نباشد مانعی نخواهد داشت، چنانکه در حریم چاه قنات که
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲۳
پانصد گز میباشد و یا در حریم چاه آب خوردن که بیست گز است دیگری میتواند ساختمان یا کشت بنماید و اجازه صاحب حریم را لازم ندارد، زیرا اراضی مزبور احیاء نشده است و طبق ماده «۱۴۳» قانون مدنی: «هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را بقصد تملک احیا کند مالک آن قسمت میشود» ولی نباید احیاکننده در تصرفات خود موجب اضرار بحق صاحب حریم شود. در نتیجه احیاء اراضی مزبوره دو حق با یکدیگر جمع میشود، یکی حق مالکیت احیاءکننده و دیگری حق حریم صاحب قنات و چاه آب چنانکه گذشت کندن قنات و ایجاد حریم در اراضی موات مینماید نه در اراضی که قبلا تملک شده است، زیرا پس از تملک هیچ حقی بر آن برقرار نمیگردد، مگر آنکه بوسیله مالک آن حق بدیگری داده شود. اینست که هرگاه کسی در املاک شهری که غیر

موات است چاهی برای آب خوردن یا زراعت بکند، هیچ گونه حق حریمی در املاک مجاور ایجاد نخواهد شد و همسایه نیز میتواند در ملک خود چاه آب خوردن یا زراعت بکند، اگر چه فاصلهٔ بسیار کمی با چاه دیگر داشته باشد و از منبعی که چاه اول بوسیلهٔ مجاری زیر زمینی آب میگیرد چاه دوم نیز آب بگیرد و موجب تقلیل آب چاه اول بشود.

طبق ماده «۱۳۷» قانون مدنی: «حریم چاه برای آب خوردن «۲۰» گز و برای زراعت «۳۰» گز است». طبق ماده «۱۳۸» قانون مدنی: «حریم چشمه و قنات از هر طرف در زمین رخوه «۵۰۰» گز و در زمین سخت «۲۵۰» گز است. لیکن اگر مقادیر مذکورهٔ در این ماده و ماده قبل برای جلوگیری از ضرر کافی نباشد، باندازهٔ که برای دفع ضرر کافی باشد بآن افزوده میشود» مثلا هرگاه زمین شن‌زار باشد و یا کف چاهی که بعداً احداث شده پائین‌تر از کف چاه سابق باشد و در اثر کندن چاه آب و یا قنات جدید در آب چاه یا قنات سابق نقصان ظاهر شده است بوسیلهٔ کارشناس فنی تا آنجائی که ضرر منتفی گردد بر مقدار معینه، بعنوان حریم افزوده میشود.

محدود نمودن حریم بمقادیری که ذکر گردید قول مشهور فقهاء امامیه است و قول دیگر که ابن جنید بر آنست

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۲۴

و علامه هم متمایل بآن شده آنست که حریم چاه و قنات هر مقداری از اراضی است که رفع ضرر بنماید.

رعایت حریم مذکور در ماده «۱۳۸» قانون مدنی نسبت بچاه آب ده قنات میباشد که در اصطلاح مادر چاه گویند و الا نسبت بچاههای خشکه کار قنات رعایت حریم مزبور لازم نمیباشد، بنابراین هرگاه کسی در کندن مادر چاه، حریم مقرر را نسبت بمادر چاه مجاور رعایت نموده ولی بتدریج رشته خشکه کار چاه خود را نزدیک به خشکه‌کار قنات مجاور نماید، بطوری که بیش از دویست گز مثلاـ فاصله باقی نماند، صاحب قنات مجاور نمیتواند مانع از این امر گردد مگر آنکه نزدیکی آن سبب اضرار بقنات مجاور شود چنانکه آب آن را بکشد که در این صورت تا حدی که موجب ضرر نمیگردد میتواند خشکه کار خود را نزدیک به خشکه‌کار قنات مجاور بنماید.

قانون مدنی در ماده «۱۳۶» برای ملک و نهر و امثال آن حق حریم شناخته است، ولی فقط در دو ماده «۱۳۷ و ۱۳۸» مقدار حریم چاه و قنات را تعیین نموده و نسبت ببقیه ساکت گذارده است. منظور قانون آن است که در هر محلی که حریم در امور مزبور معمول باشد مقدار آن را عرف محل معین خواهد نمود، بنابراین تعیین مقدار حریم در این موارد بنظر عرف محل است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۲۵

کتاب دوم در اسباب تملک

اشاره

قبل از بحث در اسباب تملک که موضوع کتاب دوم است ذکر مقدمهٔ لازم میباشد:

مقدمه حق چیست؟

حق عبارت از اقتداریست که قانون بافراد میدهد تا عملی را انجام نماید.

در انجام و عدم انجام آن عمل افراد آزاد میباشند. آزادی عمل رکن اساسی حق میباشد.

حق امر تصوری است که قانون آن را از نظر حفظ نظم جامعه معتبر شناخته و آثاری برای آن قرار داده است. افکار ساده در اثر انس برای حق حقیقی غیر از اعتبار اجتماعی میشناسد و توجه ندارد که هرگاه قانون، آن امر تصوری را در جامعه معتبر نشناسد و حمایت خود را از آن بردارد، وجود حقوقی نخواهد داشت. هرگاه دائرهٔ حکم فرمائی هر یک از قوانین کشورهای کنونی را ملاحظه نمائیم

خواهیم دید که در یک کشور امری معتبر شناخته شده و در کشور دیگر از آن حمایت نمیشود. مثلا در قانون ایران در نکاح دوم (در مورد تعدد زوجات) رابطه زوجیت تصوری را که طرفین ایجاد نموده‌اند معتبر شناخته و حمایت مینماید و بالعکس در قوانین اروپا علاوه بر آنکه نکاح دوم، رابطه قانونی ایجاد نمینماید و حمایت از آن نمیشود، عمل مزبور جرم شناخته میشود. از نظر تاریخ حقوق، امثله بسیار است، مثلا در حقوق اسلام و روم و ملل قدیمه دیگر ملکیت عبد و امه را میشناختند و از آن حمایت میکردند، ولی قوانین کنونی آن را موجود نمیداند و کسانی که خریدوفروش برده نمایند مجازات میشوند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲۶

در مقابل هر حقی تکلیفی موجود است و ناچار صاحب حق، غیر از آن کسی میباشد که تکلیف مزبور بعهدهٔ او گذارده شده است. مثلاـ در مورد ملکیت، مالک دارای حق مالکیت است و تمامی مردم دیگر در مقابل آن مکلف هستند که به مالکیت او احترام بگذارند و تجاوز بحق او ننمایند. در مورد طلب، بستانکار دارای حق مطالبه و اخذ مورد طلب است و بدهکار تکلیف به پرداخت آن را دارد.

اشخاص از نظر حقوق مدنی میتوانند دارای دو نوع حق بشوند: حق مالی، حق غیر مالی.

۱- حق مالی- حق مالی آنست که اجرای آن مستقیماً برای صاحبش ایجاد نفعی بنماید که بتوان آن را بپول تقویم نمود مانند حق دینی، چنانکه کسی از دیگری ده خروار گندم طلب دارد. پس از ایفاء تعهد آنچه بدست می‌آید ده خروار گندم است که قابل تقویم بپول میباشد.

۲- حق غیر مالی- حق غیر مالی آنست که اجرای آن، نفعی که مستقیماً قابل تقویم بپول باشد ایجاد نمینماید، مانند حق زوجیت در زوجهٔ دائمه که مستقیماً برای زن ایجاد نفعی که قابل تقویم بپول باشد نمیکند ولی غیر مستقیم حق (نفقه) برای او ایجاد میشود و در صورت فوت زوج، از او ارث میبرد.

حق مالی بر دو قسم است: حق عینی، حق دینی.

الف- حق عینی- حق عینی حقی است که شخص نسبت بعین خارجی دارد که کاملترین آنان حق مالکیت است.

حق عینی از نظر تحلیل حقوقی دارای چهار رکن اساسی میباشد، مثلا در مورد مالکیت ارکان مزبور عبارتند از:

اول- صاحب حق که مالک میباشد.

دوم- موضوع حق و آن چیزی است که شخص نسبت باو حق دارد که ملک است.

سوم- رابطهٔ حقوقی و آن امری است تصوری که ملکیت و مالکیت مینامند

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲۷

و قانون آن را معتبر شناخته و بدین جهت مردم را مکلف به احترام از آن مینماید، این است که گفته میشود حق عینی در مقابل تمامی افراد جامعه میباشد و در اثر این امر حق تعقیب بصاحب حق عینی داده شده و مالک میتواند مال خود را در دست هر کس بیابد بگیرد.

چهارم- جزاء و آن بدو نوع از عمل، در خارج ظهور مینماید، یکی حمایت از حق که قانون آن را حفظ و نگاهداری مینماید تا کسی نتواند بمالک تجاوز و تعدی کند، و دیگر اجبار برفع تجاوز در صورتی که تعدی بعمل آمده باشد، مثلا هر گاه کسی مال دیگری را غصب کند قانون او را مجبور مینماید که مسترد دارد و اگر تلف شده ملزم میشود بدل آن را بمالک بدهد. عده از حقوقیین جزاء را شرط تحقق حق میدانند

ب حق دینی- حق دینی حقی است که شخص نسبت بدیگری دارد. حق مزبور از نظر تحلیل حقوقی مانند حق عینی دارای چهار رکن است.

اول- صاحب حق که متعهد له یا طلبکار یا دائن نامیده میشود.

دوم- مکلف و آن کسی است که در مقابل متعهد له ملزم بدادن چیزی یا انجام عملی و خودداری از عملی میباشد که آن را مدیون یا متعهد و یا بدهکار گویند.

سوم- رابطهٔ حقوقی و آن امری است اعتباری و تصوری که قانون در اثر آن به بستانکار و متعهد له اختیار میدهد که از بدهکار مطالبهٔ ایفاء تعهد را بنماید و مورد تعهد را بخواهد. (مورد تعهد چیزی است که متعهد و مدیون مکلف بدادن و یا انجام آن میباشد) رابطهٔ حقوقی مزبور باعتبار متعهد له طلب و باعتبار متعهد دین گفته میشود.

چهارم- جزاء عبارت از حمایت قانون است از طلبکار که هرگاه متعهد له آمده متعهد بمیل خود تکلیف قانونی را ایفاء نکند قوهٔ مجریه به کمک متعهد له آمده و متعهد را مجبور بانجام آن مینماید. عده از حقوقیین جزاء را شرط تحقق حق میدانند حق طبیعی- و آن حقی است برای شخص نسبت بدیگری که عقل آن رابطه را موجود میداند و مدیون را در مقابل وجدان و اخلاق مسئول میشناسد، ولی قانون حمایت از آن نمینماید، یعنی حق طبیعی فاقد جزاء که چهارمین رکن حق است میباشد، مانند دینی که مشمول مرور زمان شده است و قانون دعوی خواهان را غیر قابل استماع میداند

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲۸

ولی هرگاه مدیون دین را بمیل خود ادا نماید دین ساقط شده و نمیتواند آن را مسترد دارد. این ستکه ماده «۲۶۶» قانون مدنی میگوید: «در مورد تعهداتی که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمیباشد. اگر متعهد بمیل خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود».

حق بوسیله یکی از اسباب پنج‌گانه زیر بوجود می‌آید: عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم، قانون.

۱- عقد- عقد عبارت است از آنکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد. هر کسی میتواند در اثر آزادی ارادهٔ که دارد خود را متعهد سازد و برای دیگری ایجاد حق نماید، مانند بیع، اجاره، عاریه و امثال آن.

۲- شبه عقد- شبه عقد عبارت از عمل ارادی است که قانون آن را منع ننموده و بدون آنکه عقد منعقد گردد ایجاد تعهد در مقابل غیر مینماید، و یا برای طرفین ایجاد تعهد میکند، مانند استیفاء، دارا شدن غیر بضرر دیگری و امثال آن.

۳- جرم- جرم عملی است که قانون ارتکاب آن را منع نموده و برای مرتکب آن کیفر قرار داده است. در صورتی که بوسیلهٔ ارتکاب عمل مزبور ضرر و زیانی متوجه مجنی علیه یا دیگری گردد، متضرر حق مطالبهٔ جبران آن را از مجرم خواهد داشت، چنانکه هرگاه کسی دست کسی را بشکند و او برای مداوای خود متحمل مخارجی شود یا از کار بازماند، مرتکب مسئول پرداخت آن خسارت میباشد.

۴- شبه جرم- شبه جرم عملی است که قانون برای مرتکب آن، مجازات قرار نداده است و هرگاه در اثر عمل مزبور خسارتی بکسی متوجه شود مرتکب مسئول آن خواهد بود، مانند موارد اتلاف و تسبیب چنانکه هرگاه کسی شیشه منزل دیگری را اشتباها بشکند یا در خانه خود آتش بیفروزد که حرارت آن سرایت بخانهٔ همسایه بنماید و درختان همسایه را خشک کند، مرتکب مسئول خسارات مزبور خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۲۹

۵- قانون- قانون در مواردی شخص را بدون آنکه ارادهٔ ایجاد حق برای کسی داشته باشد و یا عملی را مرتکب شود مکلف بانجام امری مینماید و برای دیگری نسبت باو حق قائل میشود مانند نفقهٔ اقارب، در موردی که پدر و مادر شخصی بی‌چیز شوند و نتوانند از دارائی خود زندگی نمایند شخص مزبور ملزم بپرداخت نفقهٔ آنان خواهد بود.

هیچ حقی بدون سبب نمیتواند حاصل شود. سبب مزبور بمعرفی قانون شناخته میشود، زیرا اسباب قانونی مانند علل طبیعی نیستند که

قدرت تأثیر در ذات علت نهفته باشد و با پیدایش آن خواهی نخواهی معلول بوجود آید، بلکه حق از امور اعتباری است که سبب آن را قانون باید اعتبار و معرفی کند. سبب ممکنست مادی و یا روحی باشد و همچنین است سقوط حق که مترتب بر اسباب اعتباری میباشد. قانون مدنی در ماده «۱۴۰» میگوید: «تملک حاصل میشود:

۱- باحیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه.

۲- بوسیلهٔ عقود و تعهدات.

۳- بوسیلهٔ اخذ بشفعه.

۴- بارث»

اشیائی که مورد تملک قرار میگیرند بر دو نوعند:

اول- اشیائی که مالک ندارند و آنها بوسیلهٔ احیاء موات و حیازت مباحات تملک میشود.

دوم- اشیائی که مالک دارند و آنها بوسیلهٔ عقود و تعهدات و اخذ بشفعه و ارث انتقال می‌یابد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۰

قسمت اول در احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه

باب اول در احیاء اراضی موات و مباحه

اشاره

احیاء بمعنی زنده کردن و مصدر باب افعال از الحیّ بمعنی زنده است و اصطلاحا بمعنی آباد کردن آمده است موات مصدر و بمعنی مرده و بی‌روح است و در اصطلاح موات باراضی گویند که مالک ندارد. مباحه اسم مفعول از اباح است بمعنی آزاد- گذاردن و اراضی موات را مباحه گویند باعتبار آنکه اشخاص آزادانه میتوانند آن را تملک بنمایند.

در این باب قانون مدنی طریقهٔ تملک اراضی موات را بیان مینماید.

اراضی موات زمینهائی هستند که مالک ندارد و از آنها انتفاع برده نمیشود، خواه آنکه این امر در اثر نداشتن آب باشد و یا آنکه آب آن را فرا گرفته و یا نی‌زار و علف زار و جنگل باشد. در این امر فرقی نمینماید که زمینهای مزبور قبلا- دائر بوده و در اثر اعراض مالکین بائر شده و یا آنکه هیچ زمان دائر نبوده است.

اراضی موات را میتوان بوسیلهٔ احیاء تملک نمود. چنانکه ماده «۱۴۱» قانون مدنی میگوید: «مراد از احیاء زمین آنست که اراضی موات و مباحه را بوسیلهٔ عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل زراعت، درختکاری، بناء ساختن و غیره قابل استفاده نمایند.»

آباد کردن زمین باعتبار نحوهٔ انتفاعی که از زمین برده میشود فرق مینماید و باید عملیات طوری باشد که عرف آن را برای انتفاع منظور آباد بداند. قانون مدنی امثلهٔ متداوله احیاء را که زراعت و درختکاری و بنا باشد ذکر نموده و اقسام دیگر را بکلمه و غیره اکتفا کرده است. بنابراین هرگاه کسی زمینی را حفر و استخر برای

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۱

جمع‌آوری آب بسازد و یا قطعهٔ زمینی را مسطح کند و بکوبد و خاک آجر بریزد برای بازی تنیس، آن زمین را آباد کرده است.

احیاء کردن، بدون آنکه احیاءکننده قصد تملک داشته باشد موجب تملک نمیشود، مثلا هرگاه مسافری بمحلی برسد و زمینی را

برای مـدتی که در آنجا میمانـد آباد و گلکاری بنماید مالک آن نمیگردد. این سـتکه ماده «۱۴۳» قانون مـدنی میگوید: «هر کس از اراضـی موات و مبـاحه قسـمتی را به قصـد تملـک احیـاء کنـد مالک آن قسـمت میشود» بنابراین تملک اراضـی موات ایقاع است و احتیـاج بقصـد و رضای احیاءکننـده دارد و شـرط آن آباد کردن زمینی است که مورد قصـد تملک قرار می گیرد. میتوان بوکالت یا ولایت و یا فضولی زمینی را برای دیگری احیاء و تملک نمود، زیرا خصوصیتی در اراده مالک موجود نیست.

تملک قطعـهٔ زمین در اثر احیاء، موجب تملک وسائلی که برای کمال انتفاع از آن لازم است نیز میباشـد، ماننـد نهرهائیکه بآن زمین آب میرسانـد و یا راههائی که برای رفتن بآن زمین است و همچنین احیاء قریه موجب تملک مراتع لازمه برای چرانیدن حشم آن نیز میباشد، و از آن قبیل است حریم چنانکه گذشت.

ماده «۱۴۴» قانون مـدنی: «احیاء اطراف زمین موجب تملک وسط آن نیز میباشد» منظور ماده قطعه زمینی است که نحوهٔ انتفاع از آن آبـاد کردن اطراف آنست، بنـابراین چنـانکه اطراف زمینی را که برای قهوه‌خـانه تابسـتانی یـا زدن چـادر در نظر گرفته شـده خیابـان بگذارنـد و یا درخت کاری کننـد، آن قطعه از زمین که در وسط قرار گرفته نیز بتبع قسـمت آباد تملک میگردد و الا هرگاه کسـی اطراف چنـدین کیلومتر مربع زمین را بعرض ده متر زراعت کنـد و یـا درخت کـاری بنمایـد، مالـک قسـمت وسط آن نمیشود، زیرا عرف آن را احیاء شده نمیداند و موات میشناسد، علاوه بر اینکه این امر منافات باملاک ماده «۱۴۱ و ۱۴۳» دارد اگر چه اطلاق ماده «۱۴۴» شامل آن نیز میشود.

تحجیر

تحجیر مصدر باب تفعیل میباشد و بمعنی سنگ چیدن آمده است. در

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۳۲

اصطلاح چنانکه ماده «۱۴۲» قانون مدنی میگوید «شروع در احیاء از قبیل سنگ چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره تحجیر است و موجب مالکیت نمیشود ولی برای تحجیرکننده ایجاد حق اولویت در احیاء مینماید». قانون مدنی برای تحجیر دو مثال بیان نموده و بکلمه غیر از ذکر اقسام دیگر تحجیر از قبیل دیوار کشیدن و نهر کندن و درخت در دور زمین کاشتن صرف نظر کرده است. منظور ماده از کنـدن چاه، چاهی است که هنوز بنتیجهٔ مطلوبه نرسیده باشد چنانکه هرگاه چاه برای آب است بآب نرسیـده باشد و پس از رسیـدن بآب احیاء محسوب میگردد. ماده «۱۶۰» قانون مـدنی باین امر تصـریح مینمایـد «هر کس در زمین خود یا در اراضـی مباحه بقصد تملک قنات یا چاهی بکند تا بآب برسد یا چشمه جاری کند مالک آب آن میشود و در اراضی مباحه مادامی‌که بآب نرسیده تحجیر محسوب است» و همچنین است کنـدن نهر چنـانکه مـاده «۱۴۸» قانون مـدنی میگویـد: «هر کس در زمین مباح نهری بکنـد و متصـل کنـد برود خـانه» آن نهر را احیـاء کرده و مالـک آن نهر میشود ولی مـادامی‌که متصل برودخانه نشـده است تحجیر محسوب است».

تحجیری که ایجاد حق اولویت در اراضی موات مینماید باید دارای شرائط زیر باشد.

۱- عملی بشود که عادتـاً برای شـروع در احیـاء اراضـی آن را انجـام میدهنـد، ماننـد کنـدن پی برای سـاختن بنا یا گودبرداری برای درخت کـاری نمودن و یا شـخم زدن برای زراعت کردن، زیرا این اعمال هر یک مقـدمه برای احیا کردن زمین میباشـد و برای آباد کردن آن، اعمال مزبور لازم است. عملی که انجام میشود هرگاه برای احیاء مفیـد و مؤثر نباشـد ولی دلالت کند بر آنکه فاعل ارادهٔ احیاء آن زمین را دارد، ماننـد آنکه کسـی اطراف قطعه زمینی را برآمدگی از خاک درست کند، چنانکه از ماده «۱۴۲» قانون مدنی فهمیده میشود تحجیر محسوب نمیگردد، زیرا هیچ‌کدام از این اعمال برای احیاء زمین مفید نیست و برای شـروع باحیاء باید خاک را

برداشت ولی عادت بر آن است کسی که میخواهد زمینی را حیازت کند آن را بدین نحو قبلاـ تعیین مینماید و بخود اختصاص میدهد. عدهٔ از فقهاء این امر را تحجیر میدانند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۳

۲- تحجیری که بعمل می‌آید باید بقصد احیاء باشد و الا هرگاه از عمل تحجیر منظور استقلالی داشته باشد چنانکه مرسوم است نظامیان که از محلی بمحل دیگر حرکت مینمایند، در نقطهٔ که میخواهند چند روز توقف کنند، اطراف زمینی را سنگ چین کرده و آن را مسطح میکنند تا چادرهای خود را بزنند و سپس آن را رها کرده و میروند.

عمل مزبور ایجاد حق اولویت برای نظامیان نمینماید، زیرا در تحجیر زمین قصد احیاء آن را ندارد.

۳- مقداری که تحجیرکننده میخواهد احیاء بنماید از عمل تحجیر باید معلوم باشد، چنانکه هرگاه کسی قطعه زمینی را میخواهد احیاء بنماید باید اطراف آن را سنگ چین نماید یا پی حفر کند و الا هرگاه بخط مستقیم در یک طرف سنگ چیده شود ایجاد حق تحجیر برای او نمیکند. در بعضی موارد عمل تحجیر، خود حکایت از مقدار آن مینماید چنانکه کندن یکی از چاههای قنات بائر یا متروکهٔ قدیمی که اهالی آن نواحی مهاجرت کرده‌اند، شروع باحیاء چاههای دیگر آن قنات شناخته میشود و همچنین است نسبت باراضی که از قنات مزبور مشروب میگردد. بنابراین دیگری نمیتواند آن چاهها و یا آن اراضی را احیاء کند و همچنین قطع آب از نی‌زار و یا باتلاق شروع باحیاء نی‌زار و باتلاق است و دیگری نمیتواند بوسیلهٔ بریدن نی باحیاء آن اقدام کند.

۴- تحجیرکننده بتواند آن مقدار زمین را که تحجیر کرده احیاء بنماید و الا هرگاه بجهتی از جهات متمکن از احیاء آن نباشد مانند آنکه قدرت مالی و یا دست رسی وسائل لازمه برای احیاء آن از قبیل ماشینهای فلاحتی یا آلات حفر چاههای عمیق و امثال آن نداشته باشد، تحجیر مزبور ایجاد حق اولویت نمیکند. بنابراین هرگاه کسی بیش از مقداری که میتواند احیاء بنماید از اراضی موات تحجیر کند بمقداری که قادر بر احیاء آن است حق اولویت ایجاد میشود و زائد بر آن را هر کس میتواند احیاء نماید و تحجیرکننده نمیتواند مانع گردد. بدین جهت کسی که قادر به احیاء زمینی که تحجیر نموده است نباشد نمیتواند آن را بدیگری بسببی از اسباب قانونی مانند صلح و امثال آن واگذار کند، خواه مجانی باشد یا معوض، زیرا حقی برای تحجیرکننده

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۴

پیدا نشده تا آن را واگذار بنماید و ناقل و منتقل الیه نسبت بآن یکسان است.

تحجیر حقی است مالی که میتواند مورد صلح قرار بگیرد و بوسیلهٔ ارث بورثه منتقل میشود، ولی نمیتواند مبیع واقع گردد زیرا مبیع چنانکه در بیع خواهد آمد باید عین خارجی و یا کلی باشد. بنابراین در صورتی که تحجیرکننده از آن اعراض ننموده باشد دیگری نمیتواند آن را تصرف و احیاء بنماید و هرگاه تصرف کند غاصب محسوب میشود و تحجیرکننده میتواند خلع ید او را بخواهد اگر چه آن را آباد کرده باشد، زیرا شرط تملک بوسیلهٔ احیاء آنست که قبلا دیگری آن را تحجیر ننموده باشد و الا تحجیرکننده طبق ماده «۱۴۲» ق. م در احیاء حق اولویت دارد.

قانون مدنی حکم در موردی را که کسی زمینی را تحجیر نموده، احیاء ننماید و اعراض هم از آن نکند بیان نکرده است. فقه امامیه بر آنست که در چنین مورد حاکم تحجیرکننده را الزام باحیاء و یا اعراض از آن مینماید، و در صورتی که برای احیاء آن مهلت بخواهد مهلت کافی باو داده میشود و هرگاه امتناع خود باقی بماند حاکم بدیگری اجازه احیاء آن را میدهد و حق تحجیر او ساقط میگردد. در موردی مهلت به تحجیرکننده برای احیاء داده میشود که تاخیر در احیاء در اثر عذر موجه باشد، مانند عدم مساعدت هوا از آمدن برف و باران و امثال آن، یا بدست نیامدن مصالح و آلات و ادوات و عمله و الا عدم تمکن مالی تحجیرکننده از تهیهٔ وسائل لازم، عذر موجه محسوب نیست و مهلت داده نمیشود تا تمکن مالی پیدا نماید. در صورتی که تحجیرکننده عذر موجه داشته باشد مهلتی که برای رفع عذر او لازم است داده خواهد شد. بعضی از فقهاء امامیه گفته‌اند که در صورتی که دسترسی بحاکم نباشد

تا تحجیرکننده را مجبور باحیاء یا رفع ید از زمین بنماید و مدتی طولانی آن زمین بصورت تحجیر بماند که عرف آن را تعطیل در احیاء بداند، حق تحجیرکننده ساقط میشود و از نظر احتیاط رعایت حق اولویت تحجیرکننده تا سه سال لازم است و پس از سه سال حق مزبور بخودی خود ساقط میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۵

در صورتی که آثار تحجیر قبل از آنکه زمین احیاء شود در اثر عوامل طبیعی بر طرف گردد چنانکه سیل جویها را پر کند و سنگها را ببرد و یا در اثر نیامدن باران نهالهای کاشته شده در اطراف خشک شود، حق تحجیرکننده زائل میگردد و زمین بحالت قبل از تحجیر عودت می‌یابد و هر کس میتواند آن را احیاء کند، ولی هرگاه کسی آثار تحجیر را خراب و نابود کند حق تحجیرکننده زائل نمیشود.

تحجیر چاه آب و قنات سرایت بتحریم آن نیز مینماید. از مواد مربوط بحریم ابتدائاً بنظر میرسد که حق حریم و همچنین حق بر وسائلی که برای انتفاع از زمین لازم است پس از احیاء چاه و زمین و تملک آن حاصل میگردد، بنابراین در صورتی که کسی چاهی را برای آب یا قنات بکند قبل از آنکه بآب برسد حق حریم نخواهد داشت، لذا هرگاه شخص مزبور پس از کندن چند متر، کار را موقتا تعطیل کند، دیگری میتواند در نزدیکی چاه مزبور چاه آب یا قنات جدید بکند تا بآب برسد و حق حریم پیدا نماید و نتیجهٔ از ادامهٔ حفر چاه اولی جلوگیری کند، ولی با توجه بمفاد ماده «۱۴۲» قانون مدنی که به تحجیرکننده حق اولویت در احیاء میدهد، میتوان گفت که حق تحجیر چاه آب و قنات و سرایت در مقدار لازم از زمین برای حریم نیز مینماید و الا چنانکه در مثال بالا گذشت باید بر آن بود که میتوان غیر مستقیم حق تحجیر و اولویت تحجیر کنندهٔ چاه آب و قنات را ساقط نمود. همچنین است وسائلی که برای انتفاع از زمین محیات لازم است مانند مجری و راه منحصر و امثال آن.

طبق مادهٔ «۱۴۵» قانون مدنی «احیاءکننده باید قوانین دیگر مربوط به این موضوع را از هر حیث رعایت نماید».

باب دوم در حیازت مباحات

حیازت مصدر باب حاز میباشد و بمعنی بدست آوردن آمده است و اصطلاحا

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۶

چنانکه مادهٔ «۱۴۶» قانون مدنی میگوید: «مقصود از حیازت تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسائل تصرف و استیلاء. حیازت اشیاء مباحه، باعتبار طبیعت آنها مختلف میباشد چنانکه در مروارید، بدست آوردن صدف آن و در عواطف و شاخه، بریدن و چیدن آن و در آب رودخانه، وارد ساختن آن در نهر یا حوض یا چاهی که ملک کسی است حیازت شناخته میشود.

طبق مادهٔ «۱۴۷» قانون مدنی: «هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطه بآن حیازت کند مالک آن میشود». تملک اشیاء مباحه در مورد حیازت مانند احیاء موات، ایقاع میباشد و احتیاج بقصد انشاء و رضای حیازت‌کننده دارد و عمل حیازت شرط تحقق آنست.

یکی از مباحات که بیشتر مورد ابتلاء قرار میگیرد آب است و بدین جهت قانون مدنی باب مزبور را اختصاص بان داده است.

مادهٔ «۱۵۵» قانون مدنی: «هر کس حق دارد از نهرهای مباحه اراضی خود را مشروب کند یا برای زمین و آسیاب و سائر حوائج خود از آن نهری جدا کند» ماده مزبور نهرهای مباح را که بیشتر برای امور کشاورزی استفاده میشود موضوع قرار داده است و الا- از تمامی آبهای مباح، دریا باشد یا باران یا چشمه، هرکس میتواند تملک یا استفاده بنماید. آب مادام که در رودخانه یا در دریا است مباح میباشد و پس از آنکه در نهر یا حوض یا ظرف ملکی کسی داخل گردید ملک صاحب آن میشود این است که ماده «۱۴۹» قانون مدنی میگوید: «هرگاه کسی بقصد حیازت میاه مباحه، نهر یا مجرائی احداث کند آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد

شود ملک صاحب مجری است و بدون اذن مالک نمیتوان از آن نهری جدا کرد یا زمینی مشروب نمود».

در صورتی که در کندن نهر یا چاه و همچنین در احیاء اراضی موات چند نفر بشرکت یکدیگر عمل نمایند، در نتیجهٔ عمل مزبور آنان در نهر یا چاه شریک خواهند بود و سهم هر یک بنسبت عمل و مخارجی است که در آن بکار برده است مادهٔ «۱۵۰»

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۷

قانون مدنی میگوید: «هر گاه چند نفر در کندن مجری یا چاه شریک شوند بنسبت عمل و مخارجی که موجب تفاوت عمل باشد مالک آب آن میشوند و بهمان نسبت بین آنها تقسیم میشود». مثلا هر گاه در کندن نهری دو نفر شرکت نمایند و یکی ده روز کار کند و دیگری دو روز، شخص اخیر یک ششم از آن نهر را مالک میشود و دیگری پنج ششم بقیه را. همچنین است هر گاه چند نفر بوسیلهٔ کارگرانی که مزد آنان را داده‌اند نهری را حفر نمایند، هر یک بنسبت هزینهٔ که پرداخته در نهر مزبور مشاعا سهیم میباشد و بهمان نسبت مالک آب جاری در آن نهر خواهد بود، نه بنسبت اراضی که مالک است و از آن نهر میتواند مشروب شود، بنابراین هر گاه کسی که یک ششم نهر را مالک است بیش از شریک دیگر که پنج ششم آن را مالک است دارای زمین باشد، بیش از یک ششم حق آب از نهر ندارد و میتواند از دیگری مقدار لازم را اجاره بنماید.

تقسیم نهر مشترک مانند تقسیم اموال مشترک دیگر است. در صورتی که تقسیم آن ممکن باشد بدرخواست یکی از شرکاء تقسیم بعمل خواهد آمد. اما تقسیم مهایات و آن بردن آب است از روی مدت، چنانکه هر گاه سه نفر بطور تساوی در نهری شریک باشند و بین خود قرار دهند که در گردش شش هر یک، دو روز و دو شب آب ببرد، در صورتی که تقسیم حقیقی نهر ممکن نباشد برای جلوگیری از اختلاف، تقسیم مزبور الزامی بنظر میرسد و چنانچه با امکان تقسیم حقیقی نهر، شرکاء تقسیم مهایات نمایند، آن تقسیم الزام‌آور نبوده و هر زمان میتوانند بر هم زنند.

طبق ماده «۱۵۱» قانون مدنی: «یکی از شرکاء نمیتواند از مجرای مشترک مجرائی جدا کند یا دهنهٔ نهر را وسیع یا تنگ کند یا روی آن پل یا آسیاب بسازد یا اطراف آن درخت بکارد یا هر نحو تصرفی کند مگر باذن سایر شرکاء» زیرا طبق قاعدهٔ کلی، تصرف هر یک از شرکاء در مال مشترک، منوط باجازهٔ بقیهٔ شرکاء میباشد زیرا تصرف شریک مزبور در مال مشترک موجب تصرف در سهام دیگران خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۸

در صورتی که یکی از شرکاء باجازهٔ شرکاء دیگر از نهر مشترک نهر اختصاصی جدا بنماید تا نصیب او از آب نهر مشترک داخل مجرای مختص بشود طبق ماده «۱۵۲» قانون مدنی، آن آب ملک مخصوص آن شریک میشود و هر نحو تصرفی بخواهد در آن میتواند بکند.

ممکن است بین شرکاء در سهام از نهر مشترک اختلاف شود و هر یک سهمی را ادعا نماید که دیگران منکر آن باشند، قانون مدنی در مادهٔ «۱۵۳» برای حل اختلاف فرض تساوی سهام را نموده است مگر اینکه دلیلی بر زیادی نصیب بعضی از آنها موجود باشد که در این صورت دادرس طبق آن رأی صادر مینماید، چنانکه یکی از آنان بوسیلهٔ گواه یا ادلهٔ دیگر ثابت نماید که مدت کار او در کندن نهر مشترک بیشتر بوده و یا بیش از دیگران هزینه برای کندن نهر پرداخته است و یا آنکه از مالکین مشاع دیگر خریداری کرده است.

چنانکه گذشت طبق ماده «۱۵۵» قانون مدنی بهر کس اجازه داده شده است که از نهرهای مباحه نهری جدا نماید و اراضی خود را مشروب کند، در صورتی که اشخاصی قبلا نهر یا انهاری چند از رودخانه جدا نموده و اراضی خود را مشروب مینمایند، هر گاه کسی بخواهد زمینی را در اطراف رودخانهٔ مزبور جدیداً احیاء کند طبق ماده «۱۵۹» قانون مدنی در صورتی میتواند که آب رودخانه زیاد باشد و برای صاحبان اراضی سابقه، تضییقی در بردن آب نباشد و الا حق جدا کردن نهر و بردن آب ندارد اگر چه زمین او

بالاتر یا نزدیکتر از سایر اراضی برودخانه باشد، زیرا مالکین اراضی سابقه در اثر جدا کردن نهر و بردن آب از رودخانه، حق تقدم نسبت بآن پیدا نموده‌اند و شخص اخیر نمیتواند مزاحم حق ثابت دیگران شود و بالاتر و یا نزدیکتر بودن زمین او از سایر اراضی برودخانه، ایجاد حق تقدم برای او نمینماید. در صورتی که آب رودخانه در بعضی مواقع سال مانند بهار یا پائیز زیاد شود بطوری که پس از مشروب شدن اراضی سابقه مقداری بماند و هرز برود، اشخاص دیگر میتوانند نهر جدید از رودخانه جدا کنند

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۳۹

و از فاضل آب در موقع زیادتی آب استفاده نمایند و برای اشخاص مزبور نیز حق اولویت نسبت بفاضل آب حاصل خواهد شد و دیگری نمیتواند نسبت باین امر مزاحمت حق آنها را فراهم آورد. بدین جهت است کسی که در اراضی موات و مباحه چاه آب یا قنات بکند و بآب برسد حق حریم پیدا مینماید، زیرا پس از آنکه از آبهای مباحه زیر زمینی استفاده نمود نسبت بمنبع آب چاه یا قنات حق تقدم و اولویت در بردن آب پیدا میکند و دیگری نمیتواند بوسیلهٔ کندن چاه آب، یا قنات جدید موجب نقصان آب چاه یا قنات سابق بشود و این امر با حفظ حق حریم طبق مواد «۱۳۶ و ۱۳۹» قانون مدنی تأمین میشود.

در صورتی که آب نهر کافی برای مشروب نمودن اراضی اطراف نهر نباشد که در یک زمان آب ببرند، هر کدام از اراضی که در احیاء، مقدم بوده است، مقدم بر دیگری از آب نهر، مشروب خواهد شد، زیرا تقدم در احیاء ایجاد حق اولویت مینماید و زمین که مؤخر احیاء شده است بحق ثابت سابق خللی وارد نمی‌آورد. اینست که مادهٔ «۱۵۸» قانون مدنی میگوید: «هرگاه تاریخ احیاء اراضی اطراف رودخانه مختلف باشد زمینی که احیاء آن مقدم بوده است در آب نیز مقدم میشود بر زمین متأخر در احیاء، اگر چه پائین‌تر از آن باشد».

هرگاه آب نهر مباح کافی نباشد تمامی اراضی اطراف که دارای نهر است از آن مشروب شود و در تقدم و تأخر، بین صاحبان اراضی اختلاف شود و هیچ‌یک نتواند حق تقدم خود را ثابت نماید، قانون مدنی در ماده «۱۵۶» فرض حقوقی که مبتنی بر روش عمومی در احیاء اراضی موات است ملاک حل اختلاف قرار داده و میگوید:

«... هر زمینی که بمنبع آب نزدیک‌تر است بقدر حاجت، حق تقدم بر زمین پائین‌تر خواهد داشت». فرض حقوقی مزبور آنست که نوعاً اشخاص در انتخاب نمودن اراضی برای احیاء، اراضی که نزدیکتر بمنبع است اختیار مینمایند تا آنکه دچار مضیقه آب در صورت احیاء سایر اراضی نشوند، و بدستور ماده «۱۵۷» ق. م. «هرگاه دو زمین

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۴۰

در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد (چون نمیتوان بوسیلهٔ فرض حقوقی مذکور در بالا تقدم و تأخر را تشخیص داد) باید برای تقدم و تأخر در بردن آب بنسبت حصه قرعه زد» زیرا قرعه تنها حاکم نابینا و بی‌شعور است که در صورت اختلاف میتواند یکی را بدون هیچ دلیلی بر دیگری مقدم بدارد و چارهٔ از نظر حقوقی جز قرعه برای رفع اختلاف یافت نمیشود. در صورتی که آب کافی برای هر دو قطعه اراضی باشد احتیاجی بدانستن آنکه احیاء کدام یک از اراضی مقدم بوده پیدا نخواهد شد بلکه آب نهر بنسبت حصه بین اراضی تقسیم میشود.

باب سوم در معادن

طبق ماده «۳۸» قانون مدنی: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هرکجا بالا رود و همچنین است نسبت بزیر زمین و بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشند». معادن از اجزاء زمین محسوب میشود، خواه روی زمین باشد مانند سنگ نمک و خاک سرخ و گچ و امثال آن و یا در عمق زمین باشد مثل نفط و زغال

سنگ و مانند آن. بدین جهت قانون مدنی در ماده «۱۶۱» میگوید: «معدنی که در زمین کسی واقع شده باشد ملك صاحب زمین است ...».

در صورتی که معدن در اراضی موات و مباحه باشد، از نظر قانون مدنی مانند قسمتهای دیگر اراضی موات و هر کس آن را حیازت بنماید از آن او شناخته میشود.

حیازت معادن نسبت بوضعیت طبیعی آن فرق مینماید و آنها بر دو دسته‌اند:

الف- معادن سطح الارضی یا ظاهری- آنها معادنی هستند که در روی زمین قرار دارند و استخراج آنها عملیات حفاری مخصوصی را لازم ندارد مانند معدن خاك سرخ و نمك و امثال آنها، در اینگونه به معادن هر کس هر مقدار از آن را بردارد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۴۱

آن مقدار را حیازت نموده و مالك آن میشود و بقیه بحال اباحهٔ سابق باقی است.

ب- معادن تحت الارضی یا باطنی- آنها معادنی هستند که بوسیلهٔ حفاری و عملیات مخصوص مانند کندن راهرو و چاه چنانکه در معادن نفط و ذغال‌سنگ و امثال آنها است بمواد معدنی منظور دست می‌یابند. حیازت اینگونه معادن عبارت از انجام عملیاتیست که منتهی شود بدست یافتن بمواد معدنی از حفر راهروها و چاههای لازم، چنانکه در کندن چاه برای برداشتن آب در اراضی موات است. در صورتی که حیازت‌کننده شروع بعملیات بنماید و هنوز بمواد معدنی قابل استخراج منظور نرسیده باشد معدن را تحجیر نموده است و ایجاد حق اولویت برای تحجیرکننده مینماید و کلیه احکام تحجیر که در اراضی موات گذشت نسبت بآن جاری میگردد.

از نظر آنکه عدهٔ معادن در هر کشوری معدود است و آنها سرمایهٔ کشوری میباشد که در آن یافت میشود، قانون نتوانسته آن را نادیده بگیرد و استخراج آن را آزادانه بنظر مالکین و حیازت کنندگان بگذارد، لذا در هر کشوری مقررات مخصوصی برای استخراج معادن وضع میشود و اختیارات مالکین را محدود مینماید و در ذیل ماده بالا متذکر این امر شده و میگوید: «... و استخراج آن (معادن) تابع قوانین مخصوصه خواهد بود».

باب چهارم در اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله

اشاره

در حقوق امامیه مال پیدا شده رابطه گویند و آن بر دو قسم است: لقطه حیوان یا ضاله که احکام آن را قانون تحت عنوان «حیوانات ضاله» بیان میکند و لقطه غیر حیوان یا لقطه بمعنی خاص یا لقطه (بطور مطلق) که احکام آن را قانون مدنی تحت عنوان «اشیاء پیدا شده» میگوید.

مال پیدا شده یا لقطه مالی را گویند که دارای شرایط زیر باشد:

الف- قبلا مالك داشته است- مال پیدا شده هرگاه قبلا مالك نداشته است خواه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۴۲

از حیوانات باشد یا از اشیاء، از مباحات است و هر کس آن را حیازت کند ملك او میشود، چنانکه در شکار و حیازت مباحات گذشت.

ب- مالك آن را گم کرده است- مال پیدا شده را باید مالك گم کرده باشد و الا مالی که سرقت شده و از سارق گرفته میشود و

یا لباسی که در مهمانخانه‌ها در جالباسی می‌آویزند و دیگری آن را اشتباهاً بجای لباس خود پوشیده و همچنین لباس آن کسی که بجا میماند لقطه محسوب نمیشود، چنانچه صاحبش یافت نشود از اموال مجهول- المالک است. مالی که گم نشده و کسی در محلی میگذارد که بعداً بردارد لقطه نمیباشد و دیگری نمیتواند آن را تصرف کند و الا- غاصب خواهد بود، مگر آنکه در محل تضییع و تفریط باشد و برای نگاهداری آن را بردارد که در این صورت در دست او امانت قانونی است باید بصاحبش رد کند و در صورت تعدی و تفریط ضامن تلف و نقصان آنست.

ج- در تصرف کسی نباشد- مالی که در تصرف کسی است نمیتوان آن را پیدا شده دانست، و دیگری حق ندارد متعرض متصرف شود مگر آنکه خود را ذیحق در آن بداند که در این صورت هرگاه متصرف تسلیم بادعای او نشود میتواند بدادگاه صالح مراجعه بنماید.

د- مالک از آن اعراض نکرده باشد- اعراض نمودن مالک از ملک خود عبارت از صرف نظر نمودن از حق عینی است. مالی که یافت میشود در صورتی تابع مقررات مال پیدا شده خواهد بود که مالک از حق خود اعراض نکرده باشد، زیرا چنانچه مالک بجهتی از جهات از حق مالکیت خود صرف نظر کند آن مال بلامالک شناخته میشود و از مباحات است و طبق مادهٔ «۱۴۷» قانون مدنی: «هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطهٔ بآن حیازت کند مالک آن میشود.»

قانون مدنی راجع باعراض، مادهٔ مخصوصی بیان ننموده ولی در مادهٔ «۱۷۸» میگوید:

«مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۴۳

بیاورد» مادهٔ مزبور اگر چه در مورد مالی است که در دریا غرق شده و کسی آن را بیرون بیاورد، ولی خصوصیتی در غرق مال و بیرون آوردن آن از دریا نیست، بلکه هر کس مالی را که مالک از ان اعراض بنماید حیازت کند مالک آن میشود. اعراض از حقوق عینی، مانند ابراء از حقوق دینی میباشد که صاحب حق در آن آزاد و مختار است، چنانکه مسافری که بوسیلهٔ اتومبیل در صحرا مسافرت مینماید چون در اثر بدی راه بار اتومبیل را سنگین بیابد، مقداری از اثاثیه خود را در بیابان می‌اندازد و از آن صرف نظر میکند.

در زندگانی عادی اغلب اتفاق می‌افتد دوستانی بگردش میروند و مقداری میوه و شیرینی و غذا با خود همراه میبرند و پس از صرف قسمتی از آنها بقیه را در محلی میگذارند و میروند، آنان از بقیه اعراض کرده و هر کس میتواند آن را تملک کند.

اعراض مانند حیازت مباحات ایقاع است و محتاج بقصد و رضای مالک میباشد. در صورتی که کسی مالی را پیدا کند که ملک دیگری بوده و مادام که علم باعراض مالک از آن بوسیلهٔ قرائن یا بجهتی از جهات حاصل نکند باید آن را ملک صاحب آن بداند و اگر در آن تصرف کند عهده‌دار تکالیفی میگردد که قانون مدنی در باب چهارم بیان مینماید، بنابراین چنانکه مال پیدا شده را کسی بردارد و در دست بگیرد و یا در جیب بگذارد و همچنین هرگاه مال مزبور را از وسط خیابان بردارد و در گوشهٔ بگذارد که زیر پا خراب نشود، تصرف در آن نموده است و مسئول میباشد تا آنکه آن را بمالکش برساند و حق ندارد در معرض تضییع و تفریط قرار دهد (ذیل ماده «۱۷۱» قانون مدنی) ولی هرگاه بدون آنکه آن مال را بردارد بوسیلهٔ پا با دست آن را برگرداند تا به بیند که چیست، تصرف و ید صدق نمینماید و مسئول آن نمیباشد. و همچنین است هرگاه که بوسیله پا آن را از وسط راه بکنار بیندازد.

هرگاه کسی مالی را در محلی به بیند و بدیگری نشان داده و دستور دهد که بردارد و او آن مال را بقصد نشان دهنده بردارد (چنانکه گذشت نیابت در اینگونه امور مانند حیازت مباحات صحیح میباشد) نشان دهنده عهده‌دار تکالیف لقطه است، و الا هرگاه بردارنده بقصد خود از زمین برداشته است، او عهده‌دار آن تکالیف میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۴۴

فصل اول در اشیاء پیدا شده

اشاره

ماده «۱۶۲» قانون مـدنی: «هر کس مالی پیدا کند که قیمت آن کمتر از ده شاهی باشد میتواند آن را تملک کند». همچنانکه میتواند آن را بطور امانت نگاهدارد تا صاحبش یافت شود.
پرسشی که پیش می‌آید آنست که چنانچه پس از تملك صاحب آن پیدا شود و آن را مطالبه کند آیا پیداکننده میتواند باستناد مادهٔ مزبور از رد آن امتناع نماید؟
آنچه از ظاهر ماده اسـتنباط میشود آنست که پس از تملك آن باجازهٔ قانون، ملك پیداکننـده شـناخته میشود و هیچ‌گونه حقی برای مالـك سـابق باقی نمیمانـد، خواه عین آن باقی و یا آنکه تلف شـده باشـد. قول مشـهور فقهای امامیه بر آن است که هرگاه عین مال موجود است باید بمالك آن رد شود و در صورت تلف عین، دو قول است: یکی عدم ضمان و دیگری ضمان ببدل از مثل یا قیمت.
ماده «۱۶۳» قانون مـدنی: «اگر قیمت مال پیدا شده دهشاهی یا بیشتر باشد پیداکننده باید یك سال تعریف کند، اگر در مدت مزبوره صاحب مال پیـدا نشـده مشار الیه مختار است که آن را بطور امانت نگاهدارد یا تصـرف دیگری در آن بکند، در صورتی که آن را بطور امانت نگاهدارد و بدون تقصیر او تلف شود ضامن نخواهد بود». قیمتی را که قانون برای شیئی پیدا شده در نظر میگیرد قیمت آن در زمان و محل پیدا نمودن است اگر چه در محل و زمان دیگر کمتر یا بیشتر ارزش داشته باشد.
مادهٔ «۱۶۳» دارای چند قسمت است که ذیلا بیان میشود:

۱– تعریف اشیاء پیدا شده

چنـانکه مادهٔ «۱۶۴» قـانون مـدنی میگویـد: «تعریف اشـیاء پیـدا شـده عبـارت است از نشـر و اعلان بر حسب مقتضیات وقت و محل بنحوی که عادتا

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۴۵

باطلاع اهالی محل برسـد» مثلا هرگاه کتابی در دانشـکده پیـدا شود، کافی است که بچنـدین نفر از شاگردان و فراشـهای دانشـکده اطلاع داد و اعلانات کوچکی نوشته بدرب کلاس و محل مخصوص اعلانات نصب کرد، ولی هرگاه در کوچه یا خیابان مالی یافت شود بایـد اعلانـات کوچك در محل چسبانیده و در روزنامه کثیر الانتشار چنـدین آگهی منتشـر نمود، زیرا امروزه عادتاً بـدین نحو ممکن است امری را باطلاع اهل محل رسانید و در صورت اقتضاء بوسیلهٔ رادیو نیز آگهی نمود. نباید نادیده گرفت که نحوهٔ تعریف بایـد عرفا متناسب با ارزش مال پیـدا شـده باشـد اگر چه ظاهر ماده خلاف آن را میرسانـد، مثلا در موردی که مال پیـدا شده مدادی باشد که پانزده شاهی ارزش دارد نمیتوان لازم دانست که چندین بار در روزنامه آگهی شود، زیرا قیمت آگهیها چندین برابر ارزش مال پیـدا شـده خواهـد بود و عمل مزبور سـفهی میباشـد و بالعکس در موردی که مال پیـدا شده جواهر و چندین هزار تومان ارزش دارد آگهیهـای متعـددی در روزنامه‌هـای مختلف قطعاً لازم است، زیرا هرگـاه بـدین نحو تعریف بعمل نیایـد عرفا تعریف شـناخته نمیشود.
چنـانکه از مادهٔ «۱۶۳» ق. م معلوم میگردد بایـد عرفاً تعریف در تمـامی مـدت یك سال ادامه داشـته باشـد. بنابراین پیداکننـده باید بلافاصـله پس از پیـدا کردن مال، شـروع بتعریف بنماید و هرگاه در این امر مدتی تأخیر کند هر زمانی که شـروع بتعریف نمود باید یك سال آن را ادامه دهد. در صورتی که پس از چندین ماه تعریف آن را قطع کند باید بقیه مدت را تا یك سال تکمیل بنماید.

در صورتی که مال پیدا شده تا یک سال باقی نمیماند و فاسد میشود مانند خوراکیها، باید قبل از آنکه فاسد گردد بدستور ماده «۱۶۷» قانون مدنی بقیمت عادله فروخته شود و قیمت آن در حکم خود مال پیدا شده خواهد بود.

مال پیدا شده در تمامی مدت یک سال تعریف، نزد پیداکننده امانت قانونی است و باید در محلی که عموماً برای نگهداری اینگونه اموال اختیار میشود نگهداری کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۴۶

در صورتی که مال مزبور در مدت تعریف بدون تقصیر پیداکننده تلف شود، طبق ماده «۱۶۸» قانون مدنی مشار الیه ضامن نخواهد بود، زیرا تصرف او باجازه قانون بوده و کسی که باجازه قانونی مالی را متصرف است امین میباشد.

بسیاری از فقهاء امامیه میگویند در صورتی که پیداکننده قبل از تعریف یا در جریان تعریف، علم پیدا نماید که تعریف فایده ندارد، تعریف ساقط میشود، مثلا هرگاه شهری که مال در آن یافت شده محل عبور و مرور هزارها نفر مسافر بنقاط دنیا است یا چندان شهر بزرگ است که در چندین میلیون جمعیت نمیتوان مالک مال مزبور را بدست آورد، زیرا تعریف جنبهٔ استقلالی ندارد، ولی از هیچ یک از مواد قانون مدنی نمیتوان حکم مزبور را استنباط کرد.

در صورتی که لقطه قابل تعریف نباشد چنانکه علامت و خصوصیات ممتاز از افراد مشابه دیگر ندارد تا بوسیلهٔ آن مدعی مالکیت نشانی بدهد مانند یک اسکناس یک تومانی و اگر خصوصیاتی هم دارد مانند نمره و سری، مالک توجه به آن ندارد و در نظر نمیسپارد، فقها دارای دو نظراند: یکی آنکه تعریف ساقط میگردد و عمل لقطه از تملک و یا دادن صدقه نسبت بآن مجری میشود، و دیگر آنکه در حکم مجهول المالک است و طبق ماده «۲۸» قانون مدنی بوسیلهٔ حاکم بفقرا داده خواهد شد. بنظر میرسد که این امر موجب نمیشود آن را از افراد لقطه خارج دانست.

۲- تکلیف پیداکننده پس از انقضاء مدت تعریف-

اشاره

در صورتی که پس از مدت تعریف مالک پیدا نشود، قانون مدنی در ماده «۱۶۳» پیداکننده را مختار نموده که مال پیدا شده را بطور امانت نگهدارد و یا تصرف دیگری در آن بکند.

اول-، مال پیدا شده را بطور امانت نگهدارد- پس از گذشتن یک سال مدت تعریف، مال پیدا شده نزد پیداکننده امانت خواهد بود تا مالک آن یافت شود و طبق ذیل ماده «۱۶۳» و «۶۱۴» هرگاه بدون تعدی و تفریط پیداکننده آن مال تلف شود ضامن نخواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۴۷

دوم- تصرف دیگری در آن کند- قانون مدنی تصرف دیگر را توضیح نداده است. فقهاء امامیه بر آنند که پیداکننده میتواند آن را تملک نماید (در تملک قصد و رضا لازم میباشد) و یا صدقه بمستحقین زکاهٔ بدهد و در هر یک از دو صورت هرگاه مالک آن یافت شود پیداکننده ضامن است و میتواند آن را در صورتی که موجود باشد و الا عوض آن را بخواهد.

منافع مال پیدا شده-

در صورتی که مال پیدا شده منافعی داشته باشد، بدستور ماده «۱۶۹» قانون مدنی منافع مدت قبل از تملک متعلق بصاحب آن است و مانند اصل مال در دست پیداکننده امانت است، و منافع بعد از تملک تابع عین مال و چنانچه پیداکننده آن را تملک نموده منافع متعلق باو خواهد بود.

هزینه‌های لازم برای تعریف و نگهداری مال پیدا شده–

هزینه‌های لازم برای تعریف و همچنین برای نگاهداری مال پیدا شده را پیداکننده میپردازد و میتواند آنها را از مالک در صورت یافت شدن و مطالبهٔ مال بخواهد، زیرا پرداخت آنها از طرف پیداکننده باجازه قانون برای حفظ منافع مالک مال بوده است.
در صورتی که صغیر یا مجنون مالی پیدا نمایند تکالیفی که قانون برای پیداکننده تعیین نموده بعهدهٔ ولی و قیم آنان است و پس از انقضاء مدت تعریف، ولی و قیم هر عملی که بصرفه صغیر و مجنون باشد در حدود ماده «۱۶۳» قانون مدنی خواهد نمود.
چون تکالیفی که قانون بعهدهٔ پیداکننده گذارده، بسیار سنگین میباشد از نظر رفع مسئولیت بهتر است کسی که مالی را می‌یابد در آن تصرف نکند و هر گاه آن را از زمین بردارد، چنانکه در ذیل ماده «۱۷۱» قانون مدنی در مورد ضاله استنباط میگردد، باید طبق مواد بالا رفتار کند و الا ضامن خواهد بود اگر چه برداشته و فوراً بجای خود بگذارد.
در حقوق امامیه کسی که مالی را پیدا میکند میتواند آن را بحاکم بدهد و حاکم باید آن را بپذیرد، زیرا حاکم ولی غائب و معد برای امور مسلمانان است و یکی از امور مهمه

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۴۸

آنان حفظ اموالشان میباشد. حاکم مانند پیداکننده یک سال تعریف خواهد نمود و پس از انقضاء یک سال تعریف، پیداکننده میتواند آن را تملک کند، و هر گاه بخواهد آن مال امانت باشد، نزد حاکم امانت میماند و در صورتی که پیداکننده بخواهد آن را صدقه بدهد بعضی از فقهاء بر آنند که او نمیتواند آن را از حاکم بگیرد و خود صدقه دهد بلکه حاکم صدقه خواهد داد و بعضی دیگر از فقهاء بر آنند که پس از آنکه پیداکننده مال را بحاکم داد حق التقاط او ساقط میشود و دیگر نمیتواند در او تصرفی کند.
در صورتی که پیداکننده در جریان انجام تکالیف قانونی بمیرد، وارث قائم مقام مورث میگردد و عهده‌دار تمام تکالیف قانونی خواهد بود. این امر در صورتی است که وارث متصرف آن مال شود و الا کسی که متصرف است عهده‌دار آن تکالیف میباشد.
تبصره– قانون مدنی در ماده «۱۶۵» و «۱۶۶» دو فرع را متذکر شده که ذیلا بیان میگردد.
اول– ماده «۱۶۵»– «هر کس در بیابان یا خرابهٔ که خالی از سکنه بوده و مالک خاصی ندارد مالی پیدا کند، میتواند آن را تملک کند و محتاج بتعریف نیست مگر اینکه معلوم باشد که مال عهد زمان حاضر است، در این صورت در حکم سایر اشیاء پیدا شده در آبادی خواهد بود».
حقوق امامیه بر آنست که هر گاه کسی مالی در مفازه (مفازه بیابان قفر را گویند و آن از فوز مشتق میباشد و بچنین بیابانی از نظر تفأل برهائی از آن بسلامت و فوز، مفازه گفته شده) یا خرابهٔ که سکنه آن را رها کرده و رفته‌اند پیدا کند، بدون تعریف میتواند آن را تملک نماید. عده‌ای از فقهاء متأخرین این امر را مشروط بآن دانسته‌اند که اثر اسلام بر آن مال نباشد و در صورتی که اثر اسلام بر آن باشد لقطه است و مانند اشیاء پیدا شده دیگر باید یک سال تعریف گردد.
قانون مدنی در مادهٔ بالا پیروی از فقهاء متأخرین نموده است و منظور ماده از

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۴۹

عبارت از (عهد زمان حاضر) عصر اسلامی است.
دوم– مادهٔ «۱۶۶»– «اگر کسی در ملک غیر یا ملکی که از غیر خریده مالی پیدا کند و احتمال بدهد که مال مالک فعلی یا مالکین سابق است باید بآنها اطلاع بدهد اگر آنها مدعی مالکیت شدند و بقرائن مالکیت آنها معلوم شد باید بآنها بدهد و الا بطریقی که فوقاً مقرر است رفتار نماید».
مالی که در ملک غیر پیدا میشود نوعاً از آن مالک است، زیرا ملک در تصرف او میباشد و در آن رفت و آمد دارد و مالی که در آن یافت میشود ظاهر آن است که از آن مالک باشد. بدین جهت قانون مدنی مقرر داشته است که قبلا بمالک قبلی یا مالکین سابق

اطلاع داده شود و هرگاه بنحوی از انحاء از قبیل دادن نشانی و ابراز دلیل و یا قرائن، تعلق آن را بخود ثابت نمود، آن مال باو داده خواهد شد و پیداکننده از تعریف زائد خلاصی می‌یابد و الا تابع مقررات مال پیدا شده میباشد و پیداکننده مبادرت بتعریف خواهد نمود. همچنین است مالی که در ملک انتقالی از غیر، خواه بوسیلهٔ خرید باشد یا صلح یا هبه پیدا شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۵۰

فصل دوم در حیوانات ضاله

اشاره

ماده «۱۷۰» قانون مدنی: «حیوان گمشده (ضاله) عبارت از هر حیوان مملوکی است که بدون متصرف یافت شود، ولی اگر حیوان مزبور در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود یا متمکن از دفاع خود در مقابل حیوانات درنده باشد، ضاله محسوب نمیگردد».

چنانکه از ماده «۱۷۰» معلوم میشود شرایط حیوان ضاله عبارت است:

۱- حیوان باشد- منظور ماده از حیوان چنانکه از عبارت (در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود) حیوانات علفخوار هستند که بوسیلهٔ چریدن زندگانی مینمایند از قبیل شتر، گاو و گوسفند و شامل حیوانات دیگر مانند طیور، سگ شکاری و امثال آنها نمیشود. بنابراین حیوانات غیر علفخوار در صورتی که پیدا شود از اشیاء پیدا شده محسوب است و مشمول مواد «۱۶۲» الی ۱۶۹ قانون مدنی میباشد، مگر آنکه جمله (در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود) را قید احترازی نگرفته و گفته شود که قانون صفت حیواناتی که معمولا برای استفاده نگاهداری میشود ذکر کرده است. بنابراین، ماده شامل کلیه حیوانات خواهد بود و کلمه (هر حیوان) مذکور در ماده هم این امر را تأیید مینماید منظور از حیوان حیوان زنده است و هرگاه کشته شده باشد مانند شکار و ماهی دودی در حکم اشیاء پیدا شده میباشد.

فقهای امامیه بر دو قولند: قول مشهور حیوان ضاله را عبارت از شتر، گاو و گوسفند میداند و بقیه حیوانات لقطه محسوب میشوند، و قول دیگر هر حیوان مملوکی که بدون متصرف یافت شود ضاله میشمارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۵۱

۲- مملوک باشد- یعنی در ملکیت اشخاص باشد و علم باعراض مالك از آن حاصل نشود. کلیه حیوانات اهلی در ملکیت اشخاص میباشد و همچنین است حیوانات غیر اهلی که بر آن علامت مالکیت از قبیل قلاده در گردن یا حلقه در پا باشد.

۳- بدون متصرف باشد- یعنی کسی آن را تحت استیلا نداشته باشد. حیواناتی که معمولا در تابستان در چراگاهها آزاد بسر میبرند مانند اسبهای ایلخی یا شترهای ایلات و عشایر، بدون متصرف محسوب نمیشوند.

۴- در چراگاه و نزدیک آب نباشد- منظور از عبارت مزبور آنست که حیوان نتواند بوسائل طبیعی بخودی خود غذا بدست آورده و ادامهٔ حیات دهد، و در صورتی که آن حیوان نزدیک آب یا چراگاه است در مقابل حیوانات درنده متمکن از دفاع نباشد بطوری که هرگاه در محلی که پیدا شده بماند احتمال آن رود که دچار درندگان گردد و نتواند با آنها مبارزه نماید و یا فرار اختیار کند مانند اسب، گاو نر، و آهو و امثال آن که قادر بمبارزه یا فرار میباشد.

بنابر آنچه گفته شد هرگاه یکی از شرایط مذکور در بالا در حیوان یافت نشود ضاله نمیباشد.

تکلیف پیدا کنندهٔ حیوان ضاله

۱- هر کس حیوان ضاله را پیدا نماید، بدستور مادهٔ «۱۷۱» قانون مدنی باید آن را بمالك آن رد کند و اگر مالك را نشناسد باید

آن را بحاکم یا قائم مقام او تسلیم نمایـد و الا ضامن خواهـد بود و اگر چه آن را بعـد از تصـرف رها کرده باشـد و در این صورت مالـک میتوانـد بـدل آن را از او بخواهـد. در صورتی که حاکم پس از تجسـس، مالک را نیابـد آن حیوان از اموال مجهول المالک میباشد و بدستور ماده «۲۸» قانون مدنی بمصرف فقرا میرسد.

۲- در مـدتی که حیـوان ضـاله برای رسانیـدن آن بمالـک یـا حـاکم و قـائم مقـام او در تصـرف پیداکننـده است، پیداکننـده میتواند هزینه‌های لازم برای نگاهداری او

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۵۲

را از مالک بخواهـد، زیرا پیداکننده حیوان را برای حفظ منافع مالک از محل بی‌آب و علف و دندان درندگان رهائی داده، اینست کـه بنـد دوم مـاده «۱۷۲» قـانون مـدنی میگویـد: «هرگـاه حیوان ضـاله در نقـاط غیر مسـکونه یـافت شود پیداکننـده میتوانـد مخارج نگاهداری آن را از مالک مطالبه کند مشروط بر اینکه از حیوان انتفاعی نبرده باشد و الا مخارج نگاهداری با منافع حاصله احتساب و پیداکننـده یـا مالک فقط برای بقیه حق رجوع بیکـدیگر را خواهـد داشت» چنانکه هرگاه حیوان ضاله گاو ماده و مالک او در ۲۵ فرسـخی میباشـد و چهار روز برای رسانـدن آن بمالک لازم است و پیداکننـده در این چهار روز شیر او را بدوشد، قیمت چهار روز شیر بایـد احتساب شود. در صورتی که پیداکننـده، حیوان ضاله را بقصـد تملک خود چنـد روزی نگهداری نماید و سپس پشـیمان گردد و تصـمیم بگیرد آن را بمالک و هرگاه نشـناسد بحاکم یا قائم مقام او بدهـد حق مطالبهٔ هزینهٔ نگاهداری او را نخواهد داشت، چنانکه در باب غصب گذشت، زیرا متصرف مزبور غاصب محسوب میشود.

آنچه گـذشت در مورد حیوان ضاله بود ولی در صورتی کسـی حیوان بدون متصـرفی را در چراگاه یا نزدیک آبی بیابد که متمکن دفاع از خود در مقابل حیوانات درنده باشد، آیا میتواند آن را تصرف نماید یا تصرف در مال غیر است و ضامن خواهد بود؟

فقهاء امامیه دارای عقایـد مختلفی هسـتند: عـدهٔ بر آننـد که پیداکننـده میتواند آن حیوان را بقصد رسانیدن بمالک بگیرد، زیرا عمل مزبور احسان بشـمار میرود، و بعضی آن را حرام میدانند، زیرا با احتمال تلف نشدن حیوان، گرفتنش تصرف در مال غیر بدون اجازه قانون میباشـد. بنابر دو نظر مزبور متصـرف ضامن حیوان است تا آن را بمالک و در صورت تعـذر بحاکم و یا قائم مقام او برسانـد و حق مطالبـهٔ هزینـهٔ نگاهـداری آن را نیز نخواهـد داشت، عـدهٔ دیگر گرفتن حیوان را برای رسانیدن بمالکش ترجیح داده واجب و یا مسـتحب میداننـد و پیداکننـده بایـد در اولین فرصت آن را بمالـک و در صورتی که نشـناسد بحاکم و یا قائم مقام او تسـلیم نمایـد. بنابراین قول، پیداکننده ضامن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۵۳

نخواهد بود و میتواند هزینهٔ نگاهداری را از مالک بخواهد، مگر آنکه قصد داشته باشد که آن را بمالک و یا حاکم تسلیم نکند که در این صورت ضامن و حق مطالبـهٔ مخارج نگاهـداری را نخواهد داشت. ماده «۱۷۲» قانون مـدنی که میگوید: «اگر حیوان گم شده در نقاط مسکونه یافت شود و پیداکننده با دست رسـی بحاکم یا قائم مقام او آن را تسلیم نکند حق مطالبهٔ مخارج نگاهداری آن را از مالک نخواهد داشت».

پیروی از قول اخیر نموده است، زیرا مفهوم ماده آنست که چنانچه آن را تسلیم کند حق مطالبه مخارج را دارد. قانون مدنی در ماده «۱۷۲» دو کلمهٔ مسکونه و غیر مسکونه را استعمال نموده که در مواد قبل سابقه نداشته است. منظور قانون از کلمه غیر مسکونه با توجه بشرحی که در ماده «۱۷۰» راجع بحیوان ضاله میدهـد عبارت است از محلی که چراگاه و نزدیک آب نباشد زیرا هر محلی که آب یافت شود و چراگاه باشـد نوعاً مسکون خواهـد بود و مسکونه بر خلاف آنست. چون بیان امر بکلمهٔ مسکونه و غیر مسکونه ساده‌تر میبود قانون آن دو کلمه را آورده است تا دچار تطویل عبارت نگردد.

حیوانی که داخل در خانـهٔ انسـان میشود ماننـد مرغ، کبوتر، قنـاری، طوطی و امثال آن که صـاحبش شـناخته نمیشود از عنوان ضاله

خارج میباشد و داخل عنوان مجهول المالک است. بنابراین پس از جستجو و تحقیق از همسایگان و کسانی که احتمال میرود متعلق بآنها باشد چنانچه مالک آن پیدا نشود، طبق مادهٔ «۲۸» قانون مدنی بوسیلهٔ حاکم بمصرف فقرا میرسد.

باب پنجم در دفینه

اشاره

قانون مدنی در ماده «۱۷۳» دفینه را معنی نموده و میگوید: «دفینه مالی است که در زمین یا بنائی دفن شده و بر حسب اتفاق و تصادف پیدا میشود».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۵۴

بعضی اشخاص در سابق نقدینه خود را از طلا و نقره و جواهرات از بیم دست برد و یا غارت بدون آنکه کسی را آگاه سازند در ظرفهائی که در مجاورت با خاک فاسد نمیشود و یا دیرتر فاسد میگردد ریخته و در زیر خاک و یا در بنائی پنهان مینمودند و بعداً خود آنان دچار هلاکت میشدند و آن مال اکنون بتصادف و بر حسب اتفاق بدست می‌آید، چنانکه بسیار شنیده شده که در نقاط مختلفی در بنا یا زمین کوزه‌هائی از طلا و نقره مسکوک و یا غیر مسکوک پیدا شده که از ادوار قبل از اسلام و یا عصر اسلامی میباشد.

در صورتی که مال مزبور مدفون نبوده و روی زمین باشد چنانکه جعبه از مسکوکات قدیمه در خیابان یا بیابان یافت شود، لقطه و مشمول مقررات اشیاء پیدا شده میباشد.

طبق ماده «۱۷۴» قانون مدنی: «دفینهٔ که مالک آن معلوم نباشد ملک کسی است که آن را پیدا کرده است». اما در صورتی که مالک آن معلوم باشد مانند آنکه در دفینه اوراقی باشد که نام مالک بر آن نوشته شده و مالک یا ورثه او شناخته شوند، پیداکننده باید آن را تسلیم بمالک و یا ورثهٔ او بنماید.

زمینی که دفینه در آن یافت میشود بر سه قسم است:

۱- زمینهای مباح

طبق مادهٔ «۱۷۶» قانون مدنی: «دفینهٔ که در اراضی مباحه کشف شود متعلق بمستخرج آنست» زیرا تنها کسی که میتواند حق بر مال مزبور پیدا نماید پیدا کنندهٔ آن خواهد بود مگر آنکه مالک آن شناخته شود.

۲- زمینی که ملک غیر است

طبق ماده «۱۷۵» قانون مدنی: «اگر کسی در ملک غیر دفینه پیدا نماید باید بمالک اطلاع دهد، اگر مالک زمین مدعی مالکیت دفینه شد و آن را ثابت کرد دفینه بمدعی مالکیت تعلق میگیرد» و الا بدستور مادهٔ «۱۷۴» قانون مدنی چون مالک آن معلوم نیست مال پیداکننده است، مانند آنکه کارگری در کندن پی یا زیر زمین دفینه بیابد، زیرا دفینه از اجزاء زمین محسوب نمیشود تا مشمول مادهٔ «۳۸» قانون مدنی شود و نیز از نما و محصول زمین بشمار نمی‌آید تا مورد ماده «۳۳» قانون مدنی قرار گیرد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۵۵

۳– دفینه که در اراضی مستخرج یافت شود

پس از آنکه معلوم گردید دفینه در اراضی مباحه و یا در ملک غیر یافت شود متعلق بمستخرج آنست، بطریق اولی باید بر آن بود دفینهٔ را که مستخرج در زمین ملکی خود بیابد تعلق باو خواهد داشت و لازم نیست که از پیدایش آن مالکین سابق خود را آگاه سازد. چنانکه کسی مدعی مالکیت دفینهٔ مزبور باشد میتواند اقامهٔ دعوی نموده و آن را اثبات نماید.

تبصره– سه موضوع را قانون مدنی در ذیل باب دفینه بیان مینماید.

اول– جواهری که از دریا استخراج میشود

طبق ماده «۱۷۷» قانون مدنی:

«جواهری که از دریا استخراج میشود ملک کسی است که آن را استخراج کرده است» بنابراین غواصی که در دریا فرو میرود و مروارید یا مرجان در می‌آورد از آن اوست، زیرا آنها از اشیاء مباحه هستند و حیازت آنها باستخراج از دریا حاصل میشود.

دوم– آنچه آب بساحل می‌اندازد

طبق ذیل ماده «۱۷۷» قانون مدنی: «... آنچه که آب (دریا یا رودخانه) بساحل می‌اندازد ملک کسی است که آن را حیازت نماید» مانند صدفها و امثال آنها.

منظور ماده از (آنچه آب بساحل می‌اندازد) چیزهائی است که از مباحات میباشد و الا چیزهائی که اثر مالکیت بر آن است از اشیاء پیدا شده محسوب است، زیرا اموال مزبور متعلق باشخاصی بوده که اعراض آنان معلوم نیست و ممکن است در اثر غرق کشتی و یا بوسیله سیل در دریا آمده و امواج آب آنها را نزدیک کرانه آورده و بخاکهای ساحلی انداخته باشد، مگر آنکه معلوم شود مالک از آن اعراض نموده است که در این صورت چنانکه ذیلا بیان میشود ملک کسی است که آن را حیازت بنماید.

در آنچه آب بساحل می‌اندازد فرقی نمیماند که زمین ساحلی مالک داشته و یا از اراضی مباحه باشد، زیرا اشیائی که آب بر زمین کسی می‌اندازد در مالکیت تابع زمین نخواهد گردید و وضعیت حقوقی سابق خود را از دست نمیدهد.

سوم– مالی که در دریا غرق شده است

بدستور ماده «۱۷۸» قانون مدنی:

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۵۶

«مالی که در دریا غرق شده و (در صورتی که معلوم باشد که) مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد» زیرا مال مزبور پس از اعراض از مباحات میگردد و حیازت آن بقصد تملک موجب مالکیت خواهد بود. و در صورتی که اعراض مالک از آن معلوم نباشد تابع مقررات اشیاء پیدا شده است.

ماده «۱۷۸» در مورد مالی است که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض نموده است ولی چنانکه گذشت این امر اختصاص بمال غرق شده در دریا ندارد و هر مالی که مالک از آن اعراض بنماید متعلق بکسی خواهد بود که آن را حیازت کند.

باب ششم در شکار

اشاره

طبق ماده «۱۷۹» قانون مـدنی: «شـکار کردن موجب تملک است». حیواناتی که مالک ندارند از اموال مباحه میباشـند و حیازت آنان بوسیله شکار کردن بعمل می‌آید. اما حیوانی که مالک دارد شکار او موجب تملک نخواهد بود، اینست که ماده «۱۸۰» قانون مدنی میگوید: «شـکار حیوانات اهلی و حیوانات دیگری که علامت مالکیت در آن باشد موجب تملک نمیشود» بنابراین هرگاه کسی مرغ خانگی و یا حیوان وحشـی که در پا یا گردن او حلقه باشد بگیرد و یا طوطی را در نقاط سردسـیر که خود نتواند بدانجا بیاید بدست آورد محقق است که آنها مالک داشـته‌اند و چون اعراض مالک از آنها معلوم نیست مالکیت سابقه نسبت بآنها استصحاب میشود و بایـد حیوانات مزبور را بصاحبش رد نمود و چنانکه گـذشت آنها ضاله و یا از اشـیاء پیدا شده بشـمار نمیآیند. در صورتی که کسـی چنین حیوانی را بکشـد طبق مـادهٔ «۳۳۰» قـانون مـدنی بایـد تفاوت قیمت زنـده و کشـته آن را بمالک بدهـد و اگر کشتهٔ آن قیمت نداشته باشد ضامن قیمت تمام حیوان خواهد بود.

بیکی از طریق ذیل میتوان حیوان بدون مالک را تملک نمود:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۵۷

۱- بدست آوردن آن

چنانکه کسی با دست پرنده را بگیرد و یا بچهٔ حیوانی را از نزد مادرش برباید.

۲- افتادن در آلات صید

ماننـد تور و تله و امثال آن چنانکه کسـی توری در آب رودخانه بیندازد و ماهیهائی در آن افتند و یا تله را در باغ گذارد و پرنده در دام افتـد. از آن قبیل است کندوی عسل و برج کبوتر چنانکه مادهٔ «۱۸۱» قانون مدنی میگوید: «اگر کسـی کندو یا محلی برای زنبور عسـل تهیه کنـد زنبـور عسـلی که در آن جمع میشود ملک آن شـخص است. همین طور است حکم کبوتر که در برج کبوتر جمع شود» در مادهٔ مزبور دو موضوع بیان شده است:

اول- اگر کسی کندو یا محلی برای زنبور عسل تهیه کند، زنبور عسلی که در کندو جمع شود ملک آن شخص است. منظور ماده از زنبورهائی که در اثر جمع شدن در کندو در ملکیت صاحب آن در می‌آیند، زنبورهائی هستند که مالک نداشته باشند و در طبیعت آزاد زندگانی نمایند زیرا در این صورت آنها را از اموال مباحه بشمار میروند و جمع شدن آنها در کندوی کسی حیازت آنها است. ولی هرگـاه از کنـدوی دیگری زنبورهـا فرار کننـد و یا بچه آنها را از کنـدوی مادر خارج شـده و در کنـدوی دیگری جمع شونـد، مالکیت صاحب آن زایل نمیگردد مگر آنکه علم باعراض مالک از آن حاصل شود.

دوم- کبوتری که در برج متعلق بکسی جمع شود ملک صاحب آن میشود.

منظور ماده کبوتری است که مالک نداشته باشـد و الا مالکیت صاحب آن بجمع شـدن در برج متعلق بـدیگری زائل نمیگردد، مگر آنکه از آن اعراض کرده باشـد و همچنین ماهیهـائی که از رودخانه وارد حوضـچه که کسـی در کنار آن مهیا نموده میشونـد، ملک

صاحب حوضچه خواهند بود.

۳- ناقص نمودن حیوان بطوری که نتواند بگریزد

چنانکه کسی بوسیلهٔ تفنگ یا تیر پا یا بال حیوانی را بشکند که نتواند فرار کند یا بپرد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۵۸

در دو طریق اخیر، عمل باید بقصد شکار و تملک باشد، و الا هرگاه باین قصد نباشد چنانکه کسی تله را رنگ کند و برای خشک شدن در آفتاب بگذارد و اتفاقاً پرنده در آن دچار شود و یا آنکه تفنگی را برای آزمایش در کندو به پرنده اصابت نماید این امر موجب تملک او نمیگردد.

قسمت دوم در عقود و معاملات و الزامات

اشاره

عنوان قسمت دوم از قانون مدنی، در عقود و معاملات و الزامات قرار داده شده و بسه باب تقسیم گشته: باب اول در عقود و تعهدات بطور کلی- باب دوم در الزاماتی که بدون قرار داد حاصل میشود- باب سوم در عقود معینه مختلفه.

معانی اصطلاحاتی که قانون در عناوین سه‌گانه بالا استعمال نموده و از قرار ذیل است:

۱- عقود

کلمه‌ایست عربی و جمع عقد است و لغهٔ بمعنی بستن میباشد و اصطلاحاً چنانکه ماده «۱۸۳» قانون مدنی میگوید: «عقد عبارت است از اینکه یک چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». وجه تناسب معنی اصطلاحی و معنی لغوی آنست که در اثر انعقاد عقد بین دو نفر، رابطهٔ حقوقی ایجاد میشود و آن دو را بیکدیگر مرتبط میسازد.

عقود بر دو دسته‌اند:

عقود معینه- و آنها عقودی هستند که از قدیم زمانی بین افراد متداول بوده و دارای مورد و آثار و احکام مخصوصی هستند و هر یک از آنها بنامی نامیده میشود مانند: بیع، اجاره، رهن، ودیعه، عاریه و امثال آن.

عقود غیر معینه- و آنها عقودی هستند که در قالب هیچ‌یک از عقود معینه در نمی‌آیند و طرفین عقد باید مورد و متقضا و همچنین شروطی را که در نظر دارند در ضمن عقد قرار دهند و دارای نام مخصوصی نمیباشند که آنها را قرار داد نیز میگویند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۵۹

۲- معامله

معامله کلمهٔ است عربی و مصدر باب مفاعله است و در اصطلاح حقوقی با عقد فرقی ندارد، اگر چه در بسیاری از موارد کلمهٔ معامله در عقودی که از ناحیه هر یک از طرفین عقد نسبت بطرف دیگر تعهد و یا تملیک شده باشد، استعمال می‌شود.

۳- الزامات

الزامات کلمهٔ است عربی و (ات) علامت جمع مؤنث است که در آخر کلمهٔ الزام اضافه شده است و الزام مصدر باب افعال است و بمعنی اجبار میباشد و دارای معنی اصطلاحی مخصوصی نیست. منظور قانون مدنی از الزامات همان باب دوم میباشد که تحت عنوان (در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل میشود) ذکر نموده است که شرح آن خواهد آمد.

۴- تعهدات

تعهدات کلمهٔ است عربی و (ات) آن مانند (ات) الزامات علامت جمع است. تعهد مصدر باب تفعل است و از کلمهٔ عهد بمعنی بستن مشتق میباشد و اصطلاحاً جنبهٔ منفی یا مدیونیت و بر عهده داشتن است که از عقد حاصل میشود، بنابراین عقد سبب ایجاد تعهد و تعهد مسبب آنست. گاه تعهد در عقد عهدی استعمال میشود در این صورت تعهد اخص از عقد میباشد و مرادف با آن نیست.

۵- قرارداد

قرارداد مرادف با عقد است با این فرق که در بسیاری از موارد کلمهٔ عقد فقط در عقود معینه استعمال میشود و حال آنکه قرارداد بکلیهٔ عقود خواه معینه باشد و یا غیر معینه که بر طبق ماده «۱۰» قانون مدنی که میگوید: «قراردادهای خصوصی نسبت بکسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». منعقد میگردد، گفته میشود.

باب اول در عقود و تعهدات بطور کلی

اشاره

قانون مدنی این باب را از قانون مدنی فرانسه متابعت نموده و مواد آن را ترجمه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۶۰

و تغییراتی داده، و اصول حقوقی خود را در آن رعایت نموده است.

قانون مدنی در این باب شرایط و اموری که در کلمهٔ قراردادها و عقود رعایت میشود، خواه از عقود معینه باشد و یا غیر معینه ذکر مینماید و بدین جهت آن را تحت عنوان (در عقود و تعهدات بطور کلی) قرار داده و باب سوم را اختصاص بعقود معینه داده است

تعریف عقد-

قانون مدنی در ماده «۱۸۳» میگوید: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».

تعریف مزبور ناقص است، زیرا فقط تعریف از عقد عهدی نموده و شامل عقد تملیکی که بوسیلهٔ آن مالی از مالکیت کسی خارج و در ملکیت دیگری داخل میگردد نمیشود، چه در اینگونه عقود بنفس عقد انتقال ملکیت حاصل میگردد و تعهدی مستقیماً ایجاد نمیشود: و تعهدی که در عقود تملیکی بوجود می‌آید فرعی میباشد مانند تعهد بتسلیم مبیع و ثمن ناشی از بیع که در ماده «۳۶۲» قانون مدنی بیان شده است

در مقابل عقد ایقاع است

و آن بمعنی ایجاد میباشد، ایقاع بوسیلهٔ قصد انشاء یک نفر بدون آنکه موافقت شخص دیگری را لازم داشته باشد حاصل میگردد و حقی را ایجاد و یا اسقاط مینماید. ایجاد حق، مانند تملک در حیازت مباحات (ماده «۱۴۳» قانون مدنی) و اسقاط، حق مانند ابراء حق دینی (ماده «۲۸۹» قانون مدنی) و اعراض از مالکیت (ماده «۱۷۸» قانون مدنی)
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۶۱

فصل اول در اقسام عقود و معاملات

اشاره

ماده «۱۸۴» قانون مدنی میگوید: «عقود و معاملات باقسام ذیل منقسم میشوند:
لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق». (از نظر تحلیل حقوقی تقسیم مزبور باعتبار نحوهٔ رابطهٔ بین موضوع حق و متعلق آنست).

۱- عقد لازم

ماده «۱۸۵» قانون مدنی میگوید: «عقد لازم آنست که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه».
رابطهٔ که در اثر عقد لازم پیدا میشود طوریست که هیچ‌یک از طرفین عقد نمیتواند بدون رضای طرف دیگر آن را برهم زند. بنابراین آنان بانجام آن چیزی که در عقد تصریح شده ملزم میباشند مگر در موارد معینهٔ قانونی، و آن در موردی است که در اثر یکی از خیارات حق فسخ داده شده باشد که در این صورت کسی که حق مزبور باو داده شده میتواند معامله را فسخ نماید. همچنین است در صورتی که طرفین عقد در فسخ و برهم زدن آن توافق حاصل نمایند که آن را اقاله گویند. عقد لازم مانند: بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و امثال آن میباشد.
کلیهٔ عقود لازم هستند مگر آنکه قانون خلاف آن را تصریح نماید. ماده «۲۱۹» قانون مدنی میگوید: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر اینکه برضای طرفین اقاله و یا بعلت قانونی فسخ شود».

۲- عقد جائز

ماده «۱۶۶» قانون مدنی میگوید: «عقد جائز آنست که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند». رابطهٔ که در اثر عقد جائز ایجاد
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۶۲
میشود طوریست که بهر یک از طرفین اجازه میدهد هر زمان بخواهد بدون هیچ علت قانونی آن را بر هم زند. برای فسخ نمودن

عقد جائز اراده انحلال کافی است و احتیاج بموافقت طرف یا اعلام باو ندارد. طبق ماده «۹۵۴» قانون مدنی: «کلیه عقود جائزه بموت (و جنون) احـد طرفین منفسخ میشود و همچنین به سـفه در مواردی که رشد معتبر است». کلیه نسخ چاپی از قانون مدنی که ملاحظه گردید در ماده «۹۵۴» کلمه (جنون) یافت نشد، بنظر میرسد که در موقع اسـتنساخ قانون مدنی برای طبع و نشـر از روی نسخه اصلی، کلمه (جنون) ساقط شده باشد، زیرا با توجه بنحوهٔ بیان ماده «۹۵۴» که میگوید: «کلیه عقود جائزه بموت احد طرفین منفسخ میشود و همچنین بسـفه در مواردی که رشـته معتبر است» محقق میگردد که کلمـهٔ (جنون) پس از کلمهٔ موت موجود بوده است و الا با نبودن کلمه (و جنون) بی‌تنـاسب است گفته شود (و همچنین بسـفه در مواردی که رشـد معتبر است) چه تنـاسبی بین رشـد و موت موجود نیست تا جمله (و همچنین) بان عطف گردد. و چنانچه عقـد جائز در اثر سـفه در مواردی که در حین انعقاد، رشـد معتبر است فسـخ گردد، بطریق اولی بایـد عقـد جایز را در صورت جنون منفسـخ دانست. بجهت مـذکور در فوق در این جلـد و مجلدات بعد هرکجا مادهٔ مزبور بیان شده یا بآن استناد گردیده جنون را مانند موت موجب انفساخ عقد جائز، دانسته‌ام.

عقود جائزه ماننـد وکالت ماده «۶۷۸ و ۶۷۹» و ودیعه ماده «۶۲۶ و ۶۲۸» قانون مـدنی و عاریه ماده «۶۳۸» قانون مدنی. مثلًا در مورد وکـالت هرگـاه وکیـل بخواهـد وکـالت خود را ادامه ندهـد استعفا میدهـد و موکـل هر زمـان بخواهـد وکیل خود را عزل مینمایـد، همچنانکه بوسیله فوت یا جنون وکیل یا موکل عقد مزبور منحل میگردد.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۱، ص: ۱۶۲

عقد جائز را میتوان بصورت شـرط در ضمن عقد لازمی قرار داد و اثر عقد لازم بر او مترتب ساخت، و همچنین است هرگاه یکی از طرفین و یا هر دو آنها در ضمن عقد لازمی عدم فسخ عقد جائز را شرط نمایند. در این صورت مادام عقد اصلی که شرط

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۶۳

ضمن آن شـده است باقی باشد مشـروط علیه نمیتواند عقد جائز را بر هم بزند ولی بفوت و جنون هر یک از طرفین، عقد جائز مزبور منحل میشود، همچنانی که بسفه در موردی که رشد معتبر است منحل میگردد.

لازم نیست همیشه عقـد نسـبت بطرفین لازم و یا جائز باشـد، بلکه چنانکه ماده «۱۸۷» قانون مدنی میگوید: «عقد ممکن است نسـبت بیک طرف لازم باشـد و نسبت به طرف دیگر جائز» ماننـد عقد رهن. عقد رهن طبق ماده «۷۸۷» قانون مدنی «نسـبت بمرتهن جائز و نسـبت براهن لازم است. بنابراین مرتهن میتواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند و طلبش بدون وثیقه باقی بماند ولی راهن نمیتواند قبـل از اینکه دین خود را ادا نمایـد و یـا بنحوی از انحـاء قـانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد. عقـد رهن ماننـد عقود جـائزه بفوت و جنون و یا سفه یکی از طرفین منحل نمیشود.

در اثر تحولاـت اقتصـادی قانون ثبت اسـناد و املاک در مادهٔ «۳۴» اصلاحی، مصوب ۱۳۲۰ عقد رهن را نسـبت بطرفین لازم دانسته است بنابراین دیگر مرتهن نمیتوانـد از وثیقـهٔ خود صـرف نظر نمایـد و دین را بدون وثیقه تلقی و از اموال دیگر مدیون استیفاء طلب خود را بکند، بلکه منحصراً میتواند از عین مرهونه استیفاء طلب بنماید.

۳- عقد خیاری

ماده «۱۸۸» قانون مـدنی میگویـد: «عقـد خیاری آنست که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسـخ باشـد» عقـد خیاری نوعی از عقد لازمست، که بوسـیلهٔ برقراری شـرط فسخ، اثر عقد جائز بان داده میشود. در عقد لازم هرگاه برای یک طرف حق فسخ

گذارده شود از یک طرف قابل انحلال میگردد، و هرگاه برای طرفین حق فسخ برقرار شود نسبت بطرفین قابل انحلال میشود، مانند عقد بیع و یا اجاره که در آن شرط فسخ در سر شش ماه برای یک طرف یا طرفین قید نمایند.

۴- عقد منجز

مادهٔ «۱۸۹» قانون مدنی میگوید: «عقد منجز آنست که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بامر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود». هر عقدی دارای

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۶۴

اثر مخصوصی است که طرفین عقد برای بدست آوردن آن بانعقاد عقد اقدام مینمایند که آن را مقتضاء عقد گویند، مثلا مقتضاء عقد بیع ملکیت مبیع برای مشتری است و مقتضاء عقد اجاره مالکیت منافع برای مستأجر است. هرگاه عقد بدون هیچگونه قیدی منعقد گردد، مقتضاء آن بلافاصله پس از عقد حاصل میشود، مثلا اگر کسی کتاب خود را بدیگری بفروشد و در عقد بیع قیدی ننماید، پس از تمام شدن عقد بلافاصله مشتری مالک کتاب میشود. در این صورت عقد علت تامه انتقال میباشد و پیدایش مقتضاء عقد، متوقف بر امر دیگری نیست.

انشاء را علمای اسلام مختلف تعریف کرده‌اند، شیخ مرتضی انصاری در کتاب مکاسب میگوید: «انشاء لفظی است که موجد معنی در نفس الامر میباشد، و حکایت از تحقق معنی و ثبوت آن در ذهن یا در خارج نمینماید تا قابل اتصاف بصدق و کذب باشد.

پس اگر کسی بگوید که این خانه را بمن بفروش این جمله را انشاء موجد معنای طلب فروش خانه است ولی اگر بگوید پول ندارم احتمال میرود که خبر مزبور راست باشد یا دروغ. بعضی دیگر گفته‌اند انشاء لفظی است که دلالت بر ارادهٔ جدی و خواستن معنای مورد انشاء بنماید و در صورتی که لفظ در چنین موردی استعمال شود انشاء حقیقی است و الا انشاء مجازی میباشد. مجاز عبارت از عدم مطابقت ارادهٔ استعمالیه با ارادهٔ حقیقی است، بنابراین هرگاه لفظ در معنی خود استعمال شود در صورتی که ارادهٔ استعمالی با ارادهٔ نفسانی و حقیقی مطابقت کند حقیقت است و الا مجاز میباشد.

انشاء بهر یک از معانی باشد در صورتی که موکول بامری نشود منجز و در صورتی که موکول بامری شود معلق است.

۵- عقد معلق

اشاره

چنانکه از مفهوم ماده «۱۸۹» قانون مدنی که عقد منجز را تعریف مینماید معلوم میشود، عقد معلق آنست که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بامر دیگری باشد. بنابر آنچه در عقد منجز گذشت هر عقدی دارای اثر مخصوصی است

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۶۵

که بلافاصله پس از انعقاد عقد بوجود می‌آید، ولی طرفین عقد میتوانند بوسیلهٔ تعلیق پیدایش آن را منوط بر وجود امر دیگری بنماید. مثلا پدری میخواهد خانه خود را به پسرش ببخشد ولی نمیخواهد که این بخشش بدون هیچ قیدی باشد و بلافاصله پسر مالک آن شود بلکه میخواهد برای تشویق بتحصیل دانش، خانهٔ خود را باو بدهد، لذا خانه خود را بطور تعلیق باو هبه مینماید و بدین نحو که میگوید: «خانه‌ام مال تو هرگاه دانشکده را تمام کردی و دیپلم لیسانس گرفتی و پسر قبول مینماید. با این بیان عقد هبه منعقد میشود و پدر خانه را به پسر خود انتقال داده است ولی نه بطور مطلق که انتقال بلافاصله پس از انعقاد عقد حاصل شود و پسر مالک خانه گردد، بلکه هرگاه پسر دیپلم لیسانس بگیرد خانه منتقل باو میشود، اینست که گفته شده اثر عقد معلق موقوف بر امر دیگری است.

از نظر تحلیل حقوقی اگر کسی به پسر خود بگوید: خانه‌ام را بتو بخشیدم اگر به گرفتن دیپلم لیسانس نائل شدی، سه فرض میتوان نمود:

اول– بصورت شرط متأخر بر وجه کشف

در فرض مزبور تاثیر عقد بستگی بپیدایش شرط دارد، بدین نحو که شرط اگر چه زماناً مؤخر بر عقد حاصل میشود ولی در عقد مقدم تأثیر مینماید و از وجود شرط کشف میشود که مقتضاء عقد از زمان پیدایش عقد موجود شده است، نه از زمان حصول شرط. بنابراین پس از آنکه پسر باخذ دیپلم لیسانس نائل شد معلوم میشود که از زمان عقد مالک خانه بوده است، چنانکه در عقد فضولی است که اجازهٔ مؤخر، کاشف از پیدایش متقضاء عقد از زمان انعقاد میباشد، لذا هرگاه پس از عقد پسر در خانه تصرف بنماید و بعداً باخذ دیپلم موفق گردد در ملک خود تصرف نموده است.

دوم– بصورت واجب مشروط

در فرض مزبور عقد اگر چه فعلاـ تلفظ میشود ولی انشاء انتقال در آن زمان بوجود نمیآید بلکه انشاء مانند منشأ (ملکیت خانه) در زمان گرفتن دیپلم برای پسر حاصل میگردد. بنابراین پسر نمیتواند پس از عقد در خانه هیچگونه تصرفی بنماید اگر چه گرفتن دیپلم محقق باشد، زیرا قبل از اخذ دیپلم او مالک
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۶۶
خانه نیست. صورت مزبور تعلیق در انشاء است. در واجب مشروط پیدایش وجوب منوط بموجود شدن شرط است باین نحو که در واقع وجوب و طلب قبل از تحقق شرط موجود نیست. چنانکه ظاهر عبارت (هرگاه زید آمد او را احترام بگذار) از نظر ادبی آنست که شرط از قیود هیئت میباشد و خواستن احترام زید، معلق بر آمدن او است نه آنکه طلب و ایجاب و خطاب فعلی و مطلق باشد و واجب مقید ایراد بآنکه (در فرض مزبور انشاء از منشأ تفکیک خواهد شد و آن غیر معقول است، زیرا طلب قبل از پیدایش شرط وجود ندارد) وارد نمیباشد، زیرا در واجب مشروط فرض آنست که منشأ عبارت میباشد از طلب بنابر تقدیر پیدایش شرط بنابراین ناچار قبل از تحقق شرط، بعث و طلبی نمیتواند موجود شود و الا هرگاه موجود گردد انفکاک حاصل خواهد شد، علاوه بر آنکه انشاء امر بنابر تقدیری مانند اخبار بآن امر بنابر تقدیری، معقول و متصور است.

سوم بصورت واجب معلق–

در فرض مزبور همچنانکه عقد فعلا تلفظ میشود، انشاء تملیک نیز در زمان عقد است ولی عاقد تملیک فعلی را انشاء نمیکند بلکه تملیک پس از گرفتن دیپلم را انشاء مینماید و مانند صورت دوم، پسر نمیتواند قبل از پیدایش شرط در خانه تصرف کند.
فرض بالا تعلیق در منشأ میباشد و چنانکه از مفهوم ماده «۱۸۹» قانون مدنی معلوم میشود عقد معلق بدین صورت منعقد میگردد اثر چنین عقدی آنست که در صورت پیدایش معلق علیه مقتضاء عقد حاصل میگردد و هرگاه معلق علیه موجود نشود مانند آنست که عقدی واقع نشده است. منطق ساده اجتماع عقد معلق را پذیرفته و در روابط اقتصادی خود بکار برده است و همچنین قوانین کشورهای مختلفه در مجموعه‌های خود عقد معلق و احکامش را بیان نموده‌اند بدین جهت موردی برای گفتگو در امکان تصور آن باقی نمیماند.

پس از اثبات امکان انشاء عقد معلق دو امر مورد بحث قرار میگیرد:

اول عقد معلق از نظر قانون مدنی–

اشاره

از نظر منطق قضائی با توجه بشمردن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۶۷

عقد معلق را یکی از اقسام عقود و تصریح ننمودن قانون ببطلان آن، نمیتوان عقد معلق را باطل دانست. بنابراین هرگاه عقد معلقی بین دو نفر منعقد شود و یکی از آن دو بطرفیت دیگری بادعای خلاف قانون بودن عقد معلق از دادگاه درخواست اعلام بطلان آن را بنماید، دادرس نمیتواند باستناد هیچیک از مواد قانونی و یا نقض یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله با توجه بماده «۱۰» قانون مدنی، حکم ببطلان عقد مزبور بدهد. و نمیتوان باستناد مادهٔ «۶۵۴» قانون مدنی این امر را گروبندی دانست، زیرا قصد طرفین در عقد معلق، گروبندی نیست و قصد ملاک در تمیز و تشخیص عقود و معاملات از یکدیگر میباشد. بنابراین چنانکه میتوان کلیه عقود را بصورت منجز منعقد ساخت میتوان آنها را بصورت معلق انشاء نمود، مگر آنکه قانون صریحاً بطلان آن را اعلام داشته باشد، چنانکه در مادهٔ «۶۹۹» قانون مدنی میگوید: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام بتادیه ممکنست معلق باشد».

عقدی که بصورت شرط متأخر و یا واجب مشروط منعقد شود از نظر قضائی صحیح شناخته میشود، زیرا امکان تصور و نبودن مادهٔ صریحی بر بطلان آن و وجود شرایط اساسی برای صحت عقد، کافی بر این امر است، علاوه بر آنکه مفاد مادهٔ «۱۰» قانون مدنی شامل عقود مزبور میباشد.

عقد معلق در حقوق امامیه

اشاره

در حقوق امامیه بسیاری از فقهاء از جملهٔ شرائط بیع، تنجیز را شمرده‌اند و عقد معلق را باطل میدانند، و بر این امر دعوی اجماع کرده‌اند ولی تحقق اجماع مسلم نیست.

از نظر تحلیل حقوقی عدهٔ از فقهاء تعلیق را در انشاء محال دانسته‌اند، و بر آنند که انشاء بمعنی ایجاد است و ایجاد معلق معقول نمیباشد. اما تعلیق در منشأ را (یعنی آنچه مورد انشاء قرار میگیرد، مانند ملکیت در عقد بیع) بی‌اشکال میدانند، چنانکه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۶۸

کسی بطور منجز ملکیت معلقهٔ بر امری را انشاء بنماید، زیرا علاوه بر آنکه تعلیق منشأ امری معقول میباشد، در شرعیات نیز واقع شده است و عقد وصیت که موصی فعلا ملکیت بعد از حیات خود را برای موصی له انشاء مینماید معلق میباشد. بعضی اشکال کرده‌اند که منشأ هم مانند انشاء نمیتواند معلق بر امری باشد، زیرا معلق علیه در صورتی که در زمان عقد موجود باشد، منشأ هم در اثر عقد بدون تعلیق موجود میگردد، و در صورتی که در زمان عقد موجود نباشد، منشأ هم که وجودش معلق بر آن است موجود نخواهد شد و پس از پیدایش معلق علیه نمیتواند نیز حاصل شود، زیرا لازم می‌آید که بین انشاء و منشأ تفکیک گردد، بدین جهت تعلیق در منشأ نیز مبطل عقد است.

بنظر میرسد که معقول نبودن تعلیق در موجودات مادی و خارجی است و در امور اعتباری تعلیق در منشأ و همچنین تعلیق در انشاء معقول میباشد.

ادله کسانی که عقد معلق را باطل میدانند و پاسخ آن

دلیل اول- جزم در عقد معتبر است و تعلیق منافات با جزم دارد،

چنانکه علامه و شهید و پارهٔ دیگر از فقهاء بر آنند.

شهید میگوید: الانتقال بحکم الرضا و لا رضاء الا مع الجزم و الجزم ینافی التعلیق.

پاسخ- دلیل مزبور مثبت مدعا نمیباشد، زیرا اگر مقصود از جزم در عقد جزم بانشاء باشد، در مورد تعلیق جزم بانشاء موجود است و ملکیت بر تقدیر امری جزماً انشاء میشود، و اگر مقصود از جزم، جزم بحصول اثر عقد است، در عقد معلق که انشاءکننده ملکیت را بر تقدیر امری تعلیق مینماید، جزم بتحقیق آن ندارد، و چنین جزمی در عقد لازم نمیباشد و الا باید:

اولا- در موردی که بایع میگوید فروختم خانه‌ام را اگر ملک من است، عقد نیز باطل باشد و حال آنکه اینان قائل ببطلان این فرض نیستند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۶۹

ثانیاً- عقد معلق را فقط باید در موردی باطل بدانند که علم بحصول معلق علیه نباشد و حال آنکه اینان تنجیز را مطلقاً شرط صحت عقد دانسته‌اند، خواه متعاملین عالم بحصول معلق علیه باشند و خواه جاهل.

دلیل دوم- از ادله عقود، سببیت عقد مستفاد میشود،

یعنی مسبب و اثر بمجرد وجود سبب حاصل میگردد، و تعلیق در عقد مانع از تأثیر سبب است، زیرا تا معلق علیه پیدایش نیابد اثر مترتب نخواهد شد.

پاسخ- اگر مقصود از اثر و مسبب شرعی عقد، مقتضای عقد است، مانند انتقال عین در بیع و منافع در اجاره، ادله ظهوری در ترتب آن اثر بمجرد حصول سبب ندارد، زیرا مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ آن است که مطابق مضمون عقد باید عمل شود، عقد معلق باشد یا منجز و اگر مقصود از اثر و مسبب مدلول عقد است، مدلول عقد معلق از عقد تخلف نمینماید.

بنابر آنچه گفته شد دلیلی بر آنکه تنجیز از شرایط صحت عقد باشد بنظر نمیرسد جز ادعای اجماع و در اول امر بیان گردید که وجود اجماع در این امر محقق نیست و بر فرض که موجود باشد باتکاء ادله مذکور است.

اقسام معلق علیه و احکام هر یک

معلق علیه بر دو قسم است:

۱- امری که وجود آن در زمان عقد مورد تعلیق میباشد و آن نیز بر دو نوع است:

الف- امری که از شرایط اساسی صحت عقد میباشد، چنانکه فروشنده بگوید:

هرگاه خانه مال من است فروختم.

ب- امری که خارج از شرایط اساسی صحت عقد است، چنانکه کسی بگوید:

اگر تو خانه نداری خانهٔ من مال تو باشد.

۲- پیدایش امری در زمان بعد از عقد مورد تعلیق میباشد و آن نیز بر دو نوع است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۷۰

الف- انجام امری از ناحیهٔ طرفین یا یکی از آنها مورد تعلیق است، مانند آنکه پدری پسر خود را بگوید: خانه‌ام مال تو هرگاه در تهران سکونت گزینی، یا خانه‌ام مال تو هرگاه من ترک علاقه از تهران کردم.

ب- پیدایش امری که مربوط بطرفین عقد نیست مورد تعلیق میباشد، چنانکه کسی به پسر خود بگوید: خانه‌ام مال تو هرگاه بحران اقتصادی کشور تا پنج سال دیگر خاتمه یافت.

[دوم] عقد معلق در حقوق مدنی فرانسه

قانون مدنی فرانسه مادهٔ «۱۱۶۸» تا ماده «۱۱۸۴» را به عقد معلق اختصاص داده است و میگوید: تعهد معلق عبارت از تعهدیست که متوقف بر واقعه آینده و محتمل الوقوع باشد، خواه آنکه پیدایش تعهد متوقف بر آن باشد یا انحلال تعهد.

معلق علیه ممکن است پیدایش امری و یا عدم پیدایش امری باشد.

معلق علیه بر سه قسم است.

۱- اتفاقی- و آن امری است که تحت اختیار هیچ‌یک از طرفین معامله نمیباشد و بطور اتفاق بوجود می‌آید.

۲- ارادی (ارادهٔ یکی از طرفین)- و آن امریست که تحت قدرت یکی از طرفین معامله میباشد که میتواند آن را انجام دهد و یا جلوگیری از پیدایش آن بنماید.

۳- مرکب- و آن امریست که در عین حال که بستگی باراده یکی از طرفین دارد، متوقف باراده شخص ثالث نیز میباشد.

تعلیق تعهد، بر تمامی اقسام سه‌گانه بالا صحیح میباشد مگر در موارد ذیل:

اول- در صورتی که معلق علیه غیر مقدور یا بر خلاف اخلاق حسنه باشد و یا امری باشد که قانوناً ممنوع است. در این صورت تعلیق و همچنین تعهدی که متوقف بر آنست باطل میباشد. تعلیق تعهد، بر عدم انجام امر غیر مقدور، عقد را باطل نمیگرداند،

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۷۱

دوم- تعهدی که تحقق آن متوقف بر امری است که پیدایش آن بارادهٔ متعهد میباشد آن تعهد باطل است.

در صورتی که متعهد از انجام معلق علیه جلوگیری بنماید معلق علیه انجام شده محسوب است.

در صورتی که معلق علیه محقق گردد اثر قهقرائی دارد و از زمان عقد تأثیر خواهد داشت. در قانون تعهدات سویس طبق ذیل ماده «۱۵۱» تأثیر تعهد از زمان پیدایش معلق علیه است مگر آنکه متعاملین بر خلاف آن شرط نموده باشند، در این امر فرق نمینماید که پیدایش تعهد معلق باشد یا انحلال آن.

متعهد له میتواند قبل از پیدایش معلق علیه اقدام تأمینی برای حفظ حقوق خود بنماید.

تعهد وقتی معلق است که فعل منوط بیک واقعهٔ آینده و غیر محقق باشد.

معلق علیه که پیدایش عقد متوقف بر آن میباشد، همچنانی که ممکن است امر آینده و محتمل الوقوع قرار گیرد، ممکن است امری باشد که در حین عقد موجود شده ولی طرفین از آن جاهل باشند در صورت اول تعهد اجرا نمیشود مگر پس از پیدایش معلق علیه و در صورت دوم اثر تعهد از زمان انعقاد عقد میباشد.

در صورتی که انحلال عقد، معلق بر امری باشد با پیدایش آن امر تعهد بخودی خود منحل میشود و مورد تعهد بهمان وضعیت قبل از عقد قرار میگیرد و طرفین معامله ملزم میباشند در مورد تعهد را بهمان وضعیتی که دارد بطرف خود مسترد دارند، بالعکس در قانون تعهدات سویس طبق ماده «۱۵۴» پیدایش معلق علیه اثر قهقرائی ندارد و از زمان انحلال اثر عقد قطع میشود.

عقود دیگری هستند که قانون مدنی در ماده «۱۸۴» از اقسام عقود و معاملات نشمرده ولی نام آنها را در ضمن مواد برده و احکام هر یک را بیان نموده است و آنها از قرار ذیلند:

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۷۲

۶- عقد معوض

و آن عبارت از عقدیست که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد مینماید و یا مالی را میدهد در عوض مالی که از طرف دیگر میگیرد و یا تعهدی که طرف دیگر بنفع او میکند.

در عقد معوض، علت دادن مال و یا تعهد از ناحیه یک طرف، گرفتن مال و یا تعهد از ناحیهٔ طرف دیگر است.

عقد معوض دارای دو مورد است که یکی عوض و دیگری معوض نامیده میشود مانند بیع که دارای ثمن و مثمن میباشد و هر یک در مقابل دیگریست.

۷– عقد غیر معوض

و آن عبارت از عقدی است که یکی از طرفین مالی را بدیگری میدهد و یا تعهدی در مقابل او مینماید، چنانکه در هبه میباشد که یکی مال خود را بدیگری میبخشد. انتقال مال در هبه فقط از طرف واهب است بدون آنکه عوض در مقابل گرفته باشد و علت انتقال آن متمول نمودن متهب میباشد که علاقه و محبت واهب باو موجب آن شده است.

طبیعتاً عقد غیر معوض دارای یک مورد بیش نیست، ولی میتوان با درج نمودن شرط در ضمن عقد مزبور، آن را بصورت عقد معوض در آورد، چنانکه پدر خانهٔ خود را که به پسر میدهد، با او شرط کند که پسر اتومبیل خود را به پدر بدهد. عقد مزبور اگر چه بصورت معوض است ولی آثار عقد معوض را بخود نخواهد گرفت، زیرا داشتن دو مورد در عقد معوض رکن اساسی عقد معوض است و در عقد غیر معوض یک مورد (که مورد عقد است) رکن اساسی میباشد و مورد دیگر (که مورد شرط است) جنبهٔ فرعی دارد. شرح آن در بیان شرائط ضمن عقد خواهد آمد.

مهمترین فرق بین عقد معوض و عقد غیر معوض:

الف– در عقد معوض هرگاه یکی از دو مورد معامله دارای شرایط اساسی صحت عقد نباشد چنانکه منفعت عقلائی نداشته و یا غیر مقدور باشد، معامله باطل است ولی در عقد غیر معوض که شرط عوض در آن شده است هرگاه مورد شرط، منفعت

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۷۳

عقلانی نداشته و یا غیر مقدور و یا نامشروع باشد، عقد مزبور صحیح است ولی شرط باطل خواهد بود (ماده «۲۳۲» قانون مدنی)

ب– در عقد معوض هر یک از طرفین معامله حق حبس مورد معامله را دارد تا طرف، مورد دیگر معامله را باو بدهد، ولی در عقد غیر معوض که شرط عوض ضمن آن شده است این حق موجود نیست.

ج– در عقد معوض هرگاه معلوم شود که یکی از دو مورد (در صورتی که عین خارجی باشد) در حین عقد وجود نداشته عقد مزبور باطل است و در عقد غیر معوض هرگاه معلوم شود مورد شرط در حین عقد موجود نبوده عقد صحیح میباشد و مشروط له حق فسخ عقد را خواهد داشت (ماده «۲۴۰» قانون مدنی)

۸– عقد تملیکی

و آن عبارت از عقدی است که بوسیلهٔ آن انتقال ملکیت حاصل میگردد، یعنی مورد معامله از ملکیت یک طرف که ناقل باشد خارج، و در ملکیت طرف دیگر که منتقل الیه است داخل میشود، چنانکه در مورد بیع خانه میباشد که بانعقاد عقد بیع، خانه از بایع بمشتری تملیک میگردد و حق عینی فروشنده بر خانه بخریدار میرسد. عقد تملیکی ممکن است معوض باشد مانند بیع عین خارجی و ممکن است غیر معوض باشد مانند هبه.

۹– عقد عهدی

و آن عبارت از عقدی است که ایجاد حق دینی و تعهد برای یک طرف در مقابل طرف دیگر یا برای هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر مینماید، مثلا هرگاه کسی به بیع مسلم یکصد تن گندم بدیگری بفروشد که پس از رسیدن محصول بپردازد، در اثر عقد، بایع مدیون یکصد تن گندم بمشتری شده و متعهد است که آن را بمشتری در موعد مقرر بدهد. همچنین است هرگاه مقاطعه کاری تعهد بانجام عمل ساختمانی در مقابل صد هزار ریال بنماید که صاحب کار آن را در اقساط معینه باو بپردازد.
عقد عهدی و تعهد که در فرانسه Obligation نامند، در حقوق رومی و حقوق اروپائی فصل مهمی را که تشکیل میدهد و مورد تحقیقات علمی بسیاری قرار گرفته است. در
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۷۴
قانون مدنی ایران به پیروی از قانون مدنی فرانسه باب مستقلی بعقود و تعهدات بطور کلی اختصاص داده شده است (ماده «۱۸۳» ببعد). قانون مدنی در مادهٔ «۸۲۵» و «۸۲۶» در مورد وصیت از تملیکی و عهدی نام برده است.

۱۰- عقد مطلق

و آن عقدیست که هیچ شرط و تعلیقی در آن نشده باشد و آن را میتوان عقد ساده نامید، مثلا کسی خانه خود را بمبلغی بدون هیچ شرط و قیدی بدیگری میفروشد، یا مبلغی کسی از دیگری قرض مینماید.

۱۱- عقد مشروط

و آن عقدیست که یکی از شروط (شرط نتیجه، شرط فعل، شرط صفت) در آن قید شده باشد. شرط بمعنی عهد است و آن تعهدیست فرعی که در ضمن عقد اصلی قرار میگیرد. مورد تعهد فرعی در شرط صفت وجوداً با مورد تعهد اصلی در خارج متحد میباشد، ولی مورد هر یک از شرط فعل و شرط نتیجه اغلب دارای وجود مستقلی در خارج است و در اثر آنکه در ضمن عقد دیگری بصورت شرط قرار گرفته فرع عقد اصلی شده است.

۱۲- عقد تشریفاتی

و آن عبارت از عقدی است که علاوه بر اجتماع تمامی شرایط اساسی برای صحت معامله که در مادهٔ «۱۹۰» قانون مدنی ذکر گردیده، تشریفات صوری مخصوصی را لازم دارد تا بتواند دارای آثار قانونی شود.
عقود تشریفاتی در ملل قدیمه متداول بوده و بوسیلهٔ اداء الفاظ و عبارات مخصوص منعقد میگشت و در بعضی موارد حضور عدهٔ گواهان و آلات و ادوات دیگری مانند ترازو و چوب نیز لازم میبود چنانکه در حقوق رومی است.
در قانون مدنی ایران عقود تشریفاتی که بدون انجام تشریفات باطل شناخته شود وجود ندارد و لزوم ثبت معاملات راجع باملاک و هبه‌نامه و صلح‌نامه و شرکت نامه برای اثبات آن در مقامات صالحه است، نه آنکه بدون ثبت معامله صحیح شناخته نشود. ماده «۴۸» قانون ثبت اسناد و املاک ۳۱۰ مقرر میدارد: «اسنادی که در موارد بالا به ثبت نرسد در هیچ یک از ادارات دولتی و محاکم پذیرفته نخواهد شد». مگر
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۷۵
آنکه گفته شود نپذیرفتن اسنادی که در موارد مزبوره به ثبت نرسیده غیر مستقیم معامله را بلا اثر مینماید و عقدی که اثر قانونی ندارد در حکم باطل است، زیرا از حیث اثر با باطل یکسان میباشد.
از ایقاعات فقط طلاق تشریفاتی میباشد که بدستور مادهٔ «۱۱۳۴» قانون مدنی باید بصیغه طلاق و در حضور لا اقل دو نفر مرد عادل

که طلاق را بشنوند واقع گردد، و اما ثبت آن در دفتر رسمی مانند ثبت نکاح از تشریفاتیست که تاثیر در صحت آن ندارد و عدم ثبت آن دو موجب جزاء کیفری میگردد.

۱۳- عقد غیر تشریفاتی

و آن عقدیست که هرگاه قصد انشاء در آن، مقرون به چیزی باشد که دلالت بر قصد نماید صحیح شناخته میشود و احتیاج بالفاظ و عبارات مخصوص و یا تشریفات خارجی دیگری ندارد مانند عاریه، ودیعه، وکالت و امثال آن.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۷۶

فصل دوم در شرائط اساسی برای صحت معامله

اشاره

هر یک از عقود (معینه و یا غیر معینه و قراردادها) وقتی آثار قانونی دارد که شرائط اساسی برای صحت معامله را دارا باشد. این است که ماده «۱۹۰» قانون مدنی میگوید:

برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است.

۱- قصد طرفین و رضای آنها.

۲- اهلیت طرفین.

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله».

کلمه معامله در ماده مزبور در معنی وسیع خود که عقد باشد استعمال شده است.

منظور قانون مدنی از اساسی بودن شرایط بالا در عقد، آنست که هرگاه در معامله شرائط چهارگانه بالا جمع شود آن معامله صحیح و دارای آثاری است که قانون لازمهٔ آن معامله دانسته است، زیرا از نظر حقوقی شرائط مزبور ارکان متشکله عقد میباشند که با فقدان هر یک از آنان عقد پیدایش نمییابد. در مقابل عقد صحیح، عقد باطل و غیر نافذ میباشد.

عقد باطل

عقد باطل عقدی را گویند که یکی از شرایط چهارگانه بالا را فاقد باشد. عقد باطل مانند عقدی است که اصلا واقع نشده و بدین جهت هیچگونه اثری را در نظر قانون نخواهد داشت و هرگاه بعداً آن نقص رفع گردد نمیتوان آن معامله را مؤثر دانست. مثلا هرگاه در موقع انعقاد معامله یکی از طرفین مجنون باشد و یا مورد معامله برای یکی از طرفین مجهول باشد، آن معامله باطل است و چنانچه پس از

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۷۷

عقد، جنون او رفع شود و اجازه دهد و یا جهل او بر طرف گردد، آن معامله صحیح نمیشود، زیرا قانون برای عقد باطل وجودی نشناخته است تا نقص آن مرتفع گردد.

در صورتی که بخواهند طرفین معامله آثار عقد مزبور را بدست آورند، فقط میتوانند عقد جدیدی با تمامی ارکان واقع سازند.

عقد غیر نافذ

عقد غیر نافذ عقدی را گویند که شرائط چهارگانه بالا را بطور کامل دارا نباشد ولی بتوان نقص آن را رفع نمود و آن در موردیست که عقد، غیر از رضای معتدل که قسمتی از شرط اول است، بقیه شرائط را دارا باشد. منظور از رضای معتدل چنانکه در مبحث قصد طرفین و رضای آنها گفته خواهد شد، اشتیاقی است که طرفین تعهد با توجه بنفع و ضرر شخصی خود در حال اعتدال پیدا مینمایند. بنابراین عقـدی که در نتیجهٔ اکراه یکی از طرفین منعقد گردد و یا بوسـیله غیر متعهد و یا متعهد له واقع شود (عقد فضولی) غیر نافذ است. عقـد غیر نافـذ را که نـاقص است میتوان بوسـیلهٔ رضـای متـأخر رفع نقص کرده و آن را تکمیل نمود، یعنی صـحیح گردانیـد، همچنانی که میتوان آن بنای ناقص را منهدم ساخت، یعنی بوسیله رد، آن را باطل نمود.

عقد قابل فسخ

اشاره

عقد قابل فسخ عبارت از عقد صحیحی است که یکی از طرفین یا هر دو آنها بتواند آن را بر هم زند.

الف– عقد جائز

و آن عقدیست که طبیعتاً قابل انحلال میباشد و هر یک از طرفین میتواند هر زمان بخواهد آن را برهم زند.

ب– عقد لازم قابل فسخ

و آن عقدیست که طبیعتاً قابل انحلال نمیباشد ولی بجهتی از جهات حق فسخ در آن موجود است چنانکه در عقد خیاری میباشد که در اثر توافق طرفین، شرط فسخ در آن برقرار شده است و یا برای جبران زیان وارده در اثر عیب یا غبن یا تدلیس، متضرر بتواند عقد را بر هم زند.

بنابر آنچه گذشت عقد غیر نافذ، عقد غیر صحیحی است که بتوان آن را تکمیل نمود

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۷۸

و بوسیلهٔ قبول آن را صـحیح گردانیـد چنانکه در مورد اکراه و فضولی است. عقـد قابل فسخ عقدیست که صـحیحاً منعقد شده ولی کسـی که حق خیار بنفع او برقرار شـده میتواند آن را بنفع خود بر هم زند. بدین جهت عقدی که در اثر عدم رضا (در مورد اکراه و فضولی) غیر نافـذ است و میتوان آن را رد یا قبول نمود نمیتوان باسـتناد حق فسـخ آن را بر هم زد، زیرا عقـد صـحیح میتواند موجب ایجاد ضـرر شود و مادام که عقد تمام نشده ضرری متوجه کسی نمیگردد تا حق فسخ بوجود بیاید. هرگاه معامله غیر نافذ مورد قبول قرار گرفت و تنفیـذ گردیـد صـحیح میشود و ممکن است بجهتی بیکی از جهـات بیکی از طرفین یا هر دو ضـرر توجه پیـدا نمایـد. در این هنگام متضـرر میتواند باسـتناد یکی از خیارات آن را فسخ و برهم زند. بدین جهت مالك در عقد فضولی یا مکره که میتواند معامله را رد یا قبول نماید، برای بر هم زدن عقد کافی است بعدم نفوذ و رد آن استناد کند. در صورتی که فسخ عقد را در اثر عیب یا غبن اعلام بنمایـد آن معامله را ضـمناً تنفیذ نموده است، زیرا نسبت بمعامله صـحیح میتوان دعوی انحلال کرد، لذا هرگاه معلوم شود که بجهتی از جهات نمیتواند آن را فسخ بنماید، دعوی عدم نفوذ معامله دیگر پذیرفته نمیشود.

بنابر آنچه گفته شـد عقـد غیر نافـذ، ناقص است و میتوان آن را بوسـیلهٔ رضای متأخر صـحیح نمود و یا بوسـیلهٔ رد متأخر آن را باطل گردانید، ولی عقد قابل فسخ صحیح و نافذ میباشد و قانون بجهت خاصی حق انحلال آن را بمتعاملین یا یکی از آنها داده است.

ایراد نشود که در مورد حق فسخ قانونی از قبیل عیب و تدلیس متضرر نیز رضای معتدل نـدارد و در زمان عقـد آگاه بحقیقت امر نبوده است و ماننـد مورد اکراه، رضا معلول میباشـد، زیرا چنانکه از مواد مربوطه بفسخ و اقاله معلوم میشود، قانون ایران به پیروی از قانون اسلام رضائی را که خالی از اکراه باشد مؤثر در ایجاد عقد و کافی برای انعقاد معامله میداند و در موارد خیارات رضای مزبور موجود است. امـا تحلیلی که حقوق اروپـا از رضـا مینمایـد و عیب و تـدلیس را موجب معلول نمودن آن میدانـد و نتیجتاً عقـدی که بدین نحو واقع شده باشد قابل رد و قبول میشمارد، مورد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۷۹

توجه حقوقیین اسلام قرار نگرفته است. حقوقیین اروپا در تحلیل حقوقی از رضا، پیروی از نظریه حقوق رومی نموده‌اند.

اختلافی که در نحوهٔ تصور قصـد و رضـا و درجـهٔ تـاثیر آن در عقـد، بین حقوق اسـلام و حقوق رومی موجود است، موجب فرق اساسی در آثار فسخ در دو قانون ایران و اروپائی شده است که ذیلا بیان میگردد.

در قانون ایران از زمانی که صاحب حق خیار از حق خود اسـتفاده مینماید و معامله را فسخ میکند، عقد منحل میشود و نتیجهٔ از ادامهٔ اثر عقـد جلوگیری میگردد بـدون آنکه نسبت بآثار حقوقی معامله قبل از زمان انحلال تاثیری کنـد. مثلا هرگاه کسـی یکصد میش خرید و سپس آنها را حامله و دارای یکصد بره شدند و هر روزه خریدار، شـیرهای آنها را دوشـیده و فروخته است و بایع پس از ده مـاه از تاریـخ خریـد، از غبن خود آگاه شـد و بیع را فسـخ نمود، یکصـد میش ببایع بر میگردد، و هرگاه ثمن را گرفته بایـد بمشتری مسترد نماید ولی یکصد بره و شیرها که در ملک مشتری بوجود آمده متعلق بمشتریست (مستنبط از ماده «۲۸۷» قانون مدنی در مورد اقاله). در صورتی که در مثال بالا بایع پس از ده ماده باسـتناد اکراه و عدم نفوذ، معامله را رد نمود آن معامله باطل شـناخته میشود و معلوم میگردد که هیـچ‌گونه اثر قانونی از ابتدا نداشـته و باید یکصد میش و یکصد بره و عین آنچه مشتری انتفاع برده یا بدل آنها را ببایع رد نماید.

در حقوق فرانسه چنـانکه بـآن اشاره شـد، حق فسـخ در مورد تـدلیس و عیب ناشـی از معلول بودن رضا میباشـد و ماننـد مورد اکراه متضـرر میتوانـد معامله را قبول و تنفیذ نماید، در این صورت معامله از اصل صـحیح میگردد، همچنانی که میتواند آن را رد کند، در این صورت مانند آنست که معامله از اصل باطل بوده و تمامی آثار گذشته آن الغاء میشود، مگر در مورد اجاره و نکاح که اثر فسخ از زمـان اعلـام فسـخ میباشـد. این اسـتثناء برای جلوگیری از اشـکالاتی است که در اجراء قاعـده الغاء تمامی آثار در دو مورد مزبور پیش می‌آید.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۸۰

مبحث اول در قصد طرفین و رضای آنها

۱- قصد و رضا از نظر تحلیل عقلی

انسـان در اثر تحریکـات اعصـاب دماغی گاه امری را تصور مینمایـد (خواه آن تحریک عصبی در اثر عمل یکی از حواس پنـج‌گانه باشـد، چنانکه چیزی را دیده و یا شـنیده است و خواه بخودی خود صورت شـیئی در خیال پیدایش بیابد) مثلا کسـی اتومبیلی را که نزد کمپانی است تصور میکند، سپس میل بداشتن (ملکیت) آن پیدا مینماید و متوجه وسیلهٔ آن که خرید است میشود. در این هنگام منافع و مضار خریـد اتومبیل را با یکـدیگر میسـنجد و پس از برتری داشـتن منافع آن بر مضارش، اشتیاق بایجاد ملکیت اتومبیل پیـدا میگردد. این اشتیاق بایجاد را رضا گویند.

پس از فراهم آوردن مقدمات خرید از مذاکرهٔ با فروشـنده و توافق در قیمت، طرفین تصمیم بمعامله میگیرند و آن را ایجاد مینمایند، بدین ترتیب که فروشنده امر متصور را (ملکیت اتومبیل در مقابل قیمت معین) برای خریدار بوسیلهٔ تحریکات عصبی در صفحه دماغ

خود ایجاد مینماید و خریدار بنوبه خود مانند فروشنده همان امر متصور را در صفحهٔ دماغ خود بصورت قبول ایجاد میکند. ایجاد امر متصور را قصد انشاء گویند.

قصد انشاء امر معنوی و روحی است بدین جهت از آن بارادهٔ حقیقی تعبیر میشود.

در عقد آنچه موضوع قصد قرار میگیرد همان موضوع رضا است.

سنجش نفع و ضرر بایـد در محیطی آرام صورت گیرد، یعنی در اثر تهدید و اکراه حاصل نشود و رضائی که در حال مزبور بوجود می‌آید کامل نمیباشد و کافی برای انعقاد عقد نخواهد بود، این است که گفته میشود رضا موجود نبوده است.

در هر نـوع از عقـود چیزی که ارادهٔ بایجـاد آن تعلـق میگیرد و موضـوع قصـد و رضـا میباشـد امر مخصوصـی است، چنـانکه در بیع ملکیت عین و در نکاح زوجیت و در اجاره ملکیت منافع است. آنچه در صفحهٔ دماغ انسانی در اثر تحریکات عصبی بصورت

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۸۱

قصد انشاء موجود میشود ارادهٔ حقیقی نیز گویند.

۲- کاشف از قصد و رضا

اشاره

برای تحقق عقـد، ارادهٔ حقیقی کافی نمیباشـد و احتیاج بامر دیگر دارد که دلالت بر قصـد انشاء کند و آن را اراده انشائی یا خارجی گویند. بنابراین برای انعقاد عقد باید ارادهٔ حقیقی (Volonte intime) بوسیلهٔ اراده انشائی و خارجی (Volonte declaree) اعلام گردد. مثلا هرگاه دو نفر توافق در امری پیـدا نماینـد و ایجاد آن را اراده کنند، یعنی با رضایت قصد انشاء آن را بنمایند، عقد بوجود نمیآید، بلکه برای انعقاد عقد باید قصد انشاء آنها مقرون بچیزی باشد که دلالت بر آن قصد کند (ماده «۱۹۱» قانون مدنی) متعاملین آنچه را که عموما برای اعلام قصد انشاء خود بکار میبرند لفظ است، زیرا لفظ کاملترین چیزیست که انسان میتواند بوسـیلهٔ آن مقصود خود را بیان و بدیگری بفهماند. لفظی که اسـتعمال میشود باید صریح در مقصود باشد، و بهر زبانی که باشد برای انعقاد عقد کافی است.

اشاره نمیتواند کاملا مقصود را بفهماند و افراد در روابط اجتماعی خود عموماً تا بتوانند از اشاره اسـتفاده نمیکنند، بدین جهت قانون به پیروی از روش معمولی عرف، اشاره را در صورت عـدم قدرت بر تلفظ کاشف از قصد قرار داده است و لازم ندانسـته که طرفین وکالت بکسـی دهند تا بوسیله لفظ عقد را منعقد سازد. این است که ماده «۱۹۲» قانون مـدنی در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشـد. اشارهٔ که مبین قصـد و رضا باشـد برای تحقق عقد کافی میداند. مثلا در موردی که یک طرف معامله کر و لال باشد، ولی طرف او تکلم می‌کند، میتوانند مقصود خود را بوسیلهٔ اشارهٔ بیکدیگر بفهمانند.

در صورتی که طرفین از یکدیگر دور باشند میتوانند بوسیلهٔ تلفن و یا تلگراف معامله بنمایند.

فعلیه که بتواند مانند لفظ قصد فاعل را بفهماند برای اعلام قصد کافی میباشد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۸۲

میتوان عقد را بوسیلهٔ آن منعقد ساخت، چنانکه مادهٔ «۱۹۳» قانون مدنی میگوید:

«انشاء» معامله ممکن است بوسیلهٔ عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد، مگر در موردی که قانون استثنا کرده باشـد» زیرا الفاظ در عقود جنبـهٔ طریقیت دارنـد، و در صورتی که خصوصـیتی در لفظ نباشـد و فقط برای تفهیم مقصود بکار رود، هر فعلی که بتواند مانند لفظ مقصود فاعل را بفهماند برای انعقاد عقد کافی میباشد. این نوع از معامله را فقهای اسـلام معاطات نامند.

ذکر ماده «۱۹۳» برای رفع اشکالی است که عدهٔ از فقهای اسلام در معاطات نموده‌اند که الفاظ را منحصراً کاشف از قصد میدانند و معاطات را اباحه دانسته و الزام‌آور نمیشناسند و مادام که مورد معامله موجود است هر یک از متعاملین میتواند آنچه را که بطرف دیگر داده مسترد دارد. اشکال مزبور در قوانین تشریفاتی پیش می‌آید زیرا قوانین تشریفاتی تأثیر عقد را منوط باستعمال الفاظ مخصوصه میداند و فعلی که مبین قصد و رضا باشد نمیتواند جانشین آن تشریفات مخصوص شود. در قوانین کنونی که اصولا تشریفاتی نیست، اشکالی در انعقاد معامله بصورت معاطات پیش نخواهد آمد و استثنائی که قانون در ذیل ماده «۱۹۳» نموده از آن نظر میباشد که ممکن است قانون برای استحکام بعضی از عقود، تشریفات مخصوصی را لازم بداند مانند عقود و معاملات راجع باموال غیر منقول، هبه‌نامه، صلح‌نامه و، شرکت‌نامه که ثبت آنها لازم میباشد.

(ماده ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک).

نوشته را بعضی از فقهای اسلام در ردیف اشاره شمرده‌اند، ولی باید دانست که نوشته کاملترین اقسام اشاره است و مانند لفظ میتواند مقصود را بطور صریح بفهماند، زیرا هر چه را تلفظ میتوان نمود، آن را میتوان نوشت، بنابراین با قدرت بر تلفظ میتوان بوسیلهٔ نوشتن، قصد و رضا را اعلام داشت، زیرا ماده «۱۹۱» قانون مدنی تحقق عقد را بوسیله چیزی که دلالت بر قصد کند میداند و نوشته هم مانند لفظ میتواند دلالت بر قصد انشاء نماید و کسی که قادر بر تلفظ است میتواند بوسیلهٔ نوشتن که مبین قصد و رضا باشد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۸۳

معامله را واقع سازد، و چنین عقدی صحیح خواهد بود، زیرا اشاره مزبور از مصادیق افعالی است که مبین قصد و رضا میباشد. و مشمول مادهٔ «۱۹۳» قانون مدنی است و ماده «۱۹۲» قانون مدنی ناظر بافعالی است که عرفا اشاره گفته میشود و نمیتواند مبین قصد و رضا باشد مانند حرکات دست و سر که کر و لال بوسیله آن مقصود خود را بیکدیگر میفهمانند. بر فرض ماده مزبور شامل کلیه اشارات حتی نوشتن باشد، جزاء مدنی برای موردی که متعاملین با قدرت به تلفظ، نوشتن بکاربرند در قانون مقرر نشده و از مواد مزبور هم بطلان استنباط نمیشود.

از توضیحی که در اطراف ماده «۱۹۱» قانون مدنی داده شد معلوم گردید برای انعقاد عقد دو امر لازم میباشد: یکی قصد و رضا که باراده حقیقی تعبیر گردیده و دیگر چیزی که دلالت بر آن نماید که ارادهٔ انشائی نامیده شده است. هیچ‌یک بدون دیگری برای انعقاد عقد کافی نخواهد بود. بنابراین همچنانی که بوسیلهٔ قصد و انشاء بتنهائی عقد محقق نمیشود، هرگاه کسی الفاظی بکار برد و وانمود کند که معامله منعقد میسازد، ولی در واقع دارای قصد انشاء (اراده حقیقی) نباشد، و الفاظ را برای تمثیل بیان مینماید و یا بشاگردان دیکته میکند، عقد بوجود نمیآید. این است که مادهٔ «۱۹۵» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله بواسطه فقدان قصد باطل است». زیرا مست و بیهوش یا در خواب معامله نماید، آن معامله بواسطه فقدان قصد باطل است». زیرا مست و بیهوش و خواب نمیتواند قصد انشاء معامله را داشته باشد و هرگاه مست بتواند در بعضی موارد قصد کند فقط قصد ادای لفظ دارد نه قصد انشاء معامله. الفاظی که در این مورد ادا میشود پوستی است بدون مغز و پوک و بتنهائی کافی برای انعقاد عقد نخواهد بود، چه الفاظ بخودی خود تاثیر در انعقاد عقد نمیکنند، بلکه وجود آن از نظر حکایت و دلالت بر قصد انشاء معامله میباشد.

موضوعی که مناسب است مورد مطالعه قرار گیرد آنست که آیا در ایقاع ارادهٔ انشائی نیز لازم است؟

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۸۴

چنانکه از گفتار حقوقیین برمی‌آید سند قضائی مولود اراده یعنی قصد و رضا میباشد، زیرا افراد آزادی تصرف در دارائی خود دارند و هر گونه تصرفی بخواهند میتوانند در آن بنمایند. اراده، عمل روحی و دماغی است، و غیر از اراده‌کننده دیگری بر وجود و نحوهٔ

آن آگاه نمیتواند بشود، مگر آنکه اراده‌کننده آن را اعلام دارد. این است که آن را ارادهٔ حقیقی نامند.

سند قضائی بر دو قسم است: عقد و ایقاع.

عقد

چنانکه ماده «۱۸۳» ق. م میگوید: «عقد عبارت است از آنکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و یا مالی را با آنها انتقال دهند و مورد قبول آنها واقع شود» عقد دارای دو طرف و هر یک دارای ارادهٔ مستقلی میباشد که با توافق آن دو عقد بوجود می‌آید. برای ایجاد توافق، باید هر یک از ارادهٔ دیگری آگاه شود. این است که برای تحقق عقد چیزی لازم میباشد که دلالت بر ارادهٔ حقیقی طرفین عقد بنماید و آن ایجاب و قبول است که ارادهٔ انشائی گویند.

ایقاع

اشاره

ایقاع عبارت است از ارادهٔ فردی که بوسیله آن حقی ایجاد یا ساقط گردد. این امر مداخلهٔ دیگری را ایجاب نمیکند، و بدین جهت عدم رضایت دیگران در تحقق آن تأثیر نخواهد داشت، مانند اعراض از مالکیت و یا ابراء دین و یا حیازت مباحات. مثلا کسی که پاکت شیرینی در دست دارد، پس از تناول مقداری از آن چنانچه بقیه را نخواهد بخانه ببرد در گوشهٔ خیابان میگذارد و میرود. مقصود او از این عمل اخراج و اعراض از ملکیت است. پس از اعراض، آن پاکت شیرینی، مالی بلاصاحب میشود و هر کس میتواند آن را تملک کند و همچنین است هرگاه از جیب کسی یک پول سیاه بزمین بیفتد و صاحب آن متوجه شده و از نظر کمی ارزش از برداشتن آن صرف نظر بنماید.
از نظر تحلیل حقوقی ایقاع زائیده شده ارادهٔ واحد است و ارادهٔ دیگری در آن تأثیری ندارد، بدین جهت نمیتواند کاشف خارجی در تحقق آن مؤثر باشد، ولی برای
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۸۵
تحقق عقد دو اراده باید موجود شود که با یکدیگر توافق داشته باشند و این امر بدون اعلام متعاملین بیکدیگر ممکن نخواهد بود لذا کاشف نقش اساسی و جنبه ثبوتی را در عقد بازی مینماید در ایقاع کاشف فقط میتواند یکی از دو جنبه را داشته باشد:

الف- جنبه اعلامی

یعنی بوسیلهٔ کاشف، ایقاع‌کننده ارادهٔ خود را بطرف اعلام میدارد، چنانکه ابراءکننده بوسیلهٔ ارادهٔ انشائی مدیون را از ارادهٔ حقیقی خود که اسقاط حق دینی او میباشد، آگاه میسازد.

ب- جنبهٔ اشهادی

یعنی کاشف و اراده انشائی برای اطلاع گواهان میباشد تا در مقام دادرسی اطلاعات آنان مانند دلیل بکار رود.
کاشف در هر یک از دو مورد بالا جنبهٔ اثباتی دارد. در هیچ‌یک از ایقاعات خواه آنکه ایقاع طرف معینی نداشته باشد مانند اعراض از مالکیت و یا طرف معینی داشته باشد مانند ابراء، فسخ، اسقاط حق فسخ و امثال آنها، قانون حضور طرف را برای تحقق ایقاع و همچنین حضور شهود را برای استماع آن لازم ندانسته است. بنابراین وجود کاشف در ایقاع زائده میباشد و ارادهٔ حقیقی برای ایجاد آن کافی است مگر آنکه قانون در مورد خاص تصریح به لزوم کاشف نموده باشد، چنانکه قانون مدنی در مادهٔ «۱۱۳۴» میگوید

«طلاق باید بصیغهٔ طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع شود». فسخ عقد احتیاج بکاشف ندارد و مادهٔ «۴۴۹» قانون مدنی که میگوید: «فسخ بهر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل میشود». بر خلاف آن نمیباشد، زیرا عقد بین طرفین منعقد میشود و تا طرف از فسخ آگاه نشود و آثار انحلال عقد را بر آن مترتب نمی‌سازد بنابراین مادهٔ مزبور کاشفی را که در مقام اعلام فسخ بکار میرود بیان نموده و منظورش آن نیست که وجود کاشف شرط صحت فسخ میباشد، و بدین جهت است که هرگاه ولی با مولی علیه خود معاملهٔ بنماید و در آن حق فسخ برای خود یا مولی علیه قرار دهد و یا بیکی از جهات قانونی خیار فسخ پیدا شود، اعمال حق فسخ به هیچ کاشفی احتیاج نخواهد داشت.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۸۶

برای صحت عقد کافی نیست که ارادهٔ انشائی و آنچه اعلام میگردد، مطابقت با ارادهٔ حقیقی و قصد انشاء داشته باشد، بلکه باید آنچه در خارج در اثر عقد حاصل میشود نیز منطبق با ارادهٔ حقیقی باشد و الا عقد باطل است. چنانکه هرگاه کسی شمعدانی را بعنوان آنکه طلا میباشد بخرد و بعد معلوم شود مس است و آب طلا داده شده عقد مزبور باطل است، زیرا مشتری در معاملهٔ خود قصد خرید طلا نموده و در خارج مس مورد عقد قرار گرفته است و آن غیر از چیزی است که مورد قصد انشاء بوده (ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد) این است که مادهٔ «۳۵۳» میگوید: «هرگاه چیز معینی بعنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت بآن بعض باطل است و نسبت بما بقی مشتری حق فسخ دارد.»

فرقی ندارد، تصور غلطی که مبنای قصد انشاء قرار گرفته و طبق آن اعلام قصد شده است، و در نتیجهٔ اعلام بایع باشد و یا شخص ثالثی آن را موجب شده و یا خود مشتری اشتباه نموده است. منظور ماده از کلمهٔ (بعنوان جنس خاص)، قرار دادن آن بصورت شرط ضمن عقد نیست، زیرا چنانکه در شرائط ضمن عقد بیان میگردد، شرط در عقد جنبهٔ فرعی دارد و تخلف از آن ایجاد حق فسخ برای مشروط له مینماید، بلکه مقصود از جنس خاص ماهیت تکوینی مورد عقد میباشد که جنبهٔ استقلالی را دارد و موضوع ارادهٔ حقیقی معامل قرار گرفته است.

دائرهٔ قاعدهٔ مزبور را نمیتوان باوصاف فرعی مورد عقد که جنبهٔ عرضی و ثانوی دارند سرایت داد، زیرا اوصاف مزبور مستقلا مورد قصد انشاء قرار نمیگیرد تا عدم مطابقت پیش آید و موجب بطلان معامله شود. بنابراین هرگاه کسی قالیچه را بقصد آنکه متعلق بزمان صفویه است بخرد و معلوم شود جدیداً در کرمان بافته‌اند و تقلید از نقش صفوی نموده‌اند، عقد صحیح میباشد و در صورتی که مغبون است میتواند از حق فسخ خود استفاده بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۱۸۷

۳- توافق قصد طرفین معامله

اشاره

از جملهٔ (تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد) مذکور در مادهٔ «۱۸۳» قانون مدنی معلوم میشود که طرفین عقد باید توافق در قصد با یکدیگر داشته باشند، یعنی موضوع قصد و رضای طرفین عقد باید امر واحد باشد و الا نمیتواند بین آنان رابطهٔ حقوقی ایجاد شود.

توافق قصد طرفین عقد در دو امر است:

الف- در نوع معامله

هر یک از طرفین باید قصد انشاء معامله‌ای را کند که طرف دیگر قصد انشاء آن معامله را مینماید، مثلا چنانچه کسی پولی را بقصد قرض بـدیگری بدهـد دیگری بایـد آن را بقصـد قرض قبول نماید و هرگاه آن را بقصد هبه قبول کند، هیچ یک از دو عقد قرض و هبه منعقـد نمیشود و این است که مـادهٔ «۱۹۴» قـانون میگویـد: «الفـاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین بوسیلهٔ آن انشاء معامله مینماینـد بایـد موافق باشد بنحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشـته و الا معامله باطل است».

ب– در مورد معامله–

مورد قصـد انشـاء هر یـک از طرفین معـامله امر معینی است که طرف دیگر نسبت بآن امر قصـد انشاء میکنـد، و الاماننـد فرض قبل رابطهٔ حقوقی بین آن دو ایجاد نمیشود. مثلا هرگاه کسـی بمغازهٔ برود، و قیمت پیراهنی را بپرسـد و آن را بخرد بعد در موقع تسـلیم معلوم گردد که فروشنده قیمت زیر پیراهنی را گفته و آن را فروخته است، این معامله نسبت به هیچ‌یک از پیراهن و زیر پیراهنی واقع نمیشود.

این است که مـادهٔ «۲۰۰» قانون مـدنی میگویـد: «اشـتباه وقتی موجب عـدم نفوذ معامله است که مربوط بخود موضوع معامله باشـد». کلمهٔ عدم نفوذ بمعنی باطل اسـتعمال شده است بنظر میرسد اشتباه در استعمال کلمهٔ مزبور ناشی از ترجمهٔ غلط بند اول مادهٔ «۱۱۱۰» قانون مدنی فرانسه میباشد.

۴– ایجاب و قبول

اشاره

از عبارت مذکور در مادهٔ «۱۸۳» قانون مدنی (تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد) معلوم میشود برای ایجاد تعهد باید کسی که متعهد میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۸۸

و در نتیجه آن مدیون میگردد قصد خود را اعلام کند و سپس طرف دیگر که متعهد له و منتفع از تعهد است آن را قبول نماید و در اصطلاح حقوقی اعلام تعهد و یا اعلام تملیک (در عقد تملیکی) را ایجاب گویند و اعلام پذیرفتن را قبول.

مسئله‌ای که طرح میشود آن است که با اعلام ایجاب هرگاه طرف دیگر در مقام پاسخ سکوت اختیار کند، آیا آن سکوت را میتوان قبول تلقی نمود؟

در قبول ماننـد ایجاب قصـد بایـد اعلام شود و ارادهٔ حقیقی بر فرض وجود، کافی برای حصول عقـد نمیباشد، این است که سـکوت نمیتوانـد کاشف از قصـد گردد، علاوه بر آنکه هرگاه طرف تعهـد نخواهـد هیچ‌گونه پاسـخی در مقابل متعهد بدهد سـکوت اختیار میکنـد و الا- چنانچه بخواهـد تعهـد را بپـذیرد و یا آن را رد کنـد الفاظی میگویـد و یا اشاراتی مینمایـد که حاکی از قصـد او باشـد. بنابراین عدم اعلام قصد نمیتواند جانشـین اعلام قصد و ارادهٔ انشائی شود و مادهٔ «۱۹۱» قانون مدنی قصد انشاء را وقتی موجب تحقق عقد میداند که مقرون بچیزی باشد که دلالت بر قصد کند، این است که سکوت بلا اثر است.

الف– تقدم ایجاب بر قبول–

چنانکه از عبارت (تعهـد بر امری نماینـد و مورد قبول آنها باشـد) مـذکور در مادهٔ «۱۸۳» قانون مـدنی معلوم میشود برای انعقاد عقد ایجاب بایـد مقـدم بر قبول باشـد زیرا در عقـد یکی از متعاملین بر امری تعهـد مینماید و یا مالی تملیک میکند و دیگری آن را قبول

مینماید. و نمیتوان تعهد و تملیک را قبول نمود مگر آنکه تعهد یا تملیکی قبلا واقع شده باشد، و آن تعهد و تملیک ایجاب است. بیان مادهٔ مزبور طوری نیست که هرگاه بر خلاف آن عمل شود عقد محقق نگردد، لذا میتوان بر آن بود که هرگاه قبول بر ایجاب مقدم شود نیز معامله صحیح میباشد، چنانکه خریدار بگوید بفلان مبلغ فروشت را قبول دارم و مالک بگوید فروختم، و یا پسری بپدر خود بگوید هبهٔ قلم خودنویست را بمن قبول دارم، و پدر بگوید هبه کردم مادهٔ «۱۸۳» قانون مدنی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۸۹

در مقام بیان عقود متداوله است که همیشه ایجاب مقدم بر قبول میباشد و استدلال بر بطلان عقدی که قبول مقدم بر ایجاب است، ببیان آنکه قبول همیشه راجع بامری است که قبلا محقق شده باشد و چون قبل از قبول، امری موجود نبوده است، قبول بلا اثر خواهد بود، تمام نیست زیرا قبول و موافقت با امری که بعداً پیدا میشود و در صورت تصریح بآن امر ممکن میباشد و با منطق و عمل عرف و اجتماع نیز سازگار است بنابراین موردی برای دعوی بطلان باقی نمیماند.

پرسشی که ممکن است بشود آنست که هرگاه کارخانهٔ پیشنهاد فروش محصولی را بنماید، چنانکه معمول کارخانجات است که طبق تعرفهٔ پیشنهادات خود را برای تجار میفرستند، و تاجری آن را قبول نماید، آیا عقد منعقد شده و کارخانهٔ پیشنهاد دهنده ملزم است یا خیر؟ و همچنین است مغازه‌هائی که قیمت اجناس را روی آنها نصب نموده‌اند پاسخ مثبت است، مواجه با اشکال میشود که پیشنهادکننده نمیتواند قصد انشاء فروش بنماید، زیرا در حین پیشنهاد خریداری موجود نیست و با نبودن طرف معامله نمیتوان قصد انشاء کرد، اشکال مزبور وارد نیست، زیرا پیشنهاد بدو نحو میشود:

یکی بمنظور اعلام قیمت که پیشنهادکننده قصد انشاء معامله را ندارد در این صورت پیشنهادکننده ملزم بآن قیمت نخواهد بود و میتواند پس از مراجعه مشتری باو، قیمت دیگری را تعیین نماید. دیگر بمنظور اعلام فروش که پیشنهادکننده قصد انشاء معامله مینماید و هرگاه تاجر آن را قبول دارد قبولی خود را اعلام میدارد، در این مورد پیشنهادکننده ملزم خواهد بود یعنی پس از قبول تاجر، معامله منعقد شناخته میشود، و معین نبودن طرف معامله منافات با قصد انشاء ندارد چنانکه در جعاله است.

ب- توالی بین ایجاب و قبول-

برای انعقاد عقد کافی نیست ایجاب و قبول بهر نحو که اتفاق افتد اعلام شود، بلکه باید بین آن دو رعایت توالی گردد، یعنی پس از اداء ایجاب از ناحیه یک طرف باید قبولی که از ناحیه طرف دیگر اعلام میشود با زمان ایجاب چندان فاصله نداشته

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۰

باشد که عرفا آن را مربوط بایجاب بدانند، مثلا هرگاه کسی بدیگری که همیشه با هم هستند بگوید: «تعهد مینمایم و دیگری پاسخی ندهد و پس از چند روز دیگر در پاسخ او بگوید قبول دارم، عرف آن دو را مرتبط بهم نمیداند و نظر عرف ملاک امر است زیرا حقوق از امور اجتماعی است و همیشه عرف و منطق جامعه ملاک تشخیص در مسائل آن قرار میگیرد.

توالی باعتبار چیزی که بوسیلهٔ آن ایجاب و قبول اعلام میشود و مختلف میباشد چنانکه هرگاه بوسیلهٔ مکاتبه معامله بعمل آید، فاصلهٔ بین آن دو ممکن است در بعضی مواقع از چند ماه تجاوز کند، زیرا عرف فاصلهٔ مزبور را مخل بتوالی نمیداند و ربط بین آن دو را محقق میشمارد. اینگونه عقود از تاریخ قبول منعقد میشود، زیرا عقد مرکب از دو جزء ایجاب و قبول میباشد و اثر مرکب پس از پیدایش تمامی اجزاء آن خواهد بود، تصور آنکه قبول مربوط بایجاب است و امری که مورد ایجاب قرار گرفته طرف او قبول مینماید، بنابراین از زمان ایجاب عقد مؤثر خواهد بود، بر خلاف مستفاد از مادهٔ «۱۸۳» قانون مدنی میباشد.

بنابر آنچه گفته شد معلوم میشود هرگاه کسی ایجاب را اعلام نماید و قبل از آنکه طرف آن را قبول کند گفتهٔ خود را پس بگیرد، و از آن رجوع نماید، عقد منعقد نمیشود، زیرا آثار ایجاب در اثر رجوع برطرف میشود و قبولی که بعداً اعلام میگردد بدون ایجاب

است. همچنین است هرگاه ایجاب گوینده قبل از اعلام قبول از ناحیهٔ طرف فوت نماید و یا مجنون شود، زیرا بفوت و جنون آثار ایجاب مرتفع شده و قبولی که بعداً اعلام گردد پیوست بایجاب معدوم نمیشود، علاوه بر آنکه در عقد توافق قصد و رضای طرفین لازم است و توافق در این مورد حاصل نمیگردد، چه در حین اعلام قبول، موافقت و رضایتی از ایجاب گوینده موجود نیست.

ایجاب گوینده میتواند برای قبول عقد مدت بگذارد، چنانکه کارخانهٔ پیشنهادی را برای کمپانی بفرستد و متذکر شود که کمپانی میتواند تا دو ماه از تاریخ پیشنهاد،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۱

قبول خود را اعلام دارد. در این صورت کمپانی فقط میتواند در مدت دو ماه قبول نماید و پس از آن اثر ایجاب برطرف میشود لذا هرگاه پیشنهاد پس از انقضاء مدت بکمپانی برسد هیچ‌گونه اثری نخواهد داشت.

اکراه

اشاره

چنانکه گذشت یکی از شرائط اساسی برای صحت معامله، قصد طرفین و رضای آنها میباشد. رضا وقتی مؤثر خواهد بود که تحت تأثیر اکراه قرار نگرفته باشد و الا چنین رضائی طبق مادهٔ «۱۹۹» قانون مدنی موجب نفوذ معامله نیست.

اکراه عبارت از فشار مادی یا معنوی است بر شخص تا او را وادار بانجام عملی نماید.

اعمال اکراه نسبت بیکی از متعاملین آزادی او را در سنجش نفع و ضرر معامله سلب مینماید. و شخص مزبور در آن حال برای آنکه از نتایج وخیم اکراه خود را برهاند تسلیم شده و انجام معامله را اختیار میکند. تسلیم بانعقاد معامله بدین نحو، کافی برای صحت عقد نیست.

برای تحقق اکراه سه شرط لازم است:

۱- اکراه بوسیلهٔ اعمالی پیدا میشود که مؤثر در هر شخص با شعوری باشد

(مادهٔ «۲۰۲» قانون مدنی). منظور از شخص با شعور، کسی است که مبتلا بضعف اعصاب دماغی نباشد مانند ابله، زیرا عملی که در اشخاص با شعور تأثیر نمینماید، در شخص عادی معمولی موجب اکراه نمیگردد. و معاملهٔ کسی که دارای ضعف اعصاب دماغی است از نظر عدم اهلیت باطل میباشد درجهٔ شعور اشخاص باعتبار درجهٔ ترقی افکار محیطی که در آن تربیت شده‌اند فرق مینماید.

۲- اکراه در شخصی که مورد تعهد قرار گرفته تأثیر بنماید.

بنابراین هرگاه کسی که تهدید میشود بداند که تهدیدکننده نمیتواند عملی را که بوسیلهٔ آن تهدید نموده انجام دهد، یا خود قادر است بر اینکه بدون مشقت جلوگیری از عمل او نماید

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۲

و معامله را واقع نسازد، مکره شناخته نمیشود (مادهٔ «۲۰۵» قانون مدنی) بدین جهت هرگاه یکی از متعاملین مدعی عدم نفوذ معامله باستناد اکراه گردد، طرف او برای اثبات صحت معامله میتواند ثابت نماید که عمل اگر چه تهدیدآمیز بوده است و عموما در هر شخصی با شعوری مؤثر واقع میشود، ولی در متعامل با قوت روحی و تجربیات بسیاری که از محیط متشنج و پرآشوب دارد هیچ‌گونه تأثیری نکرده و در اثر اکراه معامله انجام نشده، بلکه رضایت کامل داشته است. این است که ذیل مادهٔ «۲۰۲» قانون مدنی

میگوید: «...

در مورد اعمال اکراه‌آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود، تا دادرس بتواند درجهٔ تأثیر عمل اکراه‌آمیز را در معامله‌کننده تشخیص دهد. همچنین است هرگاه تهدید بوسیلهٔ اعمالی باشد که عادتا قابل تحمل است (مفهوم مخالف قسمتی از مادهٔ «۲۰۲» قانون مدنی) چنانکه کسی برای تهدید همسایه تا او را وادار بفروش خانهٔ خود بنماید بگوید: هرگاه خانه‌ات را بمن نفروشی تمامی برفهای پشت بام خود را بر بام اطاقت میریزم یا آب بحوض و آب انبار منزلت نمیدهم، زیرا همسایه میتواند آن برفها را بروبد و از طریق دیگری آب تهیه کند.

۳– تهدید باید بوسیلهٔ امر غیر قانونی باشد،

بنابراین هرگاه کسی بوسیلهٔ اعمالی که قانون اجازه داده دیگری را وادار بانجام معامله نماید، شخص مزبور مکره شناخته نمیشود، مثلاـ چنانکه طلبکار به بدهکار خود بگوید: هرگاه وجه سند مرا نپردازی اجرائیه صادر مینمایم و خودت یا اموالت را بازداشت خواهم کرد و اگر فعلا نمیتوانی آن را بدهی خانه‌ات را در رهن من بگذار، رهن مزبور صحیح میباشد. همچنین است هرگاه کسی از نوکر خود که اموالش را دزدیده بخواهد که سند ذمه بمبلغ قیمت اموال مسروقه که از بین برده است بسپارد، و الا بدادسرا اعلام جرم خواهد نمود و در اثر آن او را بزندان خواهند انداخت و نوکر که سند ذمه بارباب خود بدهد.

از نظر تحلیلی موجب عدم نفوذ معامله مکره آنست که در اثر اعمال اکراه در یکی از متعاملین تعادل را در تشخیص نفع و ضرر از او سلب مینماید و باختیار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۳

نمیتواند معامله را منعقد سازد و هر عملی که موجب سلب اختیار از یکی از متعاملین گردد اکراه محقق میگردد، خواه نسبت بجان او باشد چنانکه تهدید بقتل و ضرب و جرح شود، یا نسبت بمال او باشد چنانکه تهدید بسرقت و یا غارت اموال گردد و یا نسبت به آبروی او باشد چنانکه تهدید شود که در دیوارهای معابر و بوسیلهٔ اوراق چاپی و کاغذهای بی‌امضاء نسبتهائی باو داده و منتشر خواهند نمود. این است که مادهٔ «۲۰۲» ق. م میگوید که: «اکراه باعمالی حاصل میشود که مؤثر در هر شخص با شعوری بوده و او را نسبت بجان یا مال یا آبروی خود تهدید کند ...». همچنین است هرگاه تهدید یکی از متعاملین نسبت بجان یا مال یا آبروی یکی از اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد باشد، زیرا چنانکه گذشت هر نوع عملی که در روحیه متعاملین تأثیر نماید و اختیار را از آنها سلب کند اکراه بشمار میرود. این ستکه مادهٔ «۲۰۴» قانون مدنی میگوید: «تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیك او از قبیل زوج و زوجه و اباء و اولاد موجب اکراه است ...». تمامی نسخ چاپی قانون مدنی که ملاحظه گردید عبارت (نفس یا جان یا ابرو) نوشته شده است ولی با توجه باستدلال بالا بنظر میرسد که عبارت اشتباه باشد و باید مانند ماده ۲۰۳ (جان، مال و آبرو) باشد و مواد مربوطه بقانون هم نیز این امر را تأیید مینماید.

از نظر قضائی ناچار باید از وحدت ملاک ماده «۲۰۲» ق. م. کمک خواسته و تهدید یکی از متعاملین را در مال یکی از اقوام نزدیك آنها نیز اکراه دانست.

وضعیت اخلاقی و روحی افراد در علاقهٔ خانوادگی فرق مینماید و نمیتوان همهٔ افراد را در این امر یکسان دانست، بدین جهت است که ذیل مادهٔ «۲۰۴» قانون مدنی تشخیص درجهٔ نزدیکی برای مؤثر بودن اکراه را در هر مورد با توجه بوضعیت اخلاقی و روحی، بسته بنظر عرف نموده است که دادرس طبق آن تصمیم اتخاذ مینماید.

اکراه لازم نیست بوسیلهٔ کسی که طرف معامله قرار میگیرد و از انجام معامله منتفع میشود بعمل آید، بلکه هرگاه بوسیلهٔ شخص خارجی غیر از طرف معامله واقع گردد نیز موجب عدم نفوذ معامله میباشد، زیرا علت معلول گشتن رضا در مورد اکراه، عدم تعادل

وضعیت روحی کسیست که تهدید نسبت باو بعمل آمده و اختیار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۴

و آزادی سنجش نفع و ضرر را از دست داده است، بنابراین فرقی نمینماید که تهدیدکننده طرف معامله باشد یا شخص ثالث اگر چه از انجام معامله هم منتفع نشود.

بیم و هراس بدون آنکه تهدید مستقیماً اعمال گردد، موجب اکراه نخواهد بود مثلا- هرگاه کدخدای قریهٔ قطعاتی از زمینهای کشاورزان را بتهدید و ایذاء خریده است و کشاورز دیگری که نسبت باو هیچگونه تهدیدی بعمل نیامده از ترس آنکه روزی مورد اذیت و آزار کدخدا قرار گیرد، زمین خود را باو بفروشد، معاملهٔ مزبور را نمیتوان بعنوان اکراه غیر نافذ دانست. این است که مادهٔ «۲۰۸» قانون مدنی میگوید:

«مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آن کس تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمیشود».

اضطرار موجب عدم نفوذ معامله نمیشود، بنابراین کسی که در نتیجهٔ اضطرار اقدام بانجام معامله نماید مکره محسوب نشده و معامله او صحیح میباشد، مثلا هرگاه کسی در اثر احتیاج بپول خانهٔ خود را بربع قیمت بفروشد و یا از ناچاری منزلی را بچند برابر اجاره نماید، آن معاملات را نمی‌توان بعنوان اکراه غیر نافذ دانست. اینست که مادهٔ «۲۰۶» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی در نتیجهٔ اضطرار اقدام بمعامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود».

فرق بین اکراه و اضطرار آن است که در اکراه تهدید از خارج بوسیلهٔ شخص بعمل می‌آید و در اضطرار معامله‌کننده در اثر وضعیت اقتصادی یا اجتماعی خود ناچار بانجام معامله میشود، اگر چه وضعیت مزبور را متعامل ایجاد نموده باشد تا معامل را وادار بانجام آن معامله نماید، چنانکه هرگاه کدخدای قریهٔ آب به بستان رعیتی ندهد و درختان میوه نیاورد. در اثر آن صاحب بستان پریشان و درمانده شده و بستان خود را بکدخدای مزبور بفروشد تا زندگی خود را بگذارند.

الزام بوسیلهٔ مقامات صالحهٔ قانونی اکراه محسوب نمی‌شود، چنانکه هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۵

اجرائیهٔ بر انتقال ملک از دادگاه صادر شود و یا جریان عملیات اجرائی ثبت منجر بانتقال مالی بدیگری گردد، انتقالی که شخص مزبور میدهد صحیح و نافذ میباشد. این است که مادهٔ «۲۰۷» قانون مدنی میگوید: «ملزم شدن شخص بانشاء معامله بحکم مقامات صالحهٔ قانونی اکراه محسوب نمیشود».

معاملهٔ که در اثر اکراه واقع میشود غیر نافذ است و مکره میتواند پس از رفع اکراه بوسیلهٔ امضاء آن را تنفیذ نماید (مادهٔ «۲۰۹» قانون مدنی). در این صورت تأثیر معامله از زمان عقد خواهد بود، زیرا عقد بوسیلهٔ قصد طرفین و رضای آنها محقق میشود و در معامله مکره قصد موجود میباشد ولی رضای معتدل را ندارد و رضا لازم نیست مقارن با عقد باشد بلکه میتواند نیز مؤخر از آن قرار گیرد، چنانکه در معاملهٔ فضولی است. در صورتی که رضا مؤخر از قصد انشاء قرار گیرد مانند آنست که مقارن با قصد بوده، چه کسی که رضایت بر امری که گذشته است میدهد موافقت خود را با وقوع آن امر که قبلا- پیدایش یافته اعلام میدارد. امضاء معامله باید صریح باشد و ممکن است بهر لفظ و فعلی که دلالت بر رضا نماید بعمل آید. لازم نیست امضاء معامله پس از رفع اکراه فوری باشد. امضاء معامله پس از رفع اکراه وقتی موجب تنفیذ است که مکره معامله را رد ننموده باشد و الا اثری نخواهد داشت، زیرا پس از رد، آثار عقد زایل میشود و رضاء بعقدی که معدوم شده بلا اثر خواهد بود.

هرگاه قبل از رد یا امضاء معامله، مکره فوت نماید وارث میتواند آن را امضاء نماید و قائم مقام مورث خواهد بود، چنانکه در مورد معامله فضولی است (مادهٔ «۲۵۳» قانون مدنی) زیرا از نظر تحلیلی معاملهٔ مکره مانند معاملهٔ فضولی میباشد. این امر در مورد عقد تملیکی است، زیرا مال مورد عقد مکره در اثر ارث بوارث منتقل میشود و او میتواند عقد را اجازه دهد، ولی در مورد عقد عهدی

که کسی بطور اکراه تعهد بضرر خود نموده است چنانچه فوت کند چیزی بوارث او منتقل نمیشود تا وارث بتواند آن را امضاء بنماید، لذا بفوت مکره عقد عهدی باطل میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۶

آنچه گفته شد در صورتیست که اکراه بدرجهٔ نباشد که قدرت بر قصد انشاء (ارادهٔ حقیقی) را از مکره سلب کند و الا هرگاه اکراه چندان شدید باشد که مکره نتواند قصد انشاء بنماید معاملهٔ او مانند معاملهٔ خواب و بیهوش باطل خواهد بود، چنانکه کسی را شکنجه دهند تا قبول خود را نسبت بمعامله اعلام دارد و شخص مزبور در زیر شکنجه لفظ (قبول دارم) را بدون توجه بمدلول آن ادا نماید. در این مثال گوینده فقط قصد ادای لفظ را داشته است و قصد ایجاد مدلول آن را که قصد انشاء و ارادهٔ حقیقی است ندارد.

بعض مسائل مربوط بقصد و رضا

اشاره

برای توضیح امر بعض فروعی که در مورد قصد و رضا پیش می‌آید و حکم هر یک از آنها ذیلا بیان میگردد:

اول- ارادهٔ انشائی طرفین عقد با یکدیگر توافق دارد و با ارادهٔ حقیقی آنها مطابقت مینماید

و همچنین نتیجهٔ که از عقد حاصل میشود با داعی که طرفین را وادار بانجام عقد نموده موافق است، عقد مزبور صحیح میباشد، مثلا کسی که کتاب قانون مدنی او گم شده بوده کتاب دیگری برای خود میخرد.

دوم- یکی از طرفین معامله فاقد قصد است،

چنانکه کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب کلماتی که مفهوم آن انجام معامله باشد ادا نماید، آن معامله بواسطهٔ فقدان قصد (ارادهٔ حقیقی) باطل میباشد (مادهٔ «۱۹۵» قانون مدنی).

سوم- یکی از طرفین معامله رضایت کامل بانجام معامله ندارد،

چنانکه تحت تأثیر اکراه قرار گیرد. معاملهٔ مزبور نافذ نیست و پس از رفع اکراه میتواند آن را امضاء کند، در این صورت معامله صحیح میگردد و هرگاه آن را رد نماید باطل خواهد بود.

چهارم- توافق در اراده طرفین عقد موجود نیست

و آن بر دو قسم است:

الف- عدم توافق در نوع عقد، چنانکه یکی از طرفین معامله، پولی را بقصد قرض بدیگری داده و دیگری آن را بقصد آنکه باو هبه شده اخذ نموده است. در اثر

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۷

عدم توافق اراده متعاملین، عقد محقق نمیشود.

ب- عدم توافق در مورد عقد، چنانکه کسی بمغازهٔ کتابفروشی مراجعه مینماید و کتاب میخرد و فروشنده بتصور آنکه خریدار

دوات خواسته آن را میفروشد، عقد مزبور نیز مانند مورد قبول در اثر عدم توافق اراده متعاملین منعقد نمیگردد. همچنین است هر گاه در مقدار مورد معامله اشتباه شود چنانکه کسی برای خرید مال التجاره بکار خانه مراجعه مینماید و کارخانه قیمت آن را به پنجاه هزار ریال میگوید، شخص مزبور بتصور آنکه پنج‌هزار ریال گفته آن را خریداری مینماید، سپس معلوم میشود که در اشتباه بوده، معامله مزبور از نظر عدم توافق باطل است.

پنجم– اشتباه در شخص طرف معامله شده است

و آن دو نوع میباشد:

الف– شخصیت طرف علت عهدهٔ عقد میباشد و آن در صورتیست که شخصیت طرف معامله موجب انعقاد عقد گردیده و الا هر گاه میدانست که طرف معامله دارای شخصیت مزبور نیست آن معامله را واقع نمیساخت، چنانکه کسی مالی بدیگری هبه مینماید بتصور آنکه متهب پسر او است و بعد معلوم میشود که پسر برادر او میباشد.

در فرض مزبور شخصیت متهب علت منحصر هبه است و در حقیقت واهب قصد داشته که مال را به پسر خود هبه نماید و چنانکه میدانست که طرف پسر او نیست مال خود را باو هبه نمینمود. آنچه در اثر عقد در خارج بوجود آمده بر خلاف چیزیست که واهب قصد آن را نموده است، لذا عقد مزبور از نظر عدم مطابقت نتیجهٔ حاصل از آن، با قصد یکی از طرفین (واهب) باطل است. مثال دیگر: کسی بنام حسین در نتیجهٔ اقدامات اجرائی بوسیلهٔ ادارهٔ ثبت بازداشت میشود، خبر بدیگری میرسد که پسرت حسین را در مقابل برگ لازم الاجراء بازداشت نموده‌اند. شخص مزبور هراسان طلبکار را میخواهد و ضامن حسین میشود پس از عقد معلوم میگردد حسین بازداشت شده پسر ضامن نمیباشد، بلکه حسین دیگری است. چنانچه ضامن میدانست کسی که بازداشت شده پسر او نمیباشد ضامن دین او را بذمه نمیگرفت.

در مثال اخیر اگر چه مضمون عنه (حسین) طرف معامله نمیباشد ولی چون ضامن دین پسر خود را بذمه میگیرد نه حسین مدیون را، آنچه در خارج است منطبق با ارادهٔ حقیقی ضامن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۸

نمیباشد، لذا عقد ضمان باطل خواهد بود.

ب– شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد نمیباشد. چنانکه کسی بتاجری مراجعه مینماید و میخواهد مالی را از او نسیه بخرد، تاجر بتصور آنکه مراجعه‌کننده فلان شخص معروف است که اعتبار او محرز میباشد مال را نسیه میفروشد. بعد از معامله معلوم میشود که خریدار بی‌اعتبار میباشد و آن شخص معروف نیست که قبلا تصور مینموده، معامله مزبور صحیح است، زیرا شخصیت مشتری علت عمدهٔ عقد نبوده، بلکه مقصود تاجر فروش کالای خود است بهر کس که خریدار باشد و اشتباه تاجر در سبب نسیه دادن باو بوده و آن خارج از عقد است و موجب بطلان نمیشود.

در حقوق رم اشتباه در شخصیت طرف معامله مطلقا، خواه علت عمده عقد باشد و خواه علت عمده عقد نباشد موجب بطلان عقد میگردد.

مادهٔ «۲۰۱» قانون مدنی میگوید: «اشتباه در شخص طرف بصحت معامله خللی وارد نمیآورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد». از مفهوم مادهٔ مزبور معلوم میشود که هر گاه شخصیت طرف علت عمدهٔ معامله باشد بصحت معامله خلل وارد می‌آورد و آن را باطل مینماید.

ششم– اشتباه در علت عقد است،

چنانکه فروشنده خریدار را دلال فرض نموده و در عقد برای او حق دلالی معین کرده است، پس از معامله معلوم شود که خریدار دلال نیست و برای خود معامله نموده است، قرارداد حق دلالی باطل خواهد بود، زیرا اجرت در مقابل عمل دلالی است و در انجام معامله وساطت و دلالی نبوده تا عملی انجام شود. در فرض مزبور موجب برقراری حق دلالی برای خریدار، اشتباه فروشنده بوده است.

هفتم– اشتباه در ماهیت مورد معامله است.

برای ماهیت مورد معامله، دو تفسیر مختلف شده است:

الف– مادهٔ که مورد معامله از آن است، چنانکه کسی شمعدانی را بقصد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۱۹۹

آنکه نقره است میخرد پس از معامله معلوم میشود از مس ساخته شده و آب نقره داده‌اند.

ب– معنی وسیعتری را در نظر میگیرند و آن ماده و تمامی صفات مختلفه مورد معامله است. بنابراین تفسیر، اشتباه در وصفی از اوصاف مورد معامله، اشتباه در ماهیت آن میباشد، چنانکه کسی قالی را بقصد آنکه کرمانی است میخرد بعد معلوم میشود کاشی و بطرح کرمان بافته شده است.

بنظر میرسد که هرگاه مادهٔ که مورد معامله از آنست، علت عمده و منحصر در انعقاد معامله باشد باین معنی که اگر مورد معامله از آن ماده نمیبود معامله واقع نمیشد و پس از معامله کشف شود که از آن ماده نیست، آن معامله باطل میباشد، زیرا ماهیتی که موضوع قصد انشاء قرار گرفته با مورد معامله در خارج مطابقت نمی‌نماید (ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد). این است که مادهٔ «۳۵۳» قانون مدنی میگوید:

«هرگاه چیز معین بعنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت بآن بعض باطل است و نسبت بما بقی مشتری حق فسخ دارد». ولی هرگاه مادهٔ مزبور جنبهٔ فرعی داشته و علت عمده و منحصر معامله قرار نگیرد، چنانکه کسی یک دست صندلی میخرد بتصور آنکه از چوب گردو است و پس از خرید معلوم میشود که از چوب جنگلی است، آن عقد صحیح میباشد، زیرا موضوع قصد انشاء صندلی است و در خارج هم صندلی مورد معامله میباشد نه چوب گردو.

اما اشتباه نسبت بوصفی از اوصاف مورد معامله، اگر چه وصف مزبور علت منحصر در انعقاد معامله باشد، نمی‌تواند موجب بطلان معامله بشود، زیرا وصف نمیتواند مستقلا موضوع قصد انشاء قرار گیرد، چنانکه کسی قالیچه‌ای را بتصور آنکه بافت زمان صفویه است خریداری کند و پس از معامله معلوم شود که قالی بافت جدید و از سبک صفویه تقلید شده است. عقد مزبور صحیح میباشد و نسبت بطرفین لازم الاتباع است و حق فسخ هم از این جهت برای خریدار موجود نمیشود، زیرا شخص مزبور قصد خرید قالی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۰۰

داشته است نه وصف عتیقه بودن آن، اگر چه تصور وصف خاص داعی بر انجام معامله شده است.

ولی هرگاه وصف متصور مورد شرط در ضمن عقد قرار گیرد، تخلف از آن حق فسخ بمشروط له میدهد، چنانکه در شرط صفت ملاحظه خواهد گردید.

هشتم– در صورتی که ارادهٔ انشائی طرفین با ارادهٔ حقیقی مطابقت نماید

و همچنین با آنچه در خارج است نیز تطبیق کند ولی نتیجهٔ که منظور بوده و داعی که سبب پیدایش عقد شده حاصل نگردد،

چنانکه کسی پرنـدهٔ را از هوا بگیرد در اطاق بگزارد و خود ببازار برود تا برای او قفس بخرد، پس از خریـد قفس و مراجعت بمنزل معلوم شود که هنوز چند قدمی از منزل نگذشته بوده که پرنده میمیرد. عقد مزبور صحیح میباشد زیرا داعی که قبل از عقد حاصل شده نمیتواند در عقدی که مؤخر واقع میشود تأثیر نماید، علاوه بر آنکه داعی یکی از طرفین عقد که طرف دیگر هیچ‌گونه اطلاعی نوعاً از آن ندارد، نمیتواند در عقد تأثیر و آن را باطل بنماید.

نهم- آنچه از عقد فهمیده میشود مورد قصد انشاء نمیباشد:

الف- آنچه از عقـد فهمیـده میشود منطبق بـا ارادهٔ حقیقی و انشـائی نیست. چنـانکه ایجـابی را که یکی از طرفین گفته طرف، او امر دیگری فهمیـده و آن را، قبول نموده است. مثلا طرف معامله بوسیله قبول خود تصور کند خانه میخرد، بعد معلوم میشود که خانه را مالک اجاره داده و او اجاره را قبول نموده است، یا زنی سـندی را امضا کند بتصور آنکه وکالت‌نامه است و بوسیلهٔ آن بشوهر خود وکالت در ادارهٔ امور دارائی خود میدهـد و بعـد معلوم شود آنها را هبه کرده است، یا تلگرافی را که یکی از طرفین بدیگری مخابره نموده و بوسیلهٔ آن قرارداد بسته شده، اشتباه خوانده شده و مخابره گردیده و معاملهٔ دیگری را میرسانده است.

ب- ارادهٔ انشـائی در الفـاظ موجود است، ولی چون متکلم معـانی آنها را نمیدانـد بتصور آنکه معانی دیگری دارد آنها را ادا نموده است، چنانکه مفاد سندی که متعاملین امضاء نموده‌اند بر خلاف آن چیزی است که آنها از عبارات سند فهمیده و به

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۰۱

اعتبار آن امضا کرده‌اند و مفاد سـند اصـلا مقصود طرفین نبوده است. این امر در اسـنادی که بوسیلهٔ دفتر خانه‌ها تنظیم میگردد بسیار دیده میشود، زیرا طرفین منظور خود را بسر دفتر میگویند و او آن را بقالب عبارات در می‌آورد و سند را تنظیم مینماید.

ج- در صـورتی که ارادهٔ انشـائی در الفـاظ موجـود است، ولی ارادهٔ حقیقی منطبق بـا آن نمی‌باشـد چنـانکه ارادهٔ حقیقی غیر جـدی باشـد، مثلا کسـی بدیگری بطور اسـتهزاء میگوید: خانه‌ام را فروختم بیک هزار ریال، دیگری قبول مینماید و یا الفاظ معاملات بطور مثال زده شود و دیگری آن را قبول کند.

در فروض سه‌گانهٔ بالا متضـرر میتواند در دادگاه بوسیلهٔ ادله یا قرائن وضعیت معامله را ثابت نماید و خواستار اعلام بطلان آن شود، زیرا آنچه از معامله فهمیده میشود مورد قصد انشاء نبوده است و اگر گفته شود که آنچه فهمیده میشود واقع شده است، گفته خواهد شد پس آنچه قصد شده واقع نشده است.

د- طرفین عقد با توجه بمعانی الفاظ و داشتن ارادهٔ انشائی دارای ارادهٔ حقیقی نبوده‌اند و آن بر سه قسم است:

۱- تبانی برای اغوا نمودن شـخص ثالث- چنانکه کسـی ملکی را بدیگری صوری اجاره دهد و مبلغ زیادی مال الاجاره معین بنماید برای آنکه آن اجاره ملاک قیمت ملک قرار گیرد و بتواند آن را بر همان مبنا بفروشد.

۲- پنهان نمودن عقـدی که حقیقتا متعاملین در نظر دارنـد منعقـد سازنـد، چنانکه کسـی میخواهد ملکی را به پسر خود ببخشد ولی برای آنکه پسران دیگرش ندانند آن ملک را در ظاهر میفروشد و بوصول ثمن اقرار میکند.

در دو قسم بالا چون در عقـد قصـد انشاء یعنی ارادهٔ حقیقی موجود نمیباشد و الفاظ پوک و بی‌مغز ادا میشود، آن عقد باطل میباشد. بطلان فرض اخیر در صورتیست که در عقد قصد انشاء بیع نشده باشد، زیرا فرض آنست عقد هبه که مورد نظر آنان بوده واقع نشده و عقد بیع هم صوری بوده و قصد انشاء آن را نداشته‌اند، ولی هرگاه پدر حقیقتاً

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۰۲

آن ملک را به پسر خود بفروشد و ذمه‌اش را از ثمن ساقط کند و در ظاهر اقرار بوصول ثمن نماید عقد مزبور صحیح است.

۳- طرفین عقـد برای آنکه منظور خود را که بر خلاف قانون میباشد تأمین نمایند، بامر دیگری غیر از آنچه در حقیقت است متوسل

می‌شونـد. چنانکه کسـی برای آنکه پول قرض بدهد و بیش از ربح قانونی دریافت دارد و وثیقه هم داشـته باشد معاملهٔ صوری بدین نحو انجام میدهد که از دیگری ملکی انتقال میگیرد و در مقابل مبلغی بنام ثمن معامله باو می‌پردازد و منتقل الیه در ضـمن عقد ناقل را وکیل مینمایـد که هر زمان طلب او را بدهـد بتوانـد معامله را فسخ کند، و منتقل الیه ربح منظور را بصورت معاملهٔ صوری دیگری که اجاره ملک بناقل باشـد دریافت میدارد. معاملهٔ مزبور که شـرح آن در بیع شـرط خواهد آمد، چنانچه قانون ثبت اسـناد و املاک بوسیلهٔ مواد «۳۳ و ۳۴» آن را معاملهٔ خاص نمیشـناخت و اثر مخصوص بآن نمیداد، باطل میبود، زیرا آنچه قصد طرفین معامله اسـت غیر از آن چیزیست که در ظـاهر واقع ساختهانـد. ولی پس از تصویب قـانون ثبت که احکـام معاملات با حق استرداد را بیان نموده، متعـاملین بـا توجه باحکـام مزبور معـامله را واقع میسازنـد، و ارادهٔ حقیقی متعـاملین بـا ارادهٔ انشـائی آنها و آنچه در خارج واقع شـده مطابقت مینماید و چنین معامله صـحیح میباشد اگر چه اکنون اصـطلاحات حقوقی که در اسناد تنظیمی اینگونه معاملات بکار میرود همان اصـطلاحات سابق و مربوط به بیع خیاری و شرطی است، و این امر موجب بطلان معامله با حق استرداد نمیگردد، زیرا متعاملین از اصطلاحات مزبور معانی دیگری را که معامله با حق استرداد باشد اراده میکنند.

دهم- حیلهٔ قانونی.

طرفین معـامله برای آنکه منظـور خـود را که مورد منع قـانون قرار گرفته تـأمین نماینـد آن را بصورت عقـدی که مجـاز است انجـام میدهند و آن بر دو قسم است:

الف- متعاملین قصد ایجاد معاملهٔ ممنوع را دارند ولی بصورت عقد دیگری

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۰۳

واقع میسازنـد، چنـانکه هرگاه قرض دهنـده بخواهـد بیش از نرخ ربـح قانونی دریافت دارد با قرض گیرنـده توافق می‌نماینـد و آن را بصورت صـلح محاباتی یا دین در می‌آورنـد، عقـد مزبور باطل میباشـد زیرا فرض آن است که متعاملین قصـد انعقاد صـلح محاباتی ندارند و دین هم بدون سبب محقق نمیشود، بنابراین متعاملین در عقدی که واقع ساخته‌اند، قصد انشاء نداشته‌اند.

ب- امر غیر قانونی، داعی بر ایجاد عقـد میشود، مثلا کسـی میخواهـد پسـر خود را مالک تمامی دارائی پس از مرگ خود بنمایـد و بقیه ورثه را از ارث محروم کنـد، ولی چون وصـیت به بیش از ثلث را قانون نافـذ نمیدانـد، پدر تمامی دارائی خود را به پسـر صلح مینمایـد و منافع آن را برای خود نگه میدارد، و حق فسخ برای خود در مدت نود سال قرار میدهد که فقط شـخص او بتواند آن را بر هم زند.

در عقـد مزبور چون طرفین دارای ارادهٔ حقیقی و ارادهٔ انشائی بوده‌اند و آنچه در خارج محقق شده منطبق با ارادهٔ حقیقی آنها اسـت عقد صحیح میباشد و غیر مشروع بودن داعی متعاملین چنانکه در مشروعیت جهت معامله بیان میگردد تأثیر در عقد نمی‌نماید.

مبحث دوم در اهلیت طرفین معامله

اشاره

برای آنکه معامله صحیح واقع شود طبق مادهٔ «۲۱۰» قانون مدنی متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند.

اهلیـت بر دو قسم است: اهلیت تمتـع- اهلیت استیفـاء ۱- اهلیت تمتع و آن قـابلیت شـخص است بر آنکه بتوانـد دارای حقوق مـدنی گردد، یعنی بتوانـد دارای حق و تکلیف شود. طبق قسـمت اول مادهٔ «۹۵۸» قانون مـدنی «هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود ...» و مادهٔ «۹۵۶» قانون مدنی میگوید

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۰۴

«اهلیت برای دارا بودن حقوق بازنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام میشود». برای آنکه تصور نرود که حمل از حقوق مدنی محروم میباشد مادهٔ «۹۵۷» قانون مدنی میگوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود».
۲- اهلیت استیفاء یا قدرت اعمال حق، و آن قابلیت شخص است برای آنکه بتواند حق خود را استیفاء و اعمال نماید، چنانکه بتواند در اموال و حقوق خود تصرف نماید و یکی از معاملات و عقود را منعقد سازد.
برای آنکه انسان بتواند حق خود را استیفاء بنماید داشتن حق تمتع، کافی نمیباشد، این است که قانون مدنی در قسمت اخیر مادهٔ «۹۵۸» قانون مدنی میگوید: «... هیچ‌کس نمیتواند حقوق خود را اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد».
یکی از انواع مهمهٔ اعمال حق، معامله کردن است یعنی شخص بتواند مال خود را بدیگری واگذار نماید و یا تعهد بر امری کند و یا قبول انتقال و تعهد نماید، این است که مادهٔ «۲۱۰» مذکور در بالا میگوید: «متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند» برای آنکه متعاملین اهل محسوب شوند طبق مادهٔ «۲۱۱» قانون مدنی آنها باید بالغ، عاقل و رشید باشند. قانون مدنی باین اختصار اکتفا نکرده و در کتاب دهم در مادهٔ «۱۲۰۷» میگوید:

«اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند ۱- صغار ۲- اشخاص غیر رشید ۳- مجانین».

۱- صغار

منظور ماده از کلمهٔ صغار اشخاص غیر بالغ میباشند. قانون مدنی صغیر و غیر بالغ را تعریف ننموده است، ولی چنانکه از مادهٔ «۱۲۰۹ و ۱۲۱۰» آن فهمیده میشود، صغیر بکسی گفته میشود که بسن هیجده سال تمام شمسی نرسیده باشد.
سن بلوغ مدنی در زن و مرد یکسان است.
صغیر بر دو قسم است: صغیر ممیز و صغیر غیر ممیز.
صغیر ممیز کسی است که بتواند نفع و ضرر خود را تشخیص دهد و صغیر غیر ممیز
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۰۵
کسیست که این استعداد را نداشته باشد، یعنی نتواند بین نفع و ضرر خود از یکدیگر فرق گذارد. اعمال صغیر خواه ممیز باشد و خواه غیر ممیز تا حدی که مربوط باموال و حقوق مالی او میباشد باطل و بلا- اثر است، این است که قانون مدنی در مادهٔ «۲۱۲» گفته: معاملهٔ غیر بالغ باطل است ولی استثناء از نظر آنکه هیچ‌گونه ضرری از تملک بلا عوض متوجه صغیر نمیشود، قانون مدنی اجازه داده که صغیر ممیز تملک بلا- عوض بنماید، مثل قبول صلح بلاعوض و قبول هبه و همچنین میتواند حیازت مباحات کند (مادهٔ «۱۲۱۲» قانون مدنی).
بلوغ کلمه ایست عربی و در لغت رسیدن را گویند، ولی در اصطلاح فقهای اسلام عبارت است از رسیدن ذکور یا اناث به سنی که تمایل جنسی پیدا نماید. در این سن معمولا قوای عاقله هم قوی میشود این اولین مرحلهٔ کمال انسانیت است. بلوغ امری است طبیعی و محتاج به تشریع نمیباشد. در کتاب و سنت بلوغ باین معنی آمده است، چنانکه در سورهٔ نساء آیهٔ ۵ فرموده: وَ ابْتَلُوا الْیَتامی حَتّی إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوالَهُمْ.

۲- غیر رشید

کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلائی نباشد، یعنی عقل معاش نداشته و هرگاه ادارهٔ دارائیش باو واگذار شود در اموال خود تعدی و تفریط و اسراف مینماید. قانون مدنی در مادهٔ «۱۲۰۹» هر کس را که بسن هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید دانسته مگر آنکه دادگاه پس از پانزده سال تمام، رشد او را اعلام دارد که در این صورت مانند کسی است که

هیجده سال تمام دارد و از تحت قیمومت یا ولایت خارج میشود.

بنابراین کسی که هیجده سال شمسی را تمام نمود بالغ و رشید شناخته شده و بدون هیچ‌گونه رسیدگی از طرف دادگاه بخودی خود از تحت ولایت یا قیمومت خارج میشود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او در دادگاه ثابت شود. این است که مادهٔ «۱۲۱۰» قانون مدنی میگوید: «هیچ‌کس را نمیتوان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام بعنوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۰۶

جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

قانون برای حمایت غیر رشید معاملات و تصرفات او را در اموال و حقوق مالی نافذ ندانسته است. مادهٔ «۲۱۳» قانون مدنی میگوید: «معاملهٔ محجورین نافذ نیست» منظور از محجورین در مادهٔ مزبور غیر رشید است، زیرا با عقلائی نبودن تصرفاتش قصد و رضای او کافی برای انجام معامله نخواهد بود و اجازهٔ ولی یا قیم میتواند نقص آن را رفع نماید و معامله را تنفیذ کند و هرگاه اجازه ندهد طبق مادهٔ «۲۱۲» ق. م که میگوید: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطهٔ عدم اهلیت باطل است» آثار انشائی آن معامله مرتفع خواهد گشت.

اجازهٔ ولی یا قیم ممکن است بصورت اذن قبل از معامله باشد، چنانکه بغیر رشید اذن دهد تا فلان معامله را انجام کند، و ممکن است بعد از معامله باشد، چنانکه معاملهٔ بوسیلهٔ غیر رشید واقع شود و ولی یا قیم پس از اطلاع آن را اجازه دهند.

استثنائاً بغیر رشید مانند صغیر ممیز اجازه داده شده که تملکات بلاعوض از هر- قبیل باشد، مانند هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات، بنماید و در این امر احتیاجی باجازهٔ ولی یا قیم نخواهد داشت، زیرا غیر رشید در اینگونه اعمال از توجه ضرر مصون خواهد بود.

۳- مجانین

مجنون کسی است که تعادل عقلی خود را از دست داده باشد.

مجنون را مادهٔ «۱۲۱۳» قانون مدنی دو دسته نموده است: مجنون دائمی- مجنون ادواری

مجنون دائمی کسی است که همهٔ اوقات دچار اختلال اعصاب دماغی و نقص عقل میباشد.

مجنون ادواری کسی است که در بعضی اوقات اختلال اعصاب دماغی حکومت عقل را از او سلب مینماید، و در بعضی اوقات دیگر حالت عادی دارد و عقلش حکومت میکند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۰۷

طبق مادهٔ «۱۲۱۳» ق. م: «مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی‌تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید ...» و لو آنکه ولی یا قیم بتواند نقص آن را رفع نماید و معامله او را تنفیذ کند. این است که مادهٔ «۲۱۲» قانون مدنی میگوید: معاملهٔ غیر عاقل باطل است. تصرفات مجنون ادواری در زمان افاقه چون دارای عقل سالم است صحیح میباشد. در صورتی که در دادگاه ثابت شود که یکی از متعاملین مبتلا بجنون ادواری بوده آن عقد باطل شناخته نمیشود، مگر کسی که از بطلان معامله منتفع میشود ثابت نماید که معاملهٔ مزبور در زمان جنون واقع شده است، زیرا ممکن است عقد مزبور در زمان افاقه منعقد شده باشد و طبق مادهٔ «۲۲۳» ق. م: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود» بنابراین هیچ معامله‌ای را نمیتوان بعنوان جنون معامله‌کننده باطل دانست مگر آنکه حکم جنون او قبل از وقوع معامله صادر شده باشد و یا آنکه پس از معامله در دادگاه ثابت گردد که معامله‌کننده در زمان انعقاد معامله دچار جنون و اختلال حواس بوده است. مادهٔ «۷۲» قانون امور حسبی. «حکم حجر یا رفع حجر مانع نیست که اگر اهلیت یا عدم اهلیت یکی از متعاملین در دادگاهی قبل از حکم حجر و یا بعد از

رفع حجر ثابت شود، دادگاه بآنچه نزد او ثابت شده است ترتیب اثر دهد.»

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۰۸

مبحث سوم در مورد معامله

اشاره

معامله بایـد دارای موردی باشد که موضوع تعهد یا انتقال قرار گیرد، این است که مادهٔ «۱۹۰» قانون مدنی که شرائط اساسی صحت معامله را میشمارد در بند سوم، موضوع معین که مورد معامله باشد نام میبرد.

چیزی که میتواند مورد معامله قرار گیرد:

مادهٔ «۲۱۴» قانون مدنی میگوید: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را میکنند».

مورد معامله ممکن است مالی باشـد که متعهـد بتسـلیم آن تعهـد بنماید، مانند تعهد بتسـلیم کتاب معین یا خانهٔ معین. منظور از تعهد بتسـلیم مال، تعهد بانتقال مال است، (چنانکه از مادهٔ «۱۱۲۶» قانون مـدنی فرانسه که مورد پیروی قانون مدنی ایران قرار گرفته اسـت معلوم میگردد) اگر چه میتوان از ظاهر ماده دست برنـداشت و گفت منظور از تعهـد بتسـلیم مال، تعهد بدادن مال بصاحبش میباشد، چنانکه مستودع و مستعیر تعهد مینماید که مورد ودیعه و عاریه را در موعد مقرر بصاحبش رد نماید. ممکن است مورد معامله عملی باشـد که متعهد تعهد ایفاء آن را بنماید، چنانکه کسـی تعهد نماید خانهٔ طبق نقشهٔ معین برای متعهد له بسازد و یا ترک عملی باشـد که متعهـد خودداری از انجام آن را تعهـد نمایـد،ماننـد آنکه کارخانه در مقابل کمپانی تعهـد نماید از محصولی که برای او ساخته است دیگر نسازد یا بدیگری نفروشد.

مادهٔ مزبور مورد عقد عهدی را بیان نموده و از مورد عقد تملیکی نامی نبرده است.

مورد عقد تملیکی مال معینی است که در حین عقد موجود و مورد انتقال قرار میگیرد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۰۹

مال مزبور میتوانـد عین خارجی باشـد مانند خانه، و یا منفعت آن باشد، مثل منافع سه سالهٔ خانه (منافع بتبع عین در حین عقد موجود است) و یا حقی بر عین خارجی باشد مانند حق انتفاع و حق ارتفاق، و یا حق مالی دیگری باشد، مانند طلب چنانکه کسی از دیگری یک هزار ریال طلب دارد و آن را بشخص ثالثی انتقال میدهد.

بنـا بر آنچه گـذشت مورد عقـد عهـدی عبـارت میباشـد از: انتقـال مـال، تسـلیم مـال بصاحبش، انجام عمل، ترک عمل و مورد عقد تملیکی عبارت از مال معینی است که بدیگری انتقال داده میشود.

معاملات معوض دارای دو مورد است که یکی را عوض و دیگری را معوض گوینـد و هر یـک در مقابـل یکـدیگر قرار میگیرد، و معاملات غیر معوض دارای یک مورد میباشد که موضوع تعهد یا انتقال است.

چیزی میتواند مورد معامله قرار گیرد که دارای شرایط ذیل باشد:

۱- مالیت داشته باشد.

۲- متضمن منفعت عقلائی باشد.

۳- منفعت آن مشروع باشد.

۴- تسلیم آن مقدور باشد.

۵- مبهم نباشد مگر در مواردی که علم اجمالی بآن کافی است.

۶- معین باشد.

۷- در صورتی که مورد معامله مال است باید قابل انتقال باشد.

۸- در حین عقد موجود باشد.

۱- مالیت داشته باشد

چیزی که مورد معامله قرار میگیرد بایـد مالیت داشـته باشد، یعنی بتواند مورد دادوسـتد قرار گیرد و در بازار تجارت ارزش معاوضـه داشته باشد. در صورتی که ارزش معاوضه را فاقد باشد مانند هوا، نور خورشید و امثال اینها نمیتواند مورد معامله واقع شود. همچنین است عمل یا ترک عملی که مالیت و ارزش

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۱۰

معاوضه ندارد.

بعضـی از حقوقیین جدیـد بر آننـد که از نظر حقوقی، مـالیت مورد را بطور مطلق ملاـک صـحت معـامله قرار دادن تعبیری خشک و دشوار میباشـد، چه عمل عرف و جامعه بر آن است که از هر چه منتفع شود خواه ارزش تجاری داشته و یا نداشته باشد آن را مورد معامله قرار میدهد و در عوض آن بذل مال میکند، زیرا منطق اجتماع در دادوستد نفعی است که بشخص متعهد له یا منتقل الیه عاید میگردد اگر چه نفع آن بسیار ناچیز و یا دارای ارزش تجاری و معاوضه در بازار نباشد.

مادهٔ «۲۱۵» قانون مـدنی میگوید: «مورد معامله باید مالیت داشـته و متضـمن منفعت عقلائی مشـروع باشد» و مادهٔ «۳۴۸» قانون مدنی میگویـد: «بیع چیزی که خریـدوفروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلائی نـدارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد».

۲- متضمن منفعت عقلائی باشد

مورد معامله بایـد منفعتی داشـته باشـد که جامعه و عقلا آن را بپـذیرد و لو آنکه آن منفعت ناچیز باشـد، خواه متعهد له بتواند از آن منتفع شود و یا نتواند، چنانکه کسـی دارای اتومبیلی است که سیسـتم آن در ایران نادر میباشد و اسـبابهای یدکی آن یافت نمیشود و چـون یکی از پیچهـای آن فرسـوده گردد او بتصور آنکه میتوانـد پیـچ اتومبیـل سیسـتم دیگری را در اتومبیـل خود بکـار برد، آن را میخرد. وقـتی آزمـایش مینمایـد معلوم میشود اشـتباه کرده و از آن هیـچ منتفع نمیشود. چیزی که هیـچ‌گونه نفع مـادی یـا اخلاـقی و اجتماعی ندارد نمیتواند مورد معامله قرار گیرد، زیرا مقدار ارزش معاوضهٔ هر چیز متناسب با ارزش اسـتعمال و منافع عقلائی آن چیز میباشد.

۳- منفعت آن مشروع باشد

با توجه بعبارت مادهٔ «۳۴۸» ق. م (بیع چیزی که خریدوفروش آن قانوناً ممنوع است ... باطل است ...) باید بر آن بود که منظور

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۱۱

از کلمـهٔ مشـروح چیزیست که قانون آن را منع ننموده باشـد و این طرز بیان در زبان حقوقی خارجی متداول و معمول است. بنابراین منفعت مشروع منفعتی است که انتفاع از آن را قانون منع نکرده باشد. ارزش معاوضهٔ هر چیز بسته بارزش انتفاع از آن است و هرگاه منفعـتی که از آن چیز ممکن است برده شـود غیر مشـروع باشـد انتفـاع از آن ممنـوع و در نظر قـانون بی‌فائـده است (الممنوع شـرعاً کالممنوع عقلا)

مالی که اسـتفادهٔ از آن نسـبت به بعضی افراد ممنوع و نسبت ببعضی دیگر مجاز باشد، معاملهٔ آن اشکالی نخواهد داشت، مانند مواد

منفجره که استفادهٔ از آن برای ارتش مجاز است ولی افراد نمیتوانند آن را داشته باشند، بنابراین هر کسی میتواند با اجازهٔ دولت مواد منفجره تهیه نموده و بارتش بفروشد.

۴– تسلیم آن مقدور باشد

چیزی که مورد تعهد یا مورد انتقال قرار میگیرد باید متعهد یا ناقل بتواند آن را بمنتقل الیه یا متعهد له تسلیم نماید، و الا معامله باطل است (مادهٔ «۳۴۸» قانون مدنی). و در صورتی که بجهتی از جهات ناقل و متعهد نتواند آن را تسلیم نماید ولی متعهد له و منتقل الیه بتوانـد آن را بـدست آورد، تسلیم آن مقدور محسوب میشود، زیرا منظور قانون از قدرت داشتن متعهد بر تسلیم مال، رسیدن مال بمتعهـد له و منتقل الیه است که در این صـورت حاصـل میشـود. مثلاـ مزرعـهٔ را کدخـدای آن غصب نمـوده است و مالـک مزرعه نمیتوانـد آن را از غاصب مسترد دارد، ولی یکی از متنفـذین قراء مجاور میتوانـد آن را تصـرف کنـد، انتقال مزرعه بمتنفذ مزبور که خود قـدرت بر تسلم دارد صـحیح میباشـد و بـدیگری که نمیتوانـد آن را تسلم نماید باطل است بنابراین هر گاه مال مورد معامله را نتوان تسلیم نمود و یا عمل مورد تعهـد را نتوان انجام داد و در صورتی که مورد تعهد ترک عمل است از ترک آن نتوان خودداری کرد، آن معامله باطل میباشـد، مثلا هر گاه مورد تعهد مالی باشد که در دریا غرق شده و یا عملی باشد مانند تعلیم یک زبان خارجی بطور کامل در مدت دو ماه و یا ترک عملی باشد مانند جلوگیری از بحران اقتصادی پس از جنگ، این عقد باطل خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۱۲

طرفین معـامله در حین عقـد بایـد عـالم باشـند که متعهـد یا ناقل بر قـدرت بر تسـلیم مورد معامله را دارد، زیرا هرگاه یکی از طرفین میداند که متعهد نمیتواند مورد معامله را تسـلیم نماید و متعهد له نیز نمیتواند آن را تسلیم کند، معاملهٔ مزبور لغو و غیر عقلائی است، و اگر معامله معوض باشـد آن چیزی که در مقابل مال غیر مقـدور التسلیم داده میشود بـدون عوض خواهـد مانـد. هرگاه قـدرت بر تسلیم مال مورد معامله مورد تردید یکی از طرفین واقع شود، معامله بر آن احتمالی و تسلیم عوض در مقابلش مانند گروبندی غرری میباشد و منطق حقوقی اینگونه معاملات را صحیح نشناخته است.

قدرت بر تسـلیم مال، در موعدی که آن مال باید بطرف تسلیم گردد شرط صحت عقد است، مثلا هرگاه مالی فروخته شود که پس از دو ماه بمشتری تسـلیم گردد، قدرت بایع پس از دو ماه شرط صحت است، اگر چه بایع در زمان عقد قدرت بر تسلیم مبیع نداشته باشد. اینست که در معاملهٔ فضولی قدرت بر تسـلیم در زمانی که متعهد یا مالک آن را اجازه میدهد شرط میباشد. مادهٔ «۳۷۱» قانون مـدنی میگویـد: «در بیعی که موقوف باجازهٔ مالک است قـدرت بر تسـلیم در زمان اجازه معتبر است» نه در زمان عقد (شـرح آن در تسلیم مبیع خواهد آمد).

در صورتی که پس از معامله معلوم شود که در حین عقـد، متعهـد قـدرت بر تسـلیم مورد تعهد را نداشـته ولی متعاملین جاهل بر آن بوده‌اند طبق مادهٔ «۳۴۸» قانون مـدنی آن معامله باطل است، زیرا عبارت (چیزی که بایع قـدرت بر تسـلیم آن ندارد باطل است) ناظر بقدرت بر تسلیم در واقع و حقیقت است.

در صورتی که در حین عقـد متعهد قدرت بر تسـلیم مورد تعهد را در زمان مقرر داشـته است، ولی پس از عقد در اثر پیدایش عامل تازه انجام تعهـد ممتنع شود، هرگاه پس از موعد مقرر انجام آن ممکن باشد متعهد له میتواند صبر کند تا متعهد قدرت بر تسـلیم آن را پیدا نماید، و نمیتواند عقد را فسخ کند و مانند آن است که متعهد از انجام آن امتناع ورزد. و هرگاه قدرت بر تسـلیم برای همیشه از متعهد سلب شود، چنانکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۱۳

متعهـد نقاش مشـهوری باشـد که تعهـد بکشـیدن صورت متعهد له نموده است، و قبل از شـروع بکشـیدن کور شود طبق اطلاق ماده

«۳۴۸» ق. م. معامله باطل میباشد. همچنین است هرگاه تسلیم مورد تعهد در موعد مقرر بنحو وحدت مطلوب مورد قصد انشاء بوده است، چنانکه کسی صد ظرف بستنی برای عصر جمعه که مهمانی دارد بخواهد، عدم قدرت بستنی فروش بر تسلیم در موعد مقرر، موجب بطلان معامله خواهد بود، اگر چه پس از موعد مقرر بتواند آن را تسلیم کند.

۵- مورد معامله باید مبهم نباشد

مورد معامله باید معلوم باشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی بآن کافی است (مادهٔ «۲۱۶» قانون مدنی). مورد معامله باید نزد طرفین معلوم باشد و کافی نیست که یکی از متعاملین آن را بداند و دیگری بآن جاهل باشد، زیرا معاملهٔ مزبور غرری و معاملهٔ غرری باطل است. بعلاوه چیزی را میتوان مطالبه نمود و یا ایفاء کرد که معلوم باشد و بدون آن نمیتواند مورد حکم در دادرسی قرار گیرد. در این امر فرقی نمینماید که مورد عقد مال باشد یا عمل.
علم متعاملین بمورد معامله بوسیلهٔ بیان اوصاف از حیث کمیت و کیفیت حاصل میگردد. اموالی که بوسیلهٔ مشاهده، جهل متعاملین مرتفع میشود مشاهدهٔ آن کافی خواهد بود، زیرا مقصود معلوم شدن مورد معامله است و آن بدین وسیله حاصل میگردد.
هرگاه کسی لباسی را که مقداری از آن بافته شده است بخرد بشرط آنکه بقیه آن را مانند آنچه بافته شده است ببافد، بیع مزبور باطل است، زیرا آنچه بافته شده عین موجود است و آنچه بعداً باید ببافد در ذمهٔ بایع و مجهول است که نتیجتاً مبیع مجهول خواهد بود. بنظر میرسد که بیع مزبور صحیح باشد زیرا آنچه بر ذمه است با توجه بقسمتی که بافته شده است مبهم نمیباشد و بودن مقداری از مبیع عین خارجی و مقدار دیگر آن در ذمه موجب بطلان نمیگردد.
قاعدهٔ مزبور راجع بکلیهٔ معاملات است مگر آنکه قانون بجهتی از جهات علم اجمالی را کافی و معلوم بودن مورد معامله را لازم نداند، چنانکه در ضمان، علم ضامن
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۱۴
بمقدار و اوصاف و شرایط دینی را که ضمانت مینماید شرط نمیباشد (مادهٔ «۶۹۴» قانون مدنی) و همچنین است عمل و اجرت در عقد جعاله (مادهٔ «۵۶۳» و «۵۶۴» قانون مدنی)

۶- مورد معامله باید معین باشد

طبق شق ۳ مادهٔ «۱۹۰» قانون مدنی موضوع معامله باید معین باشد، بنابراین مورد معامله نمیتواند یکی از دو یا چند شیئی معین قرار گیرد مثلا چنانچه کسی تعهد نماید که پس از دو ماه خانه و یا باغ خود را بدیگری انتقال بدهد، و یا تعهد کند هر یک از آن دو را که متعهد له بخواهد باو انتقال خواهد داد، آن تعهد باطل میباشد. در بسیاری از قوانین ملل دیگر اینگونه تعهد اشکالی ندارد، زیرا معاملهٔ مزبور غرری که موجب اخلال آن گردد دربر نخواهد داشت.
بنظر میرسد که در قانون ایران هرگاه مورد تعهد معین باشد، ولی در ضمن عقد شرط شود که هرگاه متعهد بخواهد میتواند در عوض مورد معامله مال معین دیگری را بدهد یا متعهد له میتواند در عوض مال مورد معامله، مال معین دیگری را بخواهد، اشکالی نداشته باشد، مثلا کسی تعهد نماید که سی تن گندم سر خرمن بمتعهد له بدهد و هرگاه متعهد له خواست میتواند بجای آن یکصد هزار ریال بپردازد، زیرا تعهد نسبت بموضوع معین بعمل آمده است و در ضمن عقد شرط شده که بتواند آن را بمبلغ مزبور تسعیر نماید.

۷- مورد معامله باید قابل انتقال باشد

معاملهٔ که مقتضای آن انتقال مال است، مورد آن باید قابلیت انتقال را داشته باشد، خواه آن معامله عهدی باشد و خواه تملیکی، زیرا نتیجهٔ معاملهٔ مزبور مالک شدن منتقل الیه است، و هرگاه مورد معامله قابلیت انتقال را نداشته باشد تعهد لغو و عمل غیر عقلائی خواهد بود.
اموالی که قابلیت انتقال را ندارند عبارتند از: مشترکات عمومی و موقوفات مگر در موردی که قانون اجازهٔ فروش آنها را داده است.

۸- مورد معامله باید در حین عقد موجود باشد

شرط مزبور در عقد
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۱۵
تملیکی است که مورد معامله بوسیلهٔ عقد از یک طرف بطرف دیگر تملیک و انتقال داده میشود، زیرا فقط مال موجود میتواند مورد تملیک قرار گیرد و نمیتوان مال غیر موجود را انتقال داد و لو آنکه پیدایش آن در زمان بعد محقق باشد، مثلا هرگاه شخص اسبی را که در طویله دارد بفروشد و سپس معلوم شود که قبل از معاملهٔ آن اسب مرده بوده است، معامله باطل میباشد. مادهٔ «۳۶۱» قانون مدنی میگوید: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است». مادهٔ مزبور اگر چه در مورد بیع میباشد ولی خصوصیت بیع، بطلان آن را ایجاب نمینماید و حکم مزبور از نظر طبیعت عقد تملیکی است.
در عقد عهدی همچنانکه مالی میتواند مورد تعهد قرار گیرد که در حین عقد موجود باشد، میتواند نیز مالی قرار گیرد که پس از عقد موجود شود، مثلا کارخانهٔ اتومبیل‌سازی میتواند تعهد کند که چندین اتومبیل مدل دو سال بعد را طبق عکس و نقشه آن را ساخته تحویل دهد.

مبحث چهارم در مشروعیت جهت معامله

اشاره

چهارمین شرط اساسی صحت معامله را مادهٔ «۱۹۰» قانون مدنی مشروعیت جهت معامله شمرده است. جهت معامله عبارت از داعی است که قبل از معامله در هر یک از متعاملین پیدا میشود و سبب انجام معامله میگردد، مثلا کسی که مقروض است خانهٔ خود را میفروشد تا قرض خود را ادا نماید، جهت فروش خانه تادیه دین است جهت امری است که هر یک از متعاملین قبل از معامله تصور مینماید تا بوسیلهٔ انجام معامله بتواند آن را در خارج ایجاد نماید. جهت متعاملین را بر می انگیزد که معامله را انجام دهند، تا بتوانند بمنظور خود نائل گردند. بنابراین جهت قبل از معامله تصور میشود و پس از معامله ممکن است در خارج ایجاد گردد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۱۶
مادهٔ «۲۱۷» قانون مدنی میگوید: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الاـ معامله باطل است». منظور از کلمهٔ مشروع در مادهٔ ممنوع نبودن از طرف قانون است. بنابراین هر عملی که از طرف قانون منع نشده باشد مشروع است (مستنبط از مادهٔ «۳۴۸» قانون مدنی در مورد مبیع).
کسی که معامله مینماید لازم نیست بطرف خود بگوید داعی او بر انجام معامله چیست و برای رسیدن به چه منظوری معامله مینماید، زیرا دانستن داعی معامل بر انجام معامله، تأثیری در ماهیت معامله ندارد و متعامل نیز از آن هیچ گونه انتفاعی نمیبرد، ولی هرگاه معامل داعی خود را در عقد بیان نماید طبق مادهٔ «۲۱۷» ق. م. باید آن داعی مشروع باشد. مثلا کسی از فروشگاه یک پیت بنزین میخرد، خریدار میتواند جهت معامله و داعی خود را در خرید بفروشگاه نگوید. ولی هرگاه آن را بگوید باید مشروع باشد، چنانچه بگوید آن را برای ریختن در اتومبیل میخواهم در این صورت باین معامله صحیح است و اگر غیر مشروع باشد چنانکه بگوید آن را

میخرم تـا فلان بنگـاه را آتش بزنم آن معـامله باطـل خواهـد بود، اگر چه بعـداً بجهتی از جهـات بنگـاه را آتش نزنـد. بـالعکس در صورتی که معامل داعی نامشـروع خود را نگویـد ولی فروشـگاه آن را بدانـد و بعـداً ایجاد حریق بوسـیلهٔ بنزین خریداری بنماید آن معامله صحیح خواهد بود. این است آنچه از مادهٔ «۲۱۷» قانون مدنی فهمیده میشود.

از نظر تحلیل حقوقی بودن مشروعیت جهت معامله، یکی از شـرائط اساسی صحت بی‌اشکال نمیباشد، زیرا جهت معامله چنانکه بآن اشاره شد دارای دو مرحله است:

۱- تصور داعی- داعی بر انجـام معـامله بمـدت زمانی قبل از اقـدام بمعامله تصور میشود و موجب تحریک اعصاب دماغی در ایجاد مقـدمات آن معـامله میگردد. داعی از ارادهٔ حقیقی که عقـد بوسـیلهٔ آن محقق میشود کاملاـ جـدا است و هیـچ‌گونه رابطـهٔ با ارکان متشکلهٔ معامله ندارد، چنانکه در مثال خرید بنزین است که خریدار مدت زمانی قبل

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۱۷

از معامله تصور آتش زدن بنگاه را مینماید و راه آن را میجوید، بالاخره تصمیم میگیرد بوسیلهٔ بنزین ایجاد حریق کند در اثر آن میل بداشـتن بنزین پیدا میشود، سـپس خرید بنزین که خود یک سلسلهٔ اعمال دماغی جداگانهٔ است شروع میگردد و معامله انجام میگیرد و خریدار مالک بنزین میشود.

۲- ایجاد داعی در خارج- ایجاد داعی در خارج در مثال بالا، آتش زدن بنگاه میباشـد. این امر بوسـیلهٔ ارادهٔ جـداگانه که هیـچ‌گونه ارتباطی بارکان متشکلهٔ معامله ندارد، پس از انجام معامله بمدت زمانی در خارج ایجاد میگردد، همچنانکه ممکن است خریدار پس از خرید بنزین از تصمیم خود منصرف شود و یا در جریان عمل بموانعی مواجه گردد که نتواند آن را انجام دهد.

چنانکه از مادهٔ «۲۱۷» قانون مدنی معلوم میشود هیچ‌یک از تصور داعی و ایجاد داعی بخودی خود موجب بطلان معامله نیست، بلکه تصریح بداعی غیر مشروع موجب آن میباشد.

اکنون باید دانست آیا تصریح بداعی غیر مشروع چه تأثیری در معامله مینماید که آن را باطل میگرداند.

پاسـخی که منطق حقوقی آن را بپـذیرد بنظر نمیرسـد، زیرا امری که علم طرف معـامله بآن و همچنین شـرط قرار دادن آن در ضـمن عقد که شدیدتر از تصریح است موجب بطلان معامله نگردد (مادهٔ «۲۳۲» قانون مدنی) چگونه بیان ساده‌اش میتواند مبطل عقد شود با آنکه شرط پس از درج آن در عقد معناً جزء یکی از عوضین در می‌آید.

آنچه قابل توجه میباشد آن است که آیا چه امری موجب شده که مشـروعیت جهت معامله یکی از شـرائط اساسـی صحت معامله در قانون مدنی بشمار آمده است؟

پاسخ پرسش بالا بدانستن امور ذیل معلوم میگردد:

۱- چنانکه در مقدمه این کتاب گذشت، جلد اول قانون مدنی اختلاطی است از قانون مدنی فرانسه و حقوق شیعه (امامیه) بدین نحو که فصل‌بندی و ترتیب و مضامین مواد از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است و هر موضعی که مخالف حقوق امامیه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۱۸

بنظر آمـده تـا آنجائی که توانسـته و توجه داشـته‌اند تغییر داده و در بعضـی موارد که توجه نداشـته و یا نتوانسـته‌اند بسـکوت برگزار نموده‌اند و قسـمتهائی را نیز تماماً از حقوق امامیه اقتباس و همانگونه بیان کرده‌اند، مانند حق انتفاع، وقف، غصب، مساقات، مزارعه، مضاربه و امثال آن.

۲- از جمله قسـمتهائی که از قـانون مـدنی فرانسه اقتبـاس شـده، فصـل دوم در شـرائط اساسـی برای صـحت معامله است که تغییرات مختصـری در آن داده شـده و آن را بـا اصول حقوق امامیه تطبیق کردهانـد، ولی در ترجمه و تطبیق بعضـی از مواد اشـتباه روی داده است که از آن جمله مشـروعیت جهت معامله میباشـد. برای روشن شـدن مطلب مواد مربوطه در قانون مدنی فرانسه و همچنین آنچه

در حقوق (امامیه) راجع بجهت معامله گفته شده در ذیل بیان میگردد.

علت در حقوق مدنی فرانسه

مواد «۱۱۳۱ و ۱۱۳۲» قانون مدنی فرانسه در علت تعهد میباشد که ذیلًا ترجمه آن مواد و شرحی که برای آن نموده‌اند بیان میشود:
مادهٔ «۱۱۳۱»- تعهد بدون علت یا مبتنی بر یک علت غلط یا بر یک علت غیر مشروع، نمیتواند هیچ اثری را دارا باشد.
مادهٔ «۱۱۳۲» قرارداد معتبر است اگر چه علت آن ذکر نشده باشد.
مادهٔ «۱۱۳۳» علت غیر مشروع است زمانی که بوسیلهٔ قانون ممنوع باشد و زمانی که بر خلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد.
حقوقیین فرانسه بر آنند هر قراردادی که از توافق طرفین بوجود می‌آید دارای علت است (lacause) زیرا هر کسی تعهد مینماید و امری را بر ذمه میگیرد، بمنظور رسیدن بمقصود بلافاصله و مستقیمی است که از آن حاصل میشود و آن مقصود علت تعهد میباشد. نظریهٔ مزبور از حقوق رومی سرچشمه میگیرد. در حقوق رومی برای آنکه قراردادی معتبر شناخته شود و ایجاد تعهد نماید، باید دارای علتی باشد و آن علت هم

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۱۹

باید نامشروع و بر خلاف اخلاق حسنه نباشد.
بعضی از حقوقیین جدید بر آنند که نظریهٔ علت در حقوق مدنی امری است تصوری و در قرارداد، غیر از توافق ارادهٔ طرفین و مورد معامله، چیز دیگری نیست تا آن را علت نامند. عدهٔ دیگر از حقوقیین وجود آن را غیر از وجود توافق ارادهٔ طرفین و مورد معامله میدانند و تصمیمات قضائی در موارد عدیده بعضی از قراردادها را بواسطهٔ آنکه دارای علت نامشروع و بر خلاف اخلاق حسنه بوده باطل دانسته است.

علت چیست؟

اشاره

علت چنانکه گفته شد مقصود بلافاصله و مستقیمی است که متعهد را وادار بتعهد مینماید، بطوری که هرگاه اشتیاق رسیدن بآن مقصود برای متعهد نبود هیچ زمان خود را دچار بار سنگین تعهد نمینمود. بنابراین رابطهٔ علت و تعهد چندان است که هرکجا علت نباشد تعهد موجود نیست و اثر قانونی ندارد. علت نسبت بانواع قراردادها مختلف است، زیرا علت در قرارداد بستگی تامی بطبیعت حقوقی آن دارد و چون هر نوع قرارداد دارای طبیعت حقوقی مخصوصی میباشد اینست که هر نوع از قرارداد علت مخصوصی را دربردارد چنانکه ذیلا بیان میشود:

اول- علت در قراردادهای معوض:

قراردادهای معوض دارای علت مخصوصی هستند که در قراردادهای غیر معوض یافت نمیشود و آن رسیدن بعوض است، یعنی علت تعهد هر یک از طرفین، تعهد طرف دیگر میباشد. مثلا هرگاه بیع را که کاملترین قراردادهای معوض است مورد دقت قرار داده و علت را در آن جستجو نمائیم، خواهیم دید که بایع تعهد بتملیک مبیع بمشتری مینماید برای آنکه مشتری ثمن را باو تملیک میکند و میدهد و بالعکس مشتری تعهد بتملیک ثمن ببایع مینماید برای آنکه بایع مبیع را باو تملیک میکند و میدهد. بنابراین علت تعهد بتملیک از طرف مشتری یا بایع همان تعهد بتملیک و اخذ مورد معامله از طرف دیگر میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۲۰

برای آنکه علت معامله با مورد آن اشتباه نشود متذکر میگردد که در مثال فروش خانه بیک میلیون ریال، خانه و یک میلیون ریال، بدون توجه بعوض قرار گرفتن یکی از دیگری، دو مورد بیع میباشند. در این امر، رابطهٔ آن دو نسبت بیکدیگر در نظر گرفته نمیشود. و علت در بیع خانه، آن وضعیت حقوقی است که از عنوان عوض و معوض بودن خانه و یک میلیون ریال انتزاع میگردد که هر یک در مقابل دیگری قرار میگیرد، باین معنی که هرگاه یکی از دو تعهد بجهتی از جهات وجود پیدا نکند تعهد دیگر بخودی خود وجود نخواهد داشت، بنابراین علت در بیع غیر از مورد آن است.

نقش علت در قراردادهای معوض:

الف- در قراردادهای معوض، هرگاه یکی از طرفین معامله تعهد خود را انجام ندهد طرف دیگر میتواند از انجام تعهد خود امتناع نماید تا دیگری آن را انجام دهد.

ب- در قراردادهای معوض، هرگاه یکی از طرفین معامله تعهد خود را انجام ندهد طرف دیگر میتواند درخواست فسخ آن را بنماید.

ج- در قراردادهای معوض، هرگاه قوه قهریه و فورس‌ماژور مانع انجام تعهد یک طرف گردد، طرف دیگر از انجام تعهد خود معاف خواهد بود.

هرگاه علیت در قراردادهای معوض، یعنی ربط و بستگی بین عوض و معوض فرض نشود، حل مسائل بالا ممکن نمیباشد.

دوم– علت در قراردادهای غیر معوض:

اشاره

در قراردادهای غیر معوض علت باعتبار هر نوعی مختلف است:

الف– در قرض

علت تعهد قرض‌گیرنده بپرداخت دین خود، دریافت نمودن مثل آن از قرض دهنده است، چنانچه قرض‌گیرنده مالی را از قرض دهنده دریافت ننماید تعهد پرداخت مثل آن را باو نمیکند. همچنین است در مورد رهن منقول، یعنی علت تعهد مرتهن بر دعین مرهونه براهن، قبض و تصرف عین مرهونه است و هرگاه مرتهن آن را قبض نکند تعهد برد آن عین براهن نمینماید. همین‌گونه است در عاریه و ودیعه.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۲۱

ب– در هبه و وصیت

علت در هبه و وصیت دارا نمودن متهب و موصی له است بآنچه بآنها هبه و وصیت میشود، یعنی واهب و موصی که مال خود را بدیگری میدهد برای آنست که او را دارا و مالک آن چیز بنماید.

همین‌گونه در هر نوع تعهد، علت مخصوصی موجود است که برای رسیدن بآن تعهد ایجاد میشود.

تصمیمات قضائی دادگاههای فرانسه مکرر عقودی را در اثر فقدان علت و یا بر خلاف قانون و یا بر خلاف اخلاق حسنه بودن ابطال نموده است. در قراردادهای معوض فقدان علت و یا بر خلاف اخلاق حسنه و یا بر خلاف قانون بودن آن مکرر اتفاق می‌افتد، چنانکه کسی دینی را انتقال میدهد و بعد کشف میشود آن دین موجود نیست و یا متعهد بعنوان رشوه تعهد نموده و قبض سپرده است. در عقود غیر معوض مجانی مانند هبهٔ که باولاد ولد الزنا (خواه از زنای محصنه باشد یا از محارم و یا غیر آنها) میشود، از نظر

آنکه علت غـائی آن غیر قـانونی است ابطال میشود، زیرا قانون مـدنی فرانسه برای آنان بیش از نفقه، انتقال مجانی را موافقت ننموده است. همچنین است هبـهٔ که کسـی برفیقه خود مینمایـد برای آنکه او را وادار کنـد تا روابط نامشـروع خود را که قطع نموده تجدید نماید و یا آن را ادامه دهد، زیرا علت غائی در آن بر خلاف اخلاق حسنه است.

جهت چیست؟

اشاره

جهت عبارت از امری است کـه معامله‌کننـده برای رسـیدن بـآن، معـامله را انجـام میدهـد، جهـت و یـا داعی کـه آن را بفرانسـه (Lemotif) گوینـد، علت معامله نیز نامیده‌اند هر معاملهٔ دارای جهت مخصوصـی است، مثلا کسـی که خانه خود را میفروشد برای پرداخت دیون خود و دیگری برای رفتن بمسـافرت و سومی برای آنکه منزل بهتری خریـداری نمایـد، در مثـال اول پرداخت دیون و در دوم رفتن بمسـافرت و در سوم خریـدن منزل بهتر جهت، فروش خـانه است ولی در تمـامی موارد، علت فروش خانه یکی است و آن بدست آوردن ثمن است. بنابراین جهت امری تصوری و معنوی است و در هر معاملهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۲۲

فرق مینماید، بخلاف علت که امری مادی و در تمامی افراد یک نوع معامله، متحد است.

قانون مدنی فرانسه علت را یکی از شـرائط اساسـی برای صـحت معامله شـناخته است و هرکجا علت تعهد غیر مشروع و یا بر خلاف اخلاق حسـنه و نظم عمومی نباشد، آن تعهد را صـحیح میداند بدون آنکه توجهی بجهت معامله داشـته باشد. بالعکس نظر قضائی و تصمیمات دادگاهها در موارد عدیدهٔ جهت را در معامله مؤثر دانسته‌اند و آن در موردی میباشد که جهت و داعی که یکی از طرفین را برای انجام معامله برانگیخته است، طرف دیگر از آن آگاه باشد، در این صورت میتوان گفت که داعی مزبور نیز از طرف شخص اخیر خواسته شده و نتیجتاً مورد تعهد قرار گرفته و یکی از اجزاء متشکلهٔ معامله میباشد.

جهت معامله بر دو قسم است:

الف- جهتی که صریحاً یا ضمناً مورد توافق طرفین در عقد قرار گرفته مشروع بوده و بر خلاف اخلاق حسنه نباشد،G

چنانکه کسـی زمینی را بخرد برای آنکه دبیرسـتانی در آن بنا نماید و یا کسـی مال التجاره را بخرد تا در نمایشـگاه فلان شهر که در روز معینی افتتاح خواهد شد بمعرض نمایش بگذارد. در صورتی که زمین خریداری شده دارای مساحتی که بتوان دبیرسـتان در آن بنا نمود نباشـد و یا مال التجاره برای روز معین تسـلیم خریـدار نگردد، خریدار میتواند در هر دو مورد معامله را در اثر عدم انطباق با جهت فسخ کند، زیرا زمین و مال التجاره بطور مطلق خریده نشده بلکه زمینی که قابل بنای دبیرسـتان باشد و مال التجارهٔ که در روز معین در نمایشـگاه گذارده شود، خریداری گردیده است. حق فسخ در مورد مزبور بر خلاف آنست که در علت گذشت که هرگاه علت موجود نباشد تعهد بخودی خود باطل میباشد.

ب- جهتی که صریحاً یا ضمناً مورد توافق طرفین در عقد قرار گرفته غیر مشروع و بر خلاف اخلاق حسنه باشد.

تصـمیمات قضـائی از خطمشـی قـانون منحرف شـده و در موارد عدیـده جهت غیر مشـروع را ماننـد علت غیر مشـروع موجب بطلان معامله دانسته

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۲۳

است و در این امر مواجه بـا انتقـاد حقوقیین شـده است. تصـمیمات قضـائی مزبور مبتنی بر آن است که با درج داعی غیر مشـروع در قرارداد، رابطهٔ شدید و بستگی بین داعی و تعهد ایجاد میشود که در اثر آن در معامله تأثیر و سرایت میکند. مثلا در مورد مالکی که خـانه و عمارت خود را بـدیگری باجاره واگـذار نموده و صـریحاً شـرط کرده که اجاره برای محل بازی گروبنـدی میباشـد، دادگاه حکم ببطلان داده است.

(۵۵. ۱۹۱۰.

Pau. ۲۸ Juin)

۱۹۰۹

motif)D. P

و در مـورد کسـی که غیر منقول خود را که جایگـاه عمـل غیر مشـروع بوده بـدیگری باجـاره واگـذار نموده و شـرط کرده که بـاید مستأجر همان عمل را در آنجا ادامه دهد، از نظر جهت غیر مشروع دادگاه حکم ببطلان داده است. (۳۰۲. ۲. ۹۴.) Alger' ۹ mai ۴۹۸۱, D. P. ۵۹. ۲. ۱۲. S

جهت معامله در فقه امامیه

فقهای امامیه بر آننـد که فروش انگور بکسـی که از او شـراب میسازد و بقصد آنکه شـراب بسازد حرام است و همچنین است فروش چوب بقصـد سـاختن صـلیب یـا بت، بـاین معنی که در عقـد بیع این امر ذکر شود و متبـایعین ملتزم بـآن گردنـد و یا بین آنان توافق حاصـل شود، زیرا در معاملهٔ مزبور اعـانت و کمک بر اثم و عـدوان شـده است. ولی هرگاه متبایعین قصـد مزبور را نداشـته باشـند، بسیاری از فقهاء قائل بعدم حرمت آن معامله میباشند، زیرا اعانت بر اثم و عدوان نشده و دلیلی بر حرمت آن موجود نیست.

از نظر تحلیلی، عملی که از کسی سر میزند و موجب پیدایش عمل حرام بوسیلهٔ دیگری میگردد از قرار ذیل است:

۱- عمل از فاعل سـر میزنـد بقصد آنکه دیگری بوسـیلهٔ آن مرتکب فعل حرام گردد. عمل مزبور در اثر اعانت بر اثم و عدوان حرام میباشد.

۲- عمل از فاعل سـر میزنـد بـدون قصـد بآنکه دیگری مرتکب فعل حرام گردد و یا مقدمـهٔ از مقدمات آن حاصل شود. عمل مزبور مباح میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۲۴

۳- عمل از فاعل سر میزند بقصد آنکه مقدمهٔ از مقدمات حرام (که بوسیلهٔ دیگری انجام میشود) بوجود آید، بدون آنکه فاعل قصد پیدایش حرام را داشته باشد

فرض مزبور بر دو قسم است:

اول- طرف دیگر قصـد ارتکاب فعل حرام را در آن حال ندارد، چنانکه کسـی انگور بدیگری که شـراب می‌اندازد میفروشد بقصـد تملیک باو (بدون داشـتن قصد بآنکه خریدار شـراب بیندازد) و خریدار هم در آن حال قصد تملک انگور را دارد، نه قصد انداختن شراب عمل مزبور حرام نیست.

دوم- طرف دیگر قصد ارتکاب فعل حرام را دارد. فرض مزبور بر دو قسم است:

الف- در صورتی که فروشـنده عمل خود را ترک نمایـد، خریـدار در اثر پیدا نکردن فروشـندهٔ دیگری، مرتکب عمل حرام نمیشود. وجوب ترک فروش و حرمت آن قوی بنظر میرسد.

ب- در صورتی که فروشـنده عمل خود را ترک کنـد، میدانـد که عادتاً خریدار میتواند آنچه را میخواهد از جای دیگر تهیه نماید و

منظور خود را انجام دهد، بدون آنکه نفروختن شخص مزبور تأثیری در ارتکاب یا عدم ارتکاب عمل بنماید. ظاهر عدم حرمت است.

باری در مواردی که حکم بحرمت عمل میشود معامله باطل نمیباشد، زیرا نهی بامر خارج از معامله که تعاون بر اثم و عدوان باشد تعلق گرفته است. و هرگاه باستناد اخبار مخصوصاً خبر تحف العقول معاملهٔ مزبور را باطل بدانند، ناچار در موردی خواهد بود که فروشنده نیز قصد تحقق حرام را داشته باشد، زیرا یک معامله نمیتواند از یک طرف باطل و از طرف دیگر صحیح باشد.

بنابر آنچه گفته شد قانون مدنی ایران نامی از علت تعهد(La cause)که در حقوق فرانسه یکی از شرائط اساسی برای صحت تعهد شناخته شده نبرده است، ولی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۲۵

نباید از نظر پنهان داشت مسائلی که حقوقیین فرانسه حل آن را مبتنی بر نظریهٔ علت تعهد دانسته‌اند در قانون مدنی ایران نیز حل شده است و میتوان گفت که قانون مدنی نیز معتقد بعلت تعهد میباشد، اگر چه صراحتاً تحت عنوان مخصوصی از آن بحث ننموده است.

مسائل مزبور عبارتند از:

۱- در صورتی که یکی از طرفین معامله تعهد خود را انجام ندهد، طرف دیگر میتواند از انجام تعهد خود امتناع نماید. حق مزبور را حق حبس نامند. مادهٔ «۳۷۷» قانون مدنی در مورد تسلیم مبیع میگوید: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر بتسلیم شود.» و همچنین است ماده ۱۰۸ ق. م در امتناع زوجه از تمکین تا مهریه خود را اخذ نماید. دو مادهٔ مزبور مبتنی بر اصل معاوضه میباشد که ناشی از رابطهٔ بین عوض و معوض است. علت تعهد معاوضی اختصاص ببیع ندارد و در هر عقد معوض جاری میباشد.

۲- هرگاه یکی از طرفین معامله تعهد خود را انجام ندهد، طرف دیگر میتواند اجبار او را بانجام تعهد بخواهد. در صورتی که نتوان او را اجبار نمود و دیگری هم نتواند آن را انجام دهد متعهد له میتواند معامله را فسخ نماید.

قانون مدنی در نظریهٔ مزبور پیروی از قول مشهور فقهاء امامیه نموده که در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد بطور مطلق حق فسخ را برای متعهد له نشناخته‌اند، زیرا حقوق امامیه حق فسخ را برای جبران ضرر ناشی از قرارداد بمتضرر میدهد و آن در صورتیست که طریق دیگری برای جبران ضرر نباشد، و با قدرت باجرای قرارداد بوسیلهٔ اجبار ممتنع از ناحیهٔ مقامات صالحه، موردی برای حق فسخ نیست. در صورتی که نتوان ممتنع را اجبار بانجام تعهد نمود و دیگری هم نتواند آن را از جانب متعهد واقع سازد (و آن در موردیست که تعهد شخصی باشد) منتفع میتواند برای جبران ضرر خود معامله را فسخ نماید (مستنبط از مواد «۲۳۸» و «۲۳۹» قانون مدنی). نظر غیر مشهور بر آن است که در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، متعهد له مطلقاً حق

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۲۶

فسخ معامله را خواهد داشت.

۳- هرگاه قوهٔ قهریه و فورس‌ماژور مانع از انجام تعهد یک طرف گردد، طرف دیگر از انجام تعهد معاف خواهد بود. از آن موارد است تلف مبیع قبل از قبض (مادهٔ «۳۸۷» قانون مدنی) که قانون مدنی به پیروی از حقوق امامیه استثنائاً حکم خاصی برای آن مقرر داشته است.

باری با توجه بقانون مدنی و شرح آن و همچنین بفقه امامیه که مبنای حقوق مدنی ایران است، میتوان گفت که مشروعیت جهت معامله آنگونه که مادهٔ «۲۱۷» قانون مدنی میگوید، از مخترعات قانون‌گذاران ایران است و نمیتواند از نظر منطق حقوقی شرط اساسی برای صحت معامله قرار گیرد و هیچ‌یک از قوانین کنونی آن را بدین نحو شرط اساسی برای صحت معامله ندانسته‌اند.

مجموعه‌های قوانین مدنی کنونی متفاوت میباشد. چنانکه مجموعهٔ قانون مدنی ایطالیا مصوب ۱۸۶۵ در مواد «۱۱۱۹ و ۱۱۲۲» و مجموعهٔ قانون مدنی اسپانیا در مواد «۱۲۷۵ و ۱۲۷۷» متابعت از قانون مدنی فرانسه نموده است. مجموعه‌های قوانین جدیدتری مانند مجموعهٔ قانون تعهدات سویس نامی از علت نبرده است و در مادهٔ «۲۰» گفته: «مورد تعهد باید غیر مقدور و غیر مشروع و بر خلاف اخلاق حسنه نباشد» ولی برای دارا نمودن(L'enrich issement)علت صحیح(La Juste cause)لازم دانسته است. مادهٔ «۷۰» قانون مدنی آلمان مانند قانون تعهدات سویس نامی از علت تعهد نبرده و فقط در مادهٔ «۸۱۷» دارا نمودن بدون علت را بیان کرده است.

چنانکه بیان گردیده، هر تعهدی دارای علتی است که متعهد را بایجاد آن میگمارد ولی لازم نیست آن علت در تعهد ذکر گردد. در صورتی که ثابت شود تعهد بدون علت میباشد باید بر آن بود که گوینده الفاظی ادا نموده که قصد انشاء نداشته و ارادهٔ حقیقی را فاقد است، زیرا شخص عاقل با توجه بآثار تعهد هیچ زمان بدون علت و مقصود تعهد نمینماید. بنابراین تعهدی که بعمل آمده و علت آن ذکر نشده یا در مقابل تعهد و تملیک دیگری بوده است که بجهتی از جهات بیان نشده و یا تعهد مجانی بوده و متعهد خواسته است نفعی را بمتعهد له برساند و مالی را باو بدهد، این ستکه او را در مقابل خود طلبکار و خود را مدیون

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۲۷

معرفی کرده ولی در سند و عقد از ذکر علت تعهد بجهتی از جهات خودداری نموده است، تعهد مزبور خواه شفاهی باشد و خواه کتبی صحیح و لازم الاتباع است و مفاد مادهٔ «۱۸۳ و ۲۱۹ و ۲۲۳» قانون مدنی این امر را میرساند.

در صورتی که متعهد، مدعی گردد تعهدی که نموده صوری بوده و یا در مقابل عوضی است که آن عوض موجود نمیباشد و یا غیر مشروع و بر خلاف اخلاق حسنه است، میتواند آن را ثابت کند و هرگاه ثابت نمود بطلان آن ظاهر میگردد و چنین تعهدی اثری نخواهد داشت (مستفاد از مادهٔ «۲۱۵ و ۳۴۸ و ۳۶۱ و ۹۷۵ قانون مدنی) مثلا هرگاه کسی سندی ابراز نماید که حاکی از طلب او از دیگری باشد و شخص اخیر مدعی گردد که سند مزبور در مقابل دینی است که در اثر بازی قمار حاصل شده و بوسیلهٔ گواهانی که در مجلس تنظیم سند حاضر بوده‌اند آن را ثابت نمود، سند مزبور از درجهٔ اعتبار ساقط میگردد و ابرازکننده باستناد مادهٔ «۶۵۴» قانون مدنی که میگوید: «قمار و گروبندی باطل و دعاوی راجع بآن مسموع نخواهد بود ...» محکوم ببی‌حقی خواهد شد.

معامله بقصد فرار از دین

مادهٔ «۲۱۸» قانون مدنی میگوید «هرگاه معلوم شود که معامله بقصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست».

قانون مدنی مادهٔ مزبور را تحت عنوان جهت معامله ذکر کرده است، زیرا در معاملهٔ مزبور قصد فرار از دین، جهت قرار گرفته و معامل برای رسیدن بآن مقصود معامله را انجام داده است.

از نظر تحلیلی قصد فرار از دین بخودی خود موجب عدم نفوذ معامله نمیشود بلکه باعتبار ملازمهٔ با تضییع حق طلبکار است، بدین جهت هرگاه طلبکار چنین معامله را اجازه دهد اشکال مرتفع میگردد. این است که قانون آن را غیر نافذ معرفی نموده و نفوذش را منوط باجازهٔ شخص ذی نفع که طلبکار باشد دانسته است.

مادهٔ «۲۱۸» قانون مدنی مبتنی بر نظریهٔ وثیقهٔ عمومی اموال مدیونین است،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۲۸

بدین شرح که اعتبار مالی اشخاص بستگی نزدیکی بدارائی آنان دارد. مثلا هر کس مالی را بدیگری نسیه میفروشد و یا بدون وثیقه قرض میدهد، اعتبار مالی و دارائی او را در نظر میگیرد و هر چه از دارائی او نقصان بپذیرد اعتبار مالی او کم خواهد شد.

این ستکه حق طلبکار در مورد فوت بدهکار بدارائی او تعلیق میگیرد و ترکه، وثیقهٔ پرداخت دیون او میباشد و همچنین هرگاه تاجر

ورشکست شود ممنوع از تصرف در دارائی خود میشود. آن دارائی متعلق حق طلبکاران میگردد. در صورتی که اجرائیه بر مدیونیت کسی صادر شود و امتناع از پرداخت آن کند، طلبکار میتواند درخواست بازداشت اموال او را بنماید. بنابراین میتوان گفت هر تصرفی که بدهکار در اموال خود بنماید و موجب تضییع حق طلبکار بشود غیر نافذ است، خواه بدهکار قصد فرار از دین را داشته یا نداشته باشد ولی مادهٔ بالا این اطلاق را نپذیرفته و فقط معاملهٔ که بقصد فرار از دین باشد غیر نافذ دانسته است.

طلبکاری که باستناد فرار از دین مدعی عدم نفوذ معامله بدهکار خود میباشد میتواند بطرفیت متعاملین اقامهٔ دعوی کند و قصد سوء بدهکار خود را ثابت نماید و کافی نیست ثابت کند که با انجام معاملهٔ مزبور، دارائی دیگری برای بدهکار باقی نخواهد ماند تا بتواند بوسیلهٔ آن طلب او را بپردازد، زیرا این امر بتنهائی نمیتواند قصد بدهکار را بفرار از دین ثابت کند.

طلبکار میتواند قصد فرار از دین را بدو طریق ثابت نماید:

الف- بوسیلهٔ گواهانی که اقرار او را بر این امر شنیده‌اند، در صورتی که بدهکار اقراری نموده باشد.

ب- بوسیلهٔ قرائنی که این امر را میرساند. قرائن مزبور عبارتند از:

۱- گذشتن یا رسیدن موعد پرداخت و یا نزدیک بودن آن.

۲- نداشتن اموال دیگری که مدیون بتواند از فروش آن دین خود را ادا نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۲۹

۳- نداشتن وسیلهٔ دیگری برای پرداخت دین از قبیل تجارت و حقوق زائد بر مخارج زندگانی و امثال آن.

۴- وضعیت معامله، که از متعامل و نوع معامله اغلب معلوم میشود مانند آنکه مدیون صلح محاباتی یا فروش باقل از ثمن المثل باولاد یا عیال خود نموده باشد و یا بثمن المثل فروخته ولی ثمن را نگرفته و اعتراف بوصول آن نموده است.

تشخیص ارزش قرائن با دادگاه است و با وجود قرائن مذکور در بالا دادرس نوعاً علم پیدا مینماید که معامله ساده نبوده و بدهکار در معامله قصد فرار از دین را داشته و میخواسته بدین وسیله طلبکار را از حق خود محروم نماید، در این صورت دادگاه حکم بطلان معاملهٔ مزبور را میدهد. مادهٔ «۲۱۸» قانون مدنی مانند مادهٔ «۶۵» در مورد وقف میباشد که میگوید: «صحت وقفی که بعلت اضرار دیان واقف شده باشد منوط باجازهٔ دیان است». (اگر چه بیک عبارت گفته نشده است).

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۳۰

فصل سوم در اثر معاملات

اشاره

فصل مزبور در سه مبحث بیان میگردد:

مبحث اول در قواعد عمومی و اثر عقود نسبت بمتعاملین

۱- اصل لزوم

مادهٔ «۲۱۹» قانون مدنی میگوید: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر اینکه برضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود».

عقودی که بر طبق قانون واقع شود، یعنی دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد، بین متعاملین لازم الاتباع است و هر گونه تعهدی

که بوسیلهٔ آن عقد نموده‌اند باید آن را ایفاء نمایند. بنابراین هر قرارداد و عقدی را که قانون تصریح بجائز بودن آن ننموده باشد لازم است و هیچ‌یک از طرفین نمیتواند آن را بر هم زند و آثار الزامی آن را ملغی نماید، مگر در موارد معینه. اصل مزبور را فقهاء اصالهٔ اللزوم نامیده‌اند

مواردی که عقد لازم منحل میگردد عبارت است از:

الف- اقاله و آن عبارت از بر هم زدن عقد بتوافق طرفین میباشد. طرفین همانگونه که بتوافق یکدیگر عقد را منعقد میسازند، بتراضی یکدیگر میتوانند آن را بر هم زنند و تفاسخ نمایند. مادهٔ «۲۸۳» قانون مدنی میگوید: «بعد از معامله طرفین میتوانند بتراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند» تراضی طرفین در برهم زدن عقد تملیکی و یا عهدی معوض و یا تملیکی غیر معوض لازم میباشد ولی در عقد عهدی غیر معوض که تعهد از یک طرف بعمل

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳۱

آمده و هنوز ایفاء نشده است، متعهد له میتواند ذمهٔ متعهد را بری نماید بدون آنکه رضایت متعهد را جلب کند، یعنی دین او را ساقط بنماید و رضایت و قبول مدیون لازم نیست، این امر را ابراء گویند. مادهٔ «۲۸۹» قانون مدنی میگوید: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود باختیار صرف نظر نماید».

ب- فسخ بعلت قانونی و آن بر سه قسم است:

اول- یکی از طرفین در اثر حقی که قانون بجهتی از جهات باو داده است میتواند عقد را فسخ بنماید مانند موارد: خیار تدلیس، عیب، غبن، و امثال آن (مواد «۳۹۶» تا «۴۴۴» قانون مدنی) و موارد خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که منحصر ببیع میباشد که در قسمت بیع شرح آن خواهد آمد.

دوم- در ضمن عقد حق فسخ برای طرفین یا یکی از آنها یا شخص ثالث شرط شده است، در اثر داشتن حق مزبور کسی که این حق باو داده شده میتواند بدون موافقت دیگری عقد را بر هم زند (مادهٔ «۳۹۹» قانون مدنی) عقد مزبور را عقد خیاری گویند.

سوم- بعلتی که مربوط بمتعاملین نیست معامله بخودی خود فسخ و منحل شود چنانکه در مورد تلف مبیع قبل از میباشد (مادهٔ «۳۹۷» قانون مدنی) و همچنین است در تلف مبیع در زمان خیار مجلس و حیوان و شرط اگر خیار مختص مشتری باشد (ماده «۴۵۳» قانون مدنی).

۲- لوازم عقلی و عرفی عقد

عقد و قرارداد نه فقط شامل آن چیزی است که در عقد تصریح بآن شده است، بلکه متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف بآن باشد، طبق مادهٔ «۲۲۵» قانون مدنی بمنزلهٔ ذکر در عقد است و متعاملین ملزم بایفاء آن نیز میباشند. چنانکه در فروش اتومبیل، اسباب یدکی مانند لاستیک، هندل، جک، پیچ، آچار و امثال آنها اگر چه در معامله تصریح نشده باشد جزء مبیع است و بایع باید آنها را بمشتری بدهد. همچنین آنچه بموجب قانون از عقد حاصل میگردد بمنزلهٔ ذکر در عقد میباشد، این است که مادهٔ «۲۲۰» قانون مدنی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳۲

میگوید: «عقود نه فقط متعاملین را باجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم مینماید، بلکه متعاملین به کلیهٔ نتایجی هم که بموجب عرف و عادت یا بموجب قانون از عقد حاصل میشود ملزم میباشند».

آنچه در عقد تصریح بآن میشود و مورد تعهد یا تملیک قرار میگیرد، عبارت است از مورد عقد (که یکی از ارکان اساسی برای صحت معامله است) و شروط (هرگاه عقد مشروط باشد) که طرفین معامله بنابر تعهدی که نموده‌اند ملزم باجراء مفاد آن میباشند.

امور دیگری نیز موجود است که از نتایج عرفیهٔ عقد میباشد و طرفین در ضمن عقد نوعاً تصریح بآن نمیکنند ولی ملزم هستند که بجا آورند و آن امور از لوازم عقلی و یا عرفی عقد میباشد، مانند دادن قبالهٔ ملك بمشتری در اموال غیر منقول و یا اسناد گمرکی و خریداری بمشتری که از گمرك مبیع را بتواند خارج نماید.

۳- اختلاف راجع بمفاد سند

در صورتی که بین متعاملین راجع بمفاد و حدود تعهد و معانی الفاظ استعمال شده در سند اختلاف روی دهد، ذی‌نفع میتواند مطابق آئین دادرسی مدنی اقامهٔ دعوی در دادگاه بنماید دادرس امر را تحت نظر قرار خواهد داد و طبق مستفاد از مادهٔ «۲۲۴» قانون مدنی الفاظ را بر معانی عرفیه حمل خواهد نمود، زیرا طرفین معامله که از عرف میباشند ناچار برای تفهیم مقصود خود بیکدیگر الفاظ را در معانی عرفیه استعمال نموده‌اند. مادهٔ مزبور که میگوید: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» اگر چه در مورد الفاظ عقود است و مستقیماً شامل الفاظ دیگر از قبیل مورد تعهد و شروط که در سند استعمال میشود نمیگردد ولی میتوان بطریق اولویت الفاظ دیگر را بر معانی عرفیه حمل نمود، زیرا الفاظ عقود که پایه و اساس قرار داد است هرگاه بر معانی عرفیه حمل گردد، الفاظ دیگر که جنبهٔ فرعی را دارا هستند بطریق اولی بر معانی عرفیه حمل میشوند، علاوه بر آنکه عقلائی نیست که دو نفر با بودن الفاظ بحد کافی که میتوانند هر چه را بخواهند تعبیر نمایند، الفاظ را در غیر معانی عرفی استعمال کنند و مفاهیمی برای آن جعل نمایند. در مورد مزبور هرگاه یکی از
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۳۳
متعاملین مدعی گردد که الفاظ در غیر معانی عرفیه استعمال شده است، میتواند ادلهٔ که برای اثبات این امر دارد اقامه نماید و دادرس بآنها رسیدگی خواهد کرد و رسیدگی باین امر منافات با اصل حقوقی مادهٔ «۲۲۴» قانون مدنی نخواهد داشت.

۴- اصل حقوقی صحت معامله

قانون برای حفظ نظم اجتماعی، هر معاملهٔ که بین دو یا چند نفر واقع میشود آن را صحیح میداند تا آنکه خلاف آن ثابت گردد. بنابراین هرگاه کسی باستناد معامله ایفاء تعهدی را از طرف خود بخواهد، کافی است که در دادگاه تحقق معامله را ثابت نماید. هرگاه متعهد مدعی فساد و عدم پیدایش تعهد است، میتواند آن را ثابت کند و مادام که فساد و بطلان آن ثابت نگردیده ملزم بایفاء آن خواهد بود، مگر آنکه مدعی فسخ آن گردد و این امر را ثابت نماید. اصل حقوقی مزبور را مادهٔ «۲۲۳» قانون مدنی بیان کرده میگوید: «هر معاملهٔ که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود». این اصل را فقهاء اصالهٔ الصحهٔ نامند.

۵- عدم عطف قانون بما سبق

در صورتی که یکی از مقررات قانونی مورد تعهد در قرارداد باشد و پس از تنظیم قرارداد، قانون جدیدی وضع گردد که آن قانون را فسخ یا تغییر دهد، دادرس نمیتواند قانون جدید را نسبت بمتعاملین اجرا نماید، زیرا تعهد باجرای مقررات قانون سابق مانند تصریح مفاد آن در قرارداد است و عدم رعایت آن از طرف دادرس عدم رعایت مفاد قرارداد خواهد بود، مگر آنکه قانون رعایت مفاد قانون جدید را نسبت باعمال و تعهدات گذشته لازم بداند، که در این صورت قانون جدید باید رعایت شود. مثلا هرگاه در قرارداد بین طرفین مقرر شده باشد که خسارت تأخیر تأدیه طبق نرخ قانونی پرداخت گردد و بعداً قانون جدید نرخ را اضافه و یا کسر نماید، متعهد ملزم بایفاء همان نرخ سابق خواهد بود. این امر را در اصطلاح عدم عطف بما سبق مینامند.

دادرس باید طبق مفاد سند در حدود قانون رأی داده و نمیتواند باستناد آنکه در سند نسبت بیکی از طرفین رعایت عدالت نشده بر خلاف آن رأی بدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳۴

۶- سند محرمانه

سندی که در پنهانی بین دو نفر تنظیم میگردد و مفاد سند قبلی را که بین آن دو تنظیم شده تغییر میدهد و یا الغاء می‌نماید و یا صوری بودن آن را اعلام میدارد، معتبر شناخته میشود و طبق مفاد سند مزبور طرفین ملزم خواهند بود، خواه آنکه هر دو سند رسمی باشد یا هر دو عادی و یا یکی عادی و دیگری رسمی، زیرا همانگونه که قرارداد بوسیلهٔ توافق طرفین منعقد میگردد، میتواند بوسیلهٔ توافق آن دو الغاء، یا مفاد آن تغییر داده شود و هرگاه طرفین قرارداد صوری بودن آن را اعلام دارند اقرار بر علیه خود نموده‌اند و دارای آثار قانونی میباشد.

آثار سند مزبور نسبت باشخاص ثالث. در صورتی که مفاد سند دوم، قرارداد مذکور در سند اول را اقاله یا فسخ نماید، نسبت بمعاملاتی که اشخاص ثالث باعتماد سند اول قبل از تاریخ سند دوم نموده‌اند تأثیر نخواهد داشت، زیرا اقاله و فسخ از زمان اعلام آن معامله را بر هم میزند و نسبت بحقوقی که اشخاص مزبور باعتماد سند اول کسب نموده خللی وارد نمیآورد. هرگاه معاملات با اشخاص ثالث پس از تاریخ سند دوم باشد آن معاملات کان لم یکن خواهد بود، و جهل اشخاص ثالث باین امر، حقیقت امر را تغییر نمیدهد. در صورتی که سند دوم حاکی از صوری بودن مندرجات سند اول باشد تأثیر آن نسبت باشخاص ثالث در صورتیست که طرفین صوری بودن مفاد سند اول را در دادگاه ثابت نمایند و الا ادعائی است که بصورت سند در آمده و بر علیه اشخاص ثالث بخودی خود مؤثر نخواهد بود.

آثار عقود نسبت بقائم مقام متعاملین

اشاره

قائم مقام قانونی در اصطلاح حقوقی بکسی گویند که مستقیما در عقد و قرارداد مداخله نداشته است ولی اثرات آن بجهتی از جهات از متعاملین باو سرایت بنماید.

قائم مقام قانونی عبارت است از:

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳۵

۱- وارث.

۲- منتقل الیه.

۳- طلبکار.

۱- وارث

دارائی کسی که فوت مینماید بورثهٔ او منتقل میگردد و هر یک از ورثه بقدر سهم الارث قانونی خود بطور مشاع در کلیهٔ ما ترک مورث شریک میشود و از آن جمله است تعهداتی که بنفع مورث شده است. همچنین هر یک از ورثه نسبت بسهم الارث خود مسئول تعهداتی میباشد که مورث بنفع دیگران نموده است. بنابراین ورثه از کلیهٔ تعهداتی که بنفع مورث شده بهره‌مند میگردند و نیز کلیهٔ تعهداتی که مورث نموده و حقوق عینی که بنفع دیگران در اموال خود قرار داده، مانند حق ارتفاق، حق انتفاع رهن و امثال

آن، ورثه باید محترم بشمارند.
تعهداتی که قائم بشخص مورث است، خواه مثبت باشد و خواه منفی بورثه منتقل نمیشود، بنابراین هرگاه کسی در مقابل دیگری تعهد نماید که در هر ماه از کار مزد خود مبلغ معینی برای زندگانی او بپردازد، تعهد مزبور بفوت متعهد له از بین خواهد رفت. همچنین است هرگاه مورث نقاش ماهری بوده و تعهد بکشیدن پردهٔ نقاشی مخصوصی در مقابل دیگری کرده باشد و قبل از انجام تعهد فوت بنماید، آن تعهد نیز بورثه منتقل نمیگردد، زیرا در هر دو مثال شخصیت مورث در ایجاد و بقاء تعهد مورد نظر میباشد.
موصی له که سهم مشاعی از ترکه باو واگذار شده مانند وارث است و نسبت بسهم مزبور قائم مقام موصی خواهد بود.

۲– منتقل الیه

منتقل الیه نسبت بکلیهٔ حقوق عینی مال مورد انتقال، خواه مثبت باشد و خواه منفی، قائم مقام ناقل است، زیرا مالی که از طرف مالک بکسی واگذار شده، خواه معوض
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳۶
باشد و خواه غیر معوض با تمامی حقوقی که در حین انتقال دارا بوده منتقل گشته است.
بنابراین کلیهٔ حقوقی که در اثر قرارداد بنفع ملک مورد انتقال برقرار شده است بمنتقل الیه واگذار شده و همچنین کلیهٔ تحمیلاتی که بر مال مورد انتقال بوسیلهٔ مالک بعمل آمده، منتقل الیه باید محترم بشمارد. حقوقی که منتقل الیه در آنها قائم مقام ناقل میباشد بر– دو قسم است:
الف– حقوق مثبت ملک– مانند حق ارتفاق ملک مورد انتقال در املاک مجاور.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران – ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج ۱، ص: ۲۳۶
ب– حقوق منفی ملک– مانند حق ارتفاق املاک مجاور در ملک مورد انتقال، حق انتفاع و حق وثیقه (در رهن و معاملات با حق استرداد) در ملک مورد انتقال منافع متعلق بغیر در ملک مورد انتقال خواه باجاره باشد و یا بوسیلهٔ عقد دیگری مانند صلح در این ردیف بشمار می‌آید.
موصی له که عین معینی باو واگذار شده منتقل الیه میباشد و نسبت بحقوق مربوطه بآن مال، خواه مثبت باشد و خواه منفی قائم مقام موصی خواهد بود.

۳– طلبکار

طلبکار در موارد معینه‌ای قائم مقام بدهکار خود میشود و از کلیهٔ تعهداتی که بنفع بدهکار بعمل آمده منتفع میگردد و کلیهٔ تعهداتی را که بدهکار نموده است نیز باید محترم بشمارد. مثلا در موردی که بدهکار تاجر ورشکسته باشد، اموال او متعلق حق طلبکاران قرار میگیرد و طلبکاران در حقوق و تعهدات مالی تاجر ورشکسته قائم مقام او خواهند بود و قراردادهائی که بوسیلهٔ تاجر مزبور منعقد گردیده معتبر شناخته میشود. همچنین است در موردی که طلبکار در اثر اجرائیهٔ دادگاه یا ادارهٔ ثبت، مال معینی را از اموال بدهکار خود بازداشت نماید، در این صورت طلبکار در کلیهٔ حقوق مربوطه بمال مزبور، خواه مثبت باشد و خواه منفی قائم مقام بدهکار است و قراردادهائی که راجع بآن مال منعقد شده معتبر میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳۷

مبحث دوم در خسارات حاصلهٔ از عدم اجرای تعهدات

اشاره

متعهد طبق مستفاد از مادهٔ «۲۱۹» قانون مدنی باید تعهد خود را در موعد مقرر انجام دهد.

اقسام مواعد

۱- در صورتی که در عقد موعدی برای انجام تعهد معین نشده باشد، اطلاق عقد عرفا اقتضاء فوریت ایفاء آن را مینماید، مگر آنکه اوضاع و احوال، اقتضاء انجام آن را در موعد دیگری بنماید.

۲- در صورتی که در عقد موعدی برای انجام تعهد معین شده باشد، متعهد ملزم بایفاء آن در موعد مزبور خواهد بود. موعد مزبور ممکن است مضیق باشد، چنانکه تاریخ انجام ظهر روز سه‌شنبه ۲۱ آبانماه قرار داده شود، در این صورت تعهد در زمان مزبور باید انجام گردد. و ممکن است موعد موسع باشد چنانکه تاریخ انجام در ظرف پانزده روز اول فروردین ماه معین شود، در این صورت متعهد میتواند در ظرف پانزده روز هر زمان که بخواهد تعهد را انجام دهد همچنانکه میتواند تا آخرین لحظه روز پانزدهم ایفاء تعهد را بتأخیر اندازد. (قسمت اول مادهٔ «۲۲۶»)

۳- اختیار انجام تعهد بنظر متعهد له گذارده شده باشد، در این صورت متعهد له باید آن را مطالبه بنماید. اغلب بوسیلهٔ اظهارنامه متعهد له موعد را بمتعهد اطلاع میدهد.

اثبات مطالبه بوسیله هر گونه دلیل ممکن خواهد بود.

۴- اختیار انجام تعهد بنظر متعهد قرار داده شده و صراحتاً در عقد این امر قید گردیده است. در این صورت مطالبهٔ متعهد له هیچ‌گونه اثر حقوقی ندارد و میتواند متعهد هر زمان بخواهد تعهد خود را انجام دهد، چنین تعهد را عده‌ای از حقوقیین باطل دانسته‌اند.

پرسشی که پیش می‌آید آن است که هرگاه متعهد بجهتی از جهات تعهد را در موعد مقرر انجام ندهد آیا پس از موعد مقرر ملزم بانجام آن میباشد یا تعهد ساقط میگردد؟

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳۸

برای پاسخ مقدمهٔ را متذکر میشود:

موعدی که برای انجام تعهد در عقد قرار داده میشود، گاه دارای خصوصیتی است که انجام تعهد منحصراً در آن موعد، مقصود طرفین است. بعبارت دیگر، قید و مقید شیئی واحدی را تشکیل داده و بصورت وحدت مطلوب مورد تعهد قرار گرفته است. در این صورت انجام تعهد در خارج از موعد مقرر، مورد عقد نمیباشد و بدین جهت متعهد ملزم بانجام آن نخواهد بود و بگذشتن موعد تعهد ساقط میگردد. مثلا هرگاه بین شرکت هواپیمائی و هیئت اعزامی در جشنی که در عصر روز اول خردادماه ۳۱ در ژنو منعقد میشود، قراردادی منعقد گردد که روز ۳۰ اردیبهشت یک هواپیمای چهار موتوره در تهران در اختیار آنان بگذارد که به ژنو پرواز کنند و شرکت در موعد مقرر هواپیما ندهد، دادن هواپیما پس از اول خرداد مورد تعهد نمیباشد، زیرا جشن خاتمه یافته است.

گاه دیگر موعدی که برای انجام تعهد در عقد معین میشود دارای خصوصیت مزبور نیست و قید و مقید بنحو تعدد مطلوب میباشد، بدین نحو که انجام تعهد مقصود اصلی متعاملین است و تحقق آن در موعد مقرر مقصود فرعی میباشد، بطوری که اگر در موعد مقرر تعهد انجام نیافت، مقصود فرعی از دست رفته ولی مقصود اصلی که انجام تعهد باشد باقی است. مثلا تاجری از کارخانه

یکصد تن آهن لوله برای تجارتخانهٔ خود خریداری مینماید که در اول اردیبهشت در طهران تحویل بگیرد، هرگاه کارخانه در اول اردیبهشت آهنها را تحویل ندهد پس از موعد مزبور تعهد بحال خود باقی و مادام که انجام نشود ساقط نمیگردد ولی خصوصیت زمانی را که در موعد مقرر در نظر گرفته شده بود دربر نخواهد داشت.
در صورتی که در عقد تصریح نشده باشد که تعهد مؤجل، از کدامیک از دو قسم مذکور در بالا است و اوضاع و احوال و قرائن هم دلالتی بر آن نکند، ظاهر آنست که تعهد مزبور از قسم دوم میباشد. یعنی هرگاه در موعد مقرر تعهد انجام نشود تعهد ساقط نشده و متعهد ملزم بانجام آن خواهد بود، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۳۹

خسارات

در صورتی که در اثر عدم انجام تعهد یا تأخیر آن خسارتی بمتعهد له متوجه شود او میتواند آن را از متعهد بخواهد، زیرا خسارات مزبور در اثر عدم انجام تعهد در موعد مقرر که متعهد ملزم بانجام آن بوده متوجه متعهد له شده است و طبق قاعدهٔ عقلی، هر کس بدیگری ضرری وارد آورد باید آن را جبران نماید، لذا متعهد باید آن را بمتعهد له بپردازد. مادهٔ «۲۲۱» قانون مدنی: «اگر کسی تعهد اقدام بامری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارات طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارات تصریح شده و یا تعهد عرفاً بمنزلهٔ تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».
خسارت در مادهٔ بالا بمعنی ضرر استعمال شده است. خسارت بمعنی چیزی که برای جبران ضرر داده میشود نیز آمده است چنانکه در مادهٔ «۲۲۶» قانون مدنی است:
«در مورد عدم ایفاء تعهد از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمیتواند ادعای خسارت نماید مگر ...»
در صورتی که پس از گذشتن موعد مقرر، بجهتی از جهات تعهد ساقط شده باشد، چنانکه تعهد مقید بزمان خاص بوده و یا در اثر تأخیر بوسیلهٔ خیار فسخ، عقد بر هم خورده باشد، متعهد له فقط میتواند مطالبه خسارات خود را بنماید. خسارات مزبور بخسارات ناشیه از عدم انجام تعهد تعبیر میشود. در صورتی که پس از گذشتن موعد مقرر، تعهد باقی باشد، متعهد له میتواند علاوه بر مطالبهٔ خسارت، انجام تعهد را نیز از متعهد بخواهد و او ملزم بانجام تعهد و پرداخت خسارت واردهٔ بر متعهد له تا زمان انجام آن میباشد.
(مادهٔ «۲۲۲» قانون مدنی). این خسارت را خسارت ناشیه از تأخیر انجام تعهد گویند و با مسامحهٔ در تعبیر، خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد نیز مینامند.
برای آنکه متعهد له بتواند از متعهد خسارت ناشیه از تأخیر انجام تعهد را بخواهد باید شرائط زیر موجود باشد:
اول- مدت مقرر برای انجام تعهد گذشته باشد. مادهٔ «۲۲۶» قانون مدنی میگوید
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴۰
«در مورد عدم ایفاء تعهد از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمیتواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفای تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی میتواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است».
دوم- عدم انجام تعهد در مدت مقرر در اثر تقصیر متعهد باشد. در صورتی که عدم انجام تعهد در مدت مقرر در اثر تقصیر متعهد باشد خسارتی که متوجهٔ متعهد له شده باید جبران گردد، زیرا عرفاً متعهد سبب پیدایش خسارت مزبور بوده است، ولی هرگاه توجه خسارت در اثر تقصیر او نباشد، چنانکه متعهد تمامی احتیاطات لازمه را برای انجام تعهد نموده و با وجود آن انجام آن مقدور نشده، مسئول خسارت وارده نخواهد بود، زیرا نمیتوان از کسی بیش از آنچه فرد عادی و محتاط رعایت آن را مینماید انتظار داشت

و چنانکه در تسبیب گفته خواهد شد کسی که سبب اضرار دیگری میشود در صورتی مسئول میگردد که در فعل خود تقصیر نموده و نتیجهٔ آن عمل عموماً پیش‌بینی میشده است.

بنابر آنچه گفته شد در موارد زیر متعهد مسئول خسارت نخواهد بود:

۱- در صورتی که متعهد له سبب عدم انجام تعهد باشد، چنانکه مقاطعه کاری متعهد شود که ساختمانی را طبق نقشه معینه در ظرف سه ماه باتمام رسانده و مصالح ساختمانی را متعهد له خود تهیه بنماید. شخص اخیر در تهیهٔ مصالح مزبور تأخیر نموده و در اثر آن ساختمان در مدت سه ماه خاتمه نیافته است. مثال دیگر کسی با نقاشی قرار میگذارد که پردهٔ را در ظرف دو ماه بکشد، پس از چند روز که از قرارداد میگذرد، نقاش در اثر صدور اجرائیه از طرف متعهد له نسبت بطلبی که از او دارد بازداشت حقوقی میشود و تمامی مدت در بازداشتگاه میماند.

در دو مثال بالا متعهد مسئول خسارات وارده بر متعهد له نمیباشد، زیرا متعهد له خود مانع از انجام تعهد شده است اگر چه در مثال اخیر اقدام او در اثر اجازهٔ قانونی بوده است

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۴۱

۲- در صورتی که عدم انجام تعهد بواسطهٔ علت خارجی باشد که نتوان مربوط بمتعهد نمود. در حقوق فرانسه سبب مزبور بدو کلمه eruejam ecroF و tiutrof saC تعبیر شده است. عدهٔ از حقوقیین بر آنند که آن دو کلمه مترادف میباشد و شامل کلیهٔ عللی که بیگانه از متعهد است میگردد. و بعضی دیگر از حقوقین کلمهٔ او را شامل عللی که خارج از متعهد و امور مربوط بذات تعهد است مانند: جنگ، برف و طوفان و کلمهٔ دوم را شامل علل داخلی مانند: کمی عدهٔ کارگر یا کمی مواد خام لازم برای تولید مورد ایفاء تعهد میدانند. بحث در این امر لغوی است و تاثیری در موضوع حقوقی ندارد. مادهٔ «۲۲۷» قانون مدنی میگوید: «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیهٔ خسارت میشود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام بواسطهٔ علت خارجی بوده است که نمیتوان مربوط باو نمود». منظور ماده از کلمهٔ علت خارجی کلیهٔ عللیست که بیگانه از متعهد میباشد، خواه داخلی باشد و خواه خارجی. باید متذکر بود که ترقی قیمت در بازار هر چه باشد و لو بمقداری که متعهد نتواند از عهدهٔ ایفاء تعهد بر آید- فورس‌ماژور محسوب نمیشود.

بیگانه بودن علت عدم انجام تعهد، در صورتی رفع مسئولیت از متعهد مینماید که او نتواند علت مزبور را خنثی و از تأثیر بیندازد و الا هرگاه قادر باشد که از تأثیر آن جلوگیری کند و اقدام ننماید، تقصیر در انجام تعهد کرده و مسئول خسارات وارده بر متعهد میباشد، زیرا این امر از مقدمات تکلیف است و انجام مقدمات تکلیف مانند خود تکلیف بر متعهد لازم میباشد و عرف با منطق سادهٔ خود در صورت عدم انجام مقدمات تکلیف او را مسئول میداند. بنابراین متعهد مکلف میباشد هر چیزی که مانع از ایفاء تعهد او شود بهر نحوی که بتواند آن را دفع نماید. این است که قانون مدنی با آنکه در مادهٔ «۲۲۷» خارجی بودن علت عدم انجام تعهد را متذکر شده بود، احتیاج ببیان مادهٔ «۲۲۹» پیدا نموده تا در آن شرط مزبور را (که دفع آن خارج از حیطهٔ اقتدار او است) متذکر گردد. مادهٔ «۲۲۹» قانون مدنی: «اگر متعهد بواسطهٔ حادثهٔ که دفع آن خارج از حیطهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۴۲

اقتدار او است نتواند از عهدهٔ تعهد خود برآید محکوم بتأدیهٔ خسارت نخواهد بود»

سوم- علتی که مانع از انجام تعهد شده بتوان پیش‌بینی نمود مثلا هرگاه شرکت باربری در مقابل تجاری تعهد نماید که از قریهٔ کوهستانی که سه ماه زمستان راههای عبور از آن بسته میشود مقداری چوب بطهران حمل نماید و تا اول فروردین آن را تحویل نجار دهد و مدتی قبل از زمستان شرکت باربری اقدام بحمل چوب نکند تا راهها مسدود گردد و نتواند در اثر این امر تعهد خود را انجام دهد، مسئول خسارات نجار متعهد له میباشد، زیرا مانع مزبور پیش‌بینی میشده است. در صورتی که مانع پیش‌بینی نشود،

چنانکه در مثال بالاـ دو ماه زودتر از سالهای قبل در اثر برف راهها مسدود شود و متعهد در نظر داشته که در ظرف دو ماه مزبور چوبها را حمل نماید مسئول آن خسارت نمیباشد، زیرا این امر استثنائاً بر خلاف معمول محل بوده و در پیش آمد غیر مترقب، متعهد مسئول خسارت وارده نخواهد بود.

پیش‌بینی نکردن مانع از طرف متعهد رفع مسئولیت از او نمیکند، بلکه مانع باید از اموری باشد که عموماً پیش‌بینی نشود، و الا چنانکه عموماً پیش‌بینی بشود ولی متعهد در اثر بی‌اطلاعی یا بی‌تجربگی و یا اهمال‌کاری و یا بجهات دیگر پیدایش آن را پیش‌بینی نکرده باشد، متعهد در اثر عدم انجام تعهد مسئول شناخته میشود، زیرا نقص متعهد نمیتواند موجب تحمل ضرر متعهد له شود. مثلا در مثال بالاـ هرگاه شرکت باربری همیشه در راههای قم و کاشان و یزد متصدی حمل و نقل بوده و بدون آشنائی بوضعیت جاده‌های کوهستان شمال، تعهد بحمل چوب از آنجا بطهران نموده و نمیدانسته که سه ماه زمستان راههای مزبور مسدود میشود مسئول خسارت متعهد له میباشد، زیرا کسی که تعهد مینماید باید اموری که نوعاً در انجام آن مؤثر است پیش‌بینی بنماید.

چهارم- عدم انجام تعهد سبب توجه خسارت بمتعهد له شده باشد، مادهٔ «۲۲۷» آئین دادرسی مدنی میگوید: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد نیست و مدعی ضمن دعوی مطالبهٔ اجرت المثل و خسارت از جهت عدم تسلیم خواسته مینماید و همچنین

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴۳

در صورتی که موضوع دعوی مستقلا اجرت المثل یا خسارت ناشی از عدم انجام تعهد و یا تأخیر آن میباشد، دادگاه میزان خسارت را پس از رسیدگی معین کرده حکم خواهد داد». مادهٔ «۷۲۸» قانون آئین دادرسی مدنی: «در مورد مادهٔ فوق در صورتی دادگاه حکم خسارت میدهد که مدعی خسارت ثابت کند که ضرر باو وارد شده و این ضرر بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن یا عدم تسلیم محکوم به بوده است. ضرر ممکن است بواسطهٔ از بین رفتن مالی باشد یا بواسطهٔ فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل میشده است».

طبق ماده بالا متعهد له وقتی مستحق جبران خسارت میشود که دو امر ذیل را در دادگاه اثبات نماید:

۱- ضرر بمتعهد له متوجه شده است.

ضرر یا بعبارت دیگر خسارت، چنانکه ذیل مادهٔ «۷۲۸» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید، ممکن است بواسطهٔ از بین رفتن مالی باشد و یا بواسطهٔ فوت شدن منفعتی

الف- از بین رفتن مال.

از بین رفتن مال در موردیست که در اثر عدم انجام متعهد مالی که در ملکیت متعهد له بوده تلف شود، چنانکه کارخانهٔ تعهد بنماید مقدار معینی از محصول خود را بادارهٔ باربری تحویل دهد که بطهران حمل کند و طبق قرارداد ادارهٔ باربری ده کامیون بکارخانهٔ که در ده فرسخی شهر است میفرستد تا محصول آن را بشهر حمل نماید، کامیونها بمحل که میروند معلوم میشود کارخانه هنوز محصول لازم را تهیه ننموده و ناچار هستند خالی بشهر برگردند، کارخانه در اثر عدم انجام تعهد موجب تلف شدن مقداری بنزین و روغن و فرسودگی کامیونها گردیده است.

خسارت مزبور را نیز میتوان باستناد مادهٔ «۳۳۱» قانون مدنی در تسبیب مطالبه نمود، زیرا کارخانه سبب تلف مال موجود متعهد له گردیده است.

ب- فوت شدن منفعت.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴۴

منظور مادهٔ «۲۲۷» قانون آئین دادرسی مدنی از فوت شدن منفعت، منفعت محقق میباشد و آن عبارت از منفعتی است که در صورت انجام تعهد محققاً بمتعهد له عاید میشده و در اثر عدم انجام و یا تأخیر، از آن محروم شده است مثلا تاجری از کارخانهٔ ۲۰ تراکتور

بمبلغ دویست هزار تومان میخرد که در اول پائیز در بندر خرمشهر تحویل بگیرد، و در صورتی که یک ماه بگذرد و کارخانه آنها را تحویل ندهد تاجر حق فسخ معامله را داشته باشد. کارخانه از تحویل آنها خودداری مینماید و تاجر معامله را فسخ میکند. تاجر در صورتی که تراکتورها را در موعد مقرر تحویل میگرفت از فروش هر یک پس از پرداخت هزینهٔ لازم دو هزار تومان که مجموعاً چهل هزار تومان میشود استفاده مینمود.

با توجه بقیمتی که تراکتور سیستم مزبور در بازار فروش میرود، مبلغ مزبور منفعت محقق و مسلمی است که تاجر در اثر عدم انجام تعهد محروم از آن شده است، لذا تاجر میتواند طبق مادهٔ بالا مبلغ مزبور را بعنوان خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد از کارخانه بخواهد. تقویت منفعت محتمل، بعنوان خسارت قابل مطالبه نمیباشد، زیرا منفعتی که پیدایش آن در صورت انجام تعهد مسلم نیست و احتمال داده میشود که متعهد له بآن نرسد، چگونه میتوان متعهد را در صورت عدم انجام یا تأخیر آن تعهد ملزم بجبران آن نمود؟ مثلا کسی دو کامیون از کارخانهٔ خریداری نموده که اول خرداد باو تحویل داده شود ولی کارخانه پس از سه ماه آنها را بخریدار تسلیم مینماید. خریدار در دادگاه اقامه دعوی میکند و مبلغ سی هزار تومان خسارت مطالبه مینماید، بدین تقریب که در دهم خرداد مناقصهٔ از طرف وزارت دارائی راجع بحمل زغال سنگ گذارده شده بود، در صورتی که کارخانه اتومبیلهای خریداری زیر را در موعد مقرر تسلیم خریدار مینمود نیز در مناقصه شرکت میکرد و مناقصه را میبرد و در نتیجه این امر سی هزار تومان سود خالص نصیب او میکشت. چون کارخانه در موعد مقرر اتومبیلها را تحویل ننموده مسئول خسارت مزبور میباشد. دادگاه پس از رسیدگی فقط میتواند اجرت المثل اتومبیلها را برای مدت سه ماه بعنوان خسارت ناشی از تأخیر انجام تعهد حکم صادر بنماید و نسبت باضافه بر آن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴۵

مبلغ که احتمال میرود در بردن مناقصه نصیب خریدار بشود، چون تفویت منفعت محتمل است او را محکوم به بی‌حقی خواهد نمود. قبل از قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۲۵ شهریور ۱۳۱۸ دادگاهها باستناد مادهٔ «۳۷» قانون تسریع محاکمات (در دعاوی که موضوع آن استرداد عین بوده و مدعی مطالبهٔ اجرت المثل و یا خسارت ناشی از تنزل قیمت نماید و همچنین در مواردی که موضوع دعوی وجه نقد نیست محکمه میزان خسارات را پس از محاکمه رسیدگی و معین مینماید) در مورد مالی که پس از موعد مقرر تسلیم میشده فرق قیمت آن را بعنوان خسارت بنفع متعهد له رأی صادر مینمودند. مثلا هرگاه سقطفروشی یک تن قند از تاجر میخرید که در اول فروردین ماه تحویل دهد و تاجر آن را اول شهریور ماه تسلیم بنماید و قیمت یکتن قند در اول فروردین ده هزار ریال بوده ولی در اول شهریور تنزل نموده هشت هزار ریال است، خریدار میتواند در دادگاه دو هزار ریال تفاوت قیمت را بعنوان خسارت مطالبه نماید. و در مورد ثبت علائم تجارتی و اختراعات باستناد مادهٔ «۴۹» قانون مزبور که میگوید: «در مورد خساراتی که خواه از مجرای حقوقی و خواه از مجرای جزائی در دعاوی مربوطه باختراعات و علائم تجارتی مطالبه میشود خسارات شامل ضررهای وارده و منافعی خواهد بود که طرف از آن محروم شده است». دادگاهها حکم به پرداخت منافع فوت شده صادر مینمودند.

بعضی از دادگاهها نظر بملاک دو مادهٔ بالا دائره خسارت را توسعه داده و در کلیهٔ دعاوی به پرداخت عوض منافع که از متعهد له در صورت عدم انجام تعهد یا تأخیر آن تفویت شده حکم میدادند.

در حقوق امامیه چنانکه از کتب مفصلهٔ فقهاء بر می‌آید میتوان باستناد نبوی مشهور «لا ضرر و لا ضرار» تفویت منفعت مسلم را خسارت دانست و مسبب را مسئول جبران آن شناخت.

۲- ضرر بلا واسطهٔ ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴۶

خسارت مزبور را عرف و منطق جامعه، ناشی از عدم انجام تعهد و یا تأخیر آن میداند و متعهد را مسئول آن میشناسد و اما در صورتی که ضرر غیر مستقیم و بواسطهٔ، ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر باشد، عرف متعهد را سبب و مسئول آن نمیدانند. مثلا هرگاه تاجری چهار تراکتور از کارخانه برای نمونه خریداری کند که در اول فروردین ماه باو تحویل داده شود و کارخانه تحویل آنها را برای یک سال بتأخیر اندازد، تاجر نمیتواند از کارخانه (باستناد آنکه هرگاه چهار تراکتور باو تحویل داده میشد آنها را بمعرض نمایش میگذارد و مالکین مجاور برای خرید باو مراجعه مینمودند و در نتیجه آن، تاجر یکصد تراکتور سفارش میداد و از فروش هر یک ده هزار ریال استفاده مینمود و مالکین مجاور اکنون از تاجر شهر دیگری یکصد تراکتور خریداری نموده‌اند) مطالبهٔ یکصد هزار ریال خسارت بنماید. تفویت منفعت مزبور از تاجر اگر چه محقق است ولی چون بواسطه و غیر مستقیم از تأخیر انجام تعهد متوجه شده است قابل مطالبه نمیباشد.

پنجم- مسئولیت جبران خسارات در صورت عدم انجام تعهد یا تأخیر آن بایـد در عقد تصریح شده و یا تعهد عرفاً بمنزلهٔ تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

قسمت اخیر مادهٔ «۲۲۱» قانون مدنی میگوید: «... در صورت تخلف مسئول خسارات طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارات تصریح شده و یا تعهد عرفاً بمنزلهٔ تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد». مادهٔ مزبور در یکی از سه مورد ذیل متعهد را مسئول جبران خسارات میداند:

۱- در صورتی که جبران خسارت در عقد تصریح شده باشد. تصریح بمسئولیت متعهد بجبران خسارت در صورت تاخیر یا عدم انجام تعهد در عقد، آن را جزء تعهد قرار میدهد و طبق مادهٔ «۲۲۹» قانون مدنی عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است.

ممکن است طرفین در عقد مقرر دارند که در صورت تخلف یا تأخیر، خسارت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴۷

را متخلف بپردازد و یا کسی را مانند داور معین کنند که خسارت را تقویم نماید و ممکن است خسارت بصورت وجه التزام در ضمن عقد معین گردد، چنانکه گفته شود که هرگاه متعهد در موعد مقرر تعهد خود را ایفاء ننمود مبلغ یکصد هزار ریال بمتعهد له بپردازد.

تعهد مزبور الزام‌آور میباشد اگر چه وجه التزام مقرر چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل مورد متعهد باشد. این است که مادهٔ «۲۳۰» قانون مدنی میگوید:

«اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی بعنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمیتواند او را به بیشتر (در صورتی که خسارت واقعی بیشتر باشد) یا کمتر از آنچه که ملزم شده است، (در صورتی که خسارت واقعی کمتر باشد) محکوم کند». همچنانی که طرفین میتوانند در عقد خسارت را بصورت وجه التزام پیش‌بینی نمایند، میتوانند در رفع مسئولیت از خسارت وارده را در صورت تخلف از متعهد بنمایند، زیرا خسارت حقی است مالی و صاحب حق میتواند از آن صرف نظر بنماید.

۲- در صورتی که تعهد عرفاً بمنزلهٔ تصریح باشد- طبق مادهٔ «۲۲۵» قانون مدنی: «متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد بمنزلهٔ ذکر در عقد است» هرگاه عرف کسی را که در انجام تعهد خود تأخیر اندازد مسئول خسارت بداند، عدم قید مسئولیت در عقد موجب رفع ضمان متعهد از خسارت نخواهد بود، زیرا با نظر عرف بر مسئولیت، سکوت متعاملین کاشف از موافقت با نظر عرف بوده و مانند آن است که در عقد تصریح باین امر نموده باشند. عرف کنونی بازارهای- اقتصادی متعهد را در تخلف از انجام تعهد مسئول خسارات ناشیه از آن میداند.

۳- در صورتی که قانون تخلف از انجام تعهد را موجب ضمان بداند. مادهٔ «۷۲۱» ق. آئین دادرسی مدنی میگوید: «در صورتی که

راجع بخسارت تاخیر تادیه قراردادی نشده باشد اگر خواسته بوسیله اظهارنامه مطالبه شود از تاریخ اظهارنامه و الا از تاریخ اقامه دعوی محسوب خواهد شد».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴۸

مسئولیت متعهد در پرداخت خسارت تاخیر تادیه در مورد بالا از نظر امر قانونی میباشد و الا تعهدی نسبت بخسارت بعمل نیامده و عرف هم چنین مسئولیت را برای متعهد قرار نداده است.

در صورتی که متعهد له از دادگاه مطالبهٔ خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن را بنماید باید امور ذیل را ثابت کند:

۱- تعهد موجود بوده است.

۲- در موعد مقرر انجام داده نشده است.

۳- مقدار خسارتی که بلاواسطه از عدم انجام تعهد و یا تأخیر انجام آن متوجهٔ متعهد له شده است.

هرگاه متعهد عدم انجام تعهد و یا تأخیر آن را در اثر امر خارجی بداند که رفع آن خارج از حیطهٔ اقتدار او است، میتواند آن را در دفاع از دعوای خواهان اثبات کند. (مستفاد از مادهٔ «۲۲۶» و «۲۲۷» قانون مدنی)

در تعهدی که مورد آن وجه نقد میباشد- وجه نقد عبارت از پولی است که در کشور رواج قانونی دارد، خواه مسکوک باشد یا اسکناس، آنچه رواج ندارد مانند پول طلای پهلوی و اشرفی و پنج هزاری و یا پولهای نقرهٔ که از جریان خارج شده وجه نقد محسوب نمیشود، همچنین ارز خارجی خواه کاغذ باشد مانند پوند، دلار و فرانک کاغذ و خواه مسکوک مانند لیره و روبل طلا، وجه نقد نیست و در ردیف جو، گندم، آهن و امثال آن، کالا شناخته میشود. مادهٔ «۲۲۸» قانون مدنی: «در صورتی که موضوع تعهد تأدیهٔ وجه نقدی باشد، حاکم میتواند با رعایت مادهٔ «۲۲۱» مدیون را به جبران خسارت حاصله از تأخیر در تأدیهٔ دین محکوم نماید».

چنانکه از مادهٔ بالا معلوم میشود آنچه در اثر تأخیر در پرداخت وجه نقد باید بدائن تأدیه گردد خسارت تأخیر تأدیه نامیده میشود.

از نظر تاریخی در ایران تا قانون ودایع و خسارات که در ۱۴ ماده در سال ۱۳۰۵

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۴۹

تصویب گردید مجوزی برای مطالبهٔ خسارت تأخیر تادیه در محاکم وجود نداشت، اگر چه مادهٔ «۱۹۸» قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ قمری در تقویم خواسته نامی از خسارات تأخیر تادیه برده است، ولی چون از طرفی حقوق امامیه که مانند قانون موضوعه در دادگاهها اجرا میگردید خسارت تأخیر تأدیه را حرام میداند و از طرف دیگر نرخ آن نیز در قانون معین نشده بود، دادگاهها حکم بتأدیهٔ خسارت تأخیر تأدیه صادر نمینمودند. در قانون ودایع و خسارات نرخ تأخیر تأدیه بتعرفهٔ وزارت- دادگستری محول شده بود. قانون مزبور تا اجرای قانون تسریع محاکمات مصوب ۳۰۹ مورد عمل میبود و بوسیلهٔ آن نسخ گردید. در مادهٔ «۴۶» قانون تسریع محاکمات نرخ ربح معادل صدی دوازده محکوم به در سال قرار داده شده بود که بعداً بموجب قانون اصلاح تسریع محاکمات بمیزان صدی پانزده در سال ترقی داده شد. قانون ثبت اسناد و املاک ۳۱۰ که مواد «۳۴ و ۳۵» آن در سال ۱۳۱۲ اصلاح گردید، مقررات مربوطه بخسارت تأخیر در تأدیه را تغییر داد. در قانون آئین دادرسی مدنی مقررات تازه وضع گردیده و بعض از مواد قوانین سابق را نسخ نمود.

خسارت تأخیر تأدیه در قوانین موضوعهٔ کنونی کشور

ربح قانونی- و آن عبارت از ربحی است که نرخ آن را قانون معین نموده است.

نرخ ربح قانونی در صورتی که مورد حکم دادگاه قرار بگیرد، طبق مادهٔ «۷۱۹» قانون آئین دادرسی مدنی صدی ۱۲ در سال میباشد.

مادهٔ «۷۱۹» قانون آئین دادرسی مدنی:

«در دعـاوی که موضوع آن وجه نقـد است اعم از اینکه راجع بمعاملات بـا حق استرداد یا سایر معاملات استقراضـی باشـد خسارت تأخیر تأدیه معادل صـدی ۱۲ محکوم به در سـال است و اگر علاوه بر این مبلغ قرار دادی بعنوان وجه التزام یـا مـال الصلح یـا مـال الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد در هیچ مورد بیش از صدی دوازده در سال نسبت بمدت تأخیر حکم نخواهد شد، لیکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی ۱۲ معین شده باشد بهمان مبلغ که قرار داده شده است حکم داده میشود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۵۰

چنانچه ربح قانونی موضوع ورقهٔ لازم الاجراء ثبت قرار گیرد نیز صدی ۱۲ در سال میباشد (مادهٔ «۳۵» قانون ثبت)

دائن در صورتی میتواند مطالبهٔ ربح قانونی بنماید که وجه التزام بین دائن و مدیون مقرر نشده باشد.

مبـدء احتساب ربح قانونی- طبق مادهٔ «۷۲۰» قانون آئین دادرسـی مدنی: «هرگاه راجع به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه قراردادی بین طرفین بهر عنوانی از عناوین مـذکور در مادهٔ قبل شـده و ابتـداء مـدت تادیهٔ خسارت هم معین شده باشد، خسارت از تاریخی که در قرارداد معین شـده است حسـاب میشود و اگر در قرارداد نـام برده ابتـدای مـدت ذکر نشـده باشـد خسارت از تاریـخ قرارداد حساب خواهد شد».

در مورد معاملات استقراضـی (غیر از معاملات با حق استرداد) خواه وثیقه داشـته باشـد و خواه نداشـته باشـد، در صورتی که راجع بخسارت تأخیر تادیهٔ قراردادی نشـده باشـد اگر خواسـته بوسـیلهٔ اظهارنامه مطالبه شود، از تاریـخ ابلاغ اظهارنامه و الا از تاریخ اقامه دعوی و تقـدیم دادخواست احتسـاب میشود. و چنـانچه طلب در ادارهٔ ثبت بوسـیلهٔ برگ لازم الاجراء مطالبه شود بدسـتور مادهٔ ۲۶ آئین‌نامه حراج و اجراء مفاد اسناد رسمی از تاریخ ابلاغ اجرائیه بمدیون محسوب میگردد.

در مورد معاملات با حق استرداد طبق تبصرهٔ ۴ مادهٔ «۳۴» اصلاحی از تاریخ انقضاء مدت حق استرداد، تأخیر تأدیه احتساب میشود.

دو امر باید مورد توجه قرار گیرد:

بدستور مادهٔ «۷۲۲» قانون آئین دادرسـی مـدنی «در معاملات با حق استرداد که مورد معامله بتصـرف دائن داده شده است، دائن حق مطالبهٔ خسارت تأخیر تأدیه و مدیون حق مطالبهٔ اجرت المثل را نسبت بمدتی که مورد معامله در تصرف دائن بوده است ندارد».

۲- مادهٔ «۷۲۳» قانون آئین دادرسی مدنی که حاوی مفاد مادهٔ «۳۴» قانون تسریع

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۵۱

محاکمات اصلاحی میباشد، مقرر داشته در مورد دعاوی غیر تجارتی که بر میت اقامه شده و همچنین در مواردی که باستناد گواهی و امارات دادگاه میتوانـد حکم دهـد، از تاریـخ صـدور اولین حکمی که بر له مـدعی صادر میشود خسارت تأخیر تأدیه تعلق خواهد گرفت.

برای مطالبهٔ خسارت ناشـیه از عدم انجام تعهد که مورد آن وجه نقد است، دائن احتیاج ندارد ثابت کند که خسارت باو متوجه شده است، بلکه طبق مادهٔ «۷۲۵» قانون آئین دادرسی مدنی، صرف تأخیر در پرداخت، برای مطالبه و حکم به پرداخت آن کافی میباشد. چنانکه در مورد غیر وجه نقـد بیان گردیـد، در مورد وجه نقـد نقـد نیز طرفین میتواننـد با یکدیگر قرار دهند که در صورت تأخیر از پرداخت، مـدیون مبلغی بعنوان وجه التزام بـدائن بپردازد. وجه التزام مزبور هرگـاه از نرخ ربـح قانونی تجاوز ننمایـد طبق آن حکم و برگ اجرائی صـادر میشود و هرگـاه از نرخ ربـح قانونی تجاوز نمایـد تا میزان ربـح قانونی تنزل داده میشود. مادهٔ «۳۵» قانون ثبت و مادهٔ «۷۱۹» قانون آئین دادرسـی مـدنی، دادگاه دادگستری را منع نموده که در هیـچ مورد نسبت بوجه التزام بیش از صـدی ۱۲ در سال بنسبت مـدت تأخیر، حکم ندهد و ادارات ثبت بیش از صدی دوازده در سال ورقهٔ لازم الاجرا صادر ننماید، اعم از اینکه وجه التزام نسبت بمعاملات با حق استرداد یا معاملات استقراضـی دیگر باشـد. هرگاه بعنوان خسارت تأخیر تأدیه بیش از مبلغی که قانون معین کرده است تأدیه شـده باشـد طبق مادهٔ «۷۲۶» قانون آئین دادرسـی مـدنی مدیون نمیتواند استرداد آن را بخواهد، زیرا بدسـتور

مادهٔ «۲۶۶» قانون مـدنی در مورد تعهداتی که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمیباشد اگر متعهد بمیل خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود.

از خسـارات حاصـله از عـدم انجـام تعهـد، خواه راجع بوجه نقـد باشـد یـا غیر وجه نقـد طبق مادهٔ «۷۱۳» قانون آئین دادرسـی مـدنی خسارت نمیتوان خواست. مثلا هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۵۲

مـدیون طبق قرارداد ملتزم شود که مبلغی بـابت خسـارت ناشـیه از عـدم انجـام تعهـد بـدائن در مورد مقرر بپردازد، دائن نمیتوانـد در صورت تـأخیر، مطـالبه خسـارت تـأخیر تادیـهٔ آن را بنمایـد و در صورتی که مسـتند ابرازی دائن، علت دین را بیـان ننمایـد، مـدیون نمیتواند در مقام دفاع از عدم مدیونیت خود ثابت کند که مورد مطالبه خسارت میباشد و خسارت از خسارت قابل مطالبه نیست.

مبحث سوم در اثر عقود نسبت باشخاص ثالث

اشاره

اشخاص ثالث عبارتند از کسانی که طرف قرارداد و قائم مقام آنها نباشند.

اشخاصـی که از اطراف قرارداد نمیباشـند و قـانون آنها را قائم مقام نیز نشـناخته است، از قراردادی که منعقـد میشود منتفع و متضـرر نخواهند گردید، زیرا عمل طرفین قرارداد نمیتواند باشخاصـی که بیگانه از آن میباشـند سرایت نماید. این است که مادهٔ «۲۳۱» قانون مدنی میگوید: «معاملات و عقود فقط در بارهٔ طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد مادهٔ «۱۹۶».

در قراردادی که بوسیلهٔ وکیل منعقد میشود، موکل شخص ثالث نمیباشد، زیرا چنانکه بعداً شرح داده خواهد شد قرارداد مزبور برای موکل منعقد میشود و اثرات آن مستقیماً راجع باو خواهد بود.

هیـچ کسـی نمیتواند برای دیگری بدون موافقتش ایجاد حقی بنماید و یا بدون رضایتش حق او را اسـقاط کند همچنانی که نمیتواند تکلیفی بعهـدهٔ او گـذارد. قاعدهٔ مزبور مبتنی باسـتقلال و آزادی ارادهٔ فردی است. این قاعدهٔ در موارد ذیل با اسـتثناء برخورد نموده است:

۱- ملزم بودن وصی بانجام امور وصایت چنانچه در زمان حیات موصی آن را

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۵۳

رد نکرده باشد، طبق مادهٔ «۸۳۴» قانون مدنی «در وصیت عهدی قبول (وصی) شرط (صحت وصیت) نیست لیکن وصی میتواند مادام که موصـی زنـده است وصـایت را رد کنـد و اگر قبـل از فوت موصـی (آن را) رد نکرد بعـد از آن حق رد نـدارد اگر چه جاهـل بر وصایت بوده باشد». در مورد مزبور وصـی عهده‌دار تکالیفی است که موصـی بعهدهٔ او گذارده بدون آنکه وصـی رضایت بآن داده باشد.

۲- تأثیر قرارداد ارفاقی نسبت بطلبکارانی که با قرارداد ارفاقی موافقت ننموده‌اند. طبق قسـمت اخیر مادهٔ «۴۸۹» قانون تجارت بعد از تصـدیق قرارداد ارفـاقی که بین تـاجر ورشکسـته و اکثریت طلبکارهـا (لااقل نصف بعلاوه یک نفر از طلبکارها) با داشـتن سه ربع از کلیه مطالبات تصـدیق شـده یا موقتاً قبول شـده منعقد میشود، طلبکارهائی که جزو اکثریت نبوده و قرارداد را امضا نکرده‌اند میتوانند سهم خود را موافق آنچه از دارائی تـاجر بطلبکارهـا میرسـد دریافت نماینـد و بقیـهٔ طلب خود را نمیتواننـد از دارائی تاجر ورشکسـته بخواهنـد مگر پس از تـأدیه تمـام طلب کسـانی که در قرارداد ارفـاقی شـرکت داشـته یـا آن را امضاء نموده‌انـد. در مورد بالا در اثر قرارداد ارفـاقی حق مطالبـهٔ طلبکارانی که در قرارداد مزبور شـرکت نداشـته یا پرداخت تمامی، طلب طلبکاران دیگر ساقط گردیـده، بدون آنکه رضایت در این امر داشته باشند.

۳- تعهد بنفع شخص ثالث- یکی از مواردی که از قاعدهٔ کلی عدم تأثیر قرارداد نسبت باشخاص ثالث استثناء شده است مورد مادهٔ «۱۹۶» میباشد که قانون مدنی در ذیل مادهٔ «۲۳۱» آن را تذکر داده است. قسمت اخیر مادهٔ «۱۹۶» قانون مدنی میگوید:

«ممکن است در ضمن معامله‌ای که شخص برای خود میکند، تعهدی هم بنفع شخص ثالثی بنماید». در قراردادی که بین دو نفر یا بیشتر منعقد میشود هر یک از متعاملین میتواند در مقابل طرف دیگر تعهد نماید مالی را بشخص ثالث بدهد و یا عملی را بنفع او انجام نماید.

چنانکه در عقد بیع یکی از متعاملین تعهد کند هزار ریال بمباشر منزل خریداری شده

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۵۴

بپردازد و یا در وصیتنامه قید شود که موصی له باید هزار ریال در هر ماه تا ده سال بپسر موصی بدهد.

در تعهد بنفع شخص ثالث دو امر باید مورد مطالعه قرار گیرد:

۱- اثر تعهد نسبت بمتعاملین.

۲- اثر تعهد نسبت بشخص ثالث.

۱- اثر تعهد نسبت بمتعاملین- تعهدی که بنفع شخص ثالث در عقد میشود هرگاه متعهد تعهد خود را انجام ندهد، تابع مقررات تخلف از شرط فعل است و مشروط له میتواند تعهد اصلی را فسخ کند، زیرا تعهد بنفع شخص ثالث از نظر تحلیلی شرط ضمن عقد میباشد.

۲- اثر تعهد نسبت بشخص ثالث- منظور از شخص ثالث (کسی است که در قرارداد تعهد بنفع او شده است). حقوق قدیم بحث در تعهد بنفع شخص ثالث را بی‌فائده میدانسته و هر یک از حقوقیین که صحبتی از آن بمیان آورده باختصار پرداخته است، ولی اکنون که دامنهٔ بیمه توسعه یافته و هر روزه در اثر تراکم احتیاجات جامعه بر انواع آن افزوده میشود، بحث در تعهد بنفع شخص ثالث یکی از مباحث مهمهٔ حقوق مدنی قرار گرفته است.

مثالی که عموماً در مبحث (تعهد بنفع شخص ثالث) زده میشود قرارداد بیمهٔ عمر است که بیمه‌گر در قراردادی که با بیمه‌گذار منعقد مینماید. تعهد میکند در مقابل مبلغی که بیمه‌گذار باقساط معینه که اغلب ده یا بیست سال است باو میدهد، مبلغ معینی در انقضاء مدت به بیمه‌گذار بدهد و هرگاه در مدت مزبور فوت کند بلافاصله آن را بکسی که نام او در قرارداد بیمه برده شده بپردازد، نوعاً اشخاص مزبور اولاد و یا عیال بیمه‌گذار میباشند.

در تمامی کشورهای متمدن کنونی قوانین مخصوصی راجع به بیمه موجود است و برای قانونی بودن آن احتیاجی باستنباط از مواد عمومی قانون مدنی نمیباشد، چنانکه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۵۵

در ایران نیز قانون بیمه در ۷ اردیبهشت ماه ۱۳۱۶ تصویب گردید.

حقوقیین رومی طبق قاعدهٔ که نزد آنان اصل حقوقی بشمار میرفت.

Res inter alios acta a alus neque nocere neque prodesse potest).)

نه فقط تعهد بنفع شخص ثالث را بلا اثر میدانستند، بلکه وکالت در انعقاد قرارداد را هم در اوائل باطل میشمردند. برای بلا اثر بودن تعهد بنفع شخص ثالث استدلال مینمودند که شخص ثالث نمیتواند از تعهدی که بین دو نفر بعمل آمده منتفع شود، زیرا مداخلهٔ در عقد نداشته است و طرفین عقد نیز نمیتوانند از آن تعهد منتفع گردند، چه تعهد بنفع آنان نبوده و خود آنها هم چنین ارادهٔ را نداشته‌اند.

قاعدهٔ حقوقی مزبور اجازه نمیداده هیچ قسم تعهدی بنفع شخص ثالث بعمل آید، اگر چه احتیاجات زندگانی آن را ایجاب

می‌نمود، مثلا در عقد بیع فروشنده نمیتوانسته خریدار را متعهد نماید که ثمن را بدیگری بپردازد، خواه بشخص مزبور نمایندگی داده باشد. یا ثمن را باو هبه کرده باشد. همچنین واهب نمیتوانسته در ضمن عقد هبه متهب را متعهد نماید که مالی را بشخص ثالثی بدهد و یا عملی را برای او انجام نماید. بعداً راه حلی پیدا نمودند که در اثر آن شخص ثالثی که در قرارداد بنفع او تعهد شده بود، میتوانسته بر علیه متعهد خود اقامهٔ دعوی نماید، آن راه حل این است که در عقد نام شخص ثالثی که تعهد بنفع او میشده و نام متعهد له را که یکی از طرفین معامله است در ردیف یکدیگر قرار میدادند و نتیجهٔ این معامله، تعهد بنفع طرف قرارداد یا شخص ثالث بوده است.

حقوقیین جدید موضوع تعهد بنفع شخص ثالث را از نظر تحلیل حقوقی مورد مطالعه قرار داده و نظریات مختلفی در حل آن گفته‌اند.

یک- نظریهٔ پیشنهاد- در قراردادی که تعهد بنفع شخص ثالث میشود، یکی از طرفین معامله در مقابل طرف دیگر تعهد مینماید و تعهد مزبور بنفع طرف معامله بوجود می‌آید، سپس متعهد له انتقال حق خود را بشخص ثالث پیشنهاد میکند، هرگاه شخص ثالث انتقال را بپذیرد قرارداد دیگری بین متعهد له و شخص ثالث منعقد میگردد. نتیجهٔ نظریهٔ مزبور

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۵۶

آن است که حق برای شخص ثالث از زمان موافقت او پیدا میگردد. بنابراین هرگاه متعهد له قبل از قبولی شخص ثالث بمیرد، موردی برای قبول و موافقت او باقی نمیماند، علاوه بر آنکه تمامی آثار بیمه عمر ملغی میگردد، زیرا در اغلب موارد شخص ثالث که منتفع از بیمهٔ عمر است تا زمان فوت بیمه‌گذار از قرارداد بیمه آگاه نمیشود و نمیتواند از حق بیمه استفاده کند و قبل از قبول شخص ثالث طلبکاران متعهد له میتوانند مورد تعهد را بازداشت نمایند و در صورتی که قبل از قبول، بیمه‌گذار بمیرد مورد تعهد جزء ترکهٔ متوفی، متعلق حق طلبکاران قرار میگیرد و آنان میتوانند از آن استیفاء طلب خود را بنمایند.

دو- نظریهٔ معاملات فضولی یا کارگشائی. La gestion b'affaires حقوق‌دان مشهور فرانسوی Pothi er چند کلمهٔ در بارهٔ نظریهٔ مزبور بیان نموده و حقوقیین جدید آن را تشریح کرده‌اند. نظریهٔ معاملات فضولی آن است که یکی از طرفین معامله را برای شخص ثالث فضولتاً انجام میدهد. در صورتی که شخص ثالث عمل مزبور را قبول نماید، سمت فضولی طرف معامله تبدیل بوکالت میشود و مانند آن است که او وکالهٔ معامله را منعقد ساخته است. بنا بر این در حقیقت متعهد له همان شخص ثالث میباشد که بنام او قرار داد منعقد شده است. نظریهٔ مزبور اگر چه با اصول قرارداد بیمه بیشتر وفق میدهد ولی باز اشکالاتی را دربردارد و آن اینست که شخص فضولی نمیتواند قراردادی را که منعقد نموده بر هم زند مگر بعنوان فضولی و حال آنکه در قرارداد بیمه، بیمه‌گذار میتواند مستقلا آن را منحل نماید، علاوه بر آنکه در معاملهٔ فضولی هزینه‌های لازم برای انجام معامله در حساب شخص ثالث (متعهد له) منظور میشود و او میپردازد و حال آنکه در مورد بیمه، متعامل از خود پرداخته و قصد مطالبه آن را از منتفع ندارد.

سه- نظریهٔ تعهد مستقیم- قراردادی که بین متعاملین منعقد میگردد و در آن یکی از طرفین تعهد بنفع شخص ثالث مینماید مستقیماً بنفع شخص مزبور ایجاد تعهد میشود.

از نظر تحلیل حقوقی قراردادی که بین متعاملین منعقد میگردد و در آن تعهد بنفع

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۵۷

شخص ثالث میشود، ایجاد تعهد بنفع شخص مزبور مینماید بدون آنکه احتیاج بقبول و موافقت او داشته باشد، یعنی شخص ثالث بدون آنکه مداخله در قرارداد کند متعهد له میگردد و از قرارداد منتفع خواهد شد. طرف تعهد که یکی از طرفین قرار داد است نقش اساسی را در تعهد بازی مینماید، چنانکه میتواند با موافقت متعهد (بیمه‌گر) تعهدی را که ایجاد نموده الغاء و یا تغییر دهد و کسی که در قرارداد سابق منتفع بوده محروم نماید و دیگری را از حق بیمه منتفع گرداند. همچنانی که میتواند بنام خود دعوی

بطلان و هر گونه دعاوی دیگری که مربوط به قرارداد بیمه باشد اقامه کند. تأثیر قبول شخص ثالث آن است که بوسیلهٔ قبول استحکامی در قرار داد حاصل میشود که طرفین، دیگر نمیتوانند آن را الغاء و یا تغییر دهند. در صورتی که شخص ثالث آن را رد نماید قرارداد بحال خود باقی و طرف تعهد از آن منتفع میگردد.

حقوق امامیه، تعهد بنفع شخص ثالث را بصورت شرط ضمن عقد خواه معوض باشد و خواه غیر معوض پذیرفته است و در ادوار تاریخی معمول و متداول بوده است چنانکه اغلب در عقد هبه و صلح و وصیت بر منتقل الیه شرط میشده که مبلغی را بشخص ثالث بصورت نفقه ماهیانه یا سالیانه بپردازد. از نظر تحلیل حقوقی، در اثر قرار دادن شرط بنفع شخص ثالث در ضمن عقد برای مشروط له (شخص ثالث) حق ایجاد میشود و پس از عقد بدون هیچ‌گونه قبولی میتواند بر علیه مشروط علیه، اقامهٔ دعوی بنماید. قبول و رد شخص ثالث هیچ‌گونه تاثیری در حق او ندارد و طرفین عقد میتوانند عقد مزبور را اقاله نمایند و در اثر اقاله حق شخص ثالث ساقط میگردد و احتیاج بموافقت او ندارد.

بطلان قرارداد بیمه از نظر حقوق امامیه از جهت غرری بودن آن است که بیمه‌گر نمیداند در مقابل مبلغ مورد تعهد، چه مقدار بدست خواهد آورد و در بعضی از اقسام قرارداد، بیمه، مقدار مورد تعهد بیمه‌گر نیز معلوم نیست، چنانکه در بیمهٔ خسارت اتومبیل‌رانی است. قانون مدنی در مادهٔ «۲۳۱» که میگوید: «معاملات و عقود فقط در بارهٔ طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد مادهٔ ۱۹۶»

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۵۸

و مادهٔ «۱۹۶» ق. م. که میگوید: «ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود میکند تعهدی هم بنفع شخص ثالثی بنماید». تعهد بنفع شخص ثالث را مؤثر دانسته ولی حدود تاثیر آن را بیان نموده است. قانون مدنی در موارد دیگر مانند مادهٔ «۷۶۸» در مورد تعهد یکی از متصالحین که نفقهٔ معینه را بشخص ثالث بدهد و مادهٔ «۷۷۷» در مورد وکالت در فروش عین مرهونه برای ورثهٔ مرتهن، مواردی از تعهد بنفع شخص ثالث را ذکر کرده است. بنظر میرسد آثار تعهد بنفع شخص ثالث در حقوق مدنی ایران همان است که در حقوق امامیه بیان گردیده و بر نظریهٔ جعل حق مبتنی میباشد.

تبصره ۱ تعهد بضرر شخص ثالث

در قراردادی که بین دو یا چند نفر منعقد میگردد هر یک میتواند تعهد نماید که شخص ثالث مالی را بطرف دیگر بدهد و یا عملی را برای او انجام دهد.

تعهد بضرر شخص ثالث میتواند بصورت شرط ضمن عقد قرار گیرد، چنانکه ذیل مادهٔ «۲۳۴» قانون مدنی میگوید: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر سه شخص خارجی شرط شود».

تعهد مزبور بر سه نوع است:

اول- آنکه متعهد عهده‌دار میشود سعی و کوشش کند که شخص ثالث تعهد مزبور را که بضرر او شده است بپذیرد. تکلیف متعهد اصلی مذاکره با شخص ثالث و سعی و کوشش در قبول تعهد است. در صورتی که شخص ثالث آن را قبول نماید متعهد اصلی هیچ‌گونه مسئولیتی دیگر نخواهد داشت و شخص ثالث مستقیماً در مقابل متعهد له مسئول است و متعهد له میتواند برای انجام آن بطرفیت شخص مزبور اقامهٔ دعوی کند. در صورتی که متعهد اصلی سعی و کوشش خود را نمود و شخص ثالث تعهد را نپذیرفت و رد کرد متعهد، اصلی تکلیف خود را انجام داده است و خسارتی در اثر رد شخص ثالث نمیپردازد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۵۹

دوم- آنکه متعهد عهده‌دار میشود که شخص ثالث تعهدی که بضرر او شده است بپذیرد. در صورتی که در اثر اقدام متعهد اصلی،

شخص ثالث تعهد را پذیرفت ذمهٔ متعهد اصلی بری میشود و هرگاه نپذیرفت متعهد مزبور مسئول خسارت وارده بر متعهد له میباشد سوم- آنکه متعهد نتیجهٔ عمل شخص ثالث را در مقابل متعهد له بر عهده میگیرد.

در این صورت قبول تعهد و یا سعی و کوشش بتنهائی مورد تعهد نمیباشد تا هرگاه متعهد سعی و کوشش خود را نمود و یا تعهد را شخص ثالث پذیرفت بری شود، بلکه انجام عمل و تحقق آن مورد تعهد است. بنابراین هرگاه شخص ثالث تعهد را قبول نمود و ایفاء کرد، مسئولیت متعهد رفع میگردد ولی هرگاه تعهد را قبول نمود ولی انجام نداد متعهد له میتواند مستقیماً بطرفیت متعهد و شخص ثالث اقامه دعوی بنماید و انجام مورد تعهد را خواستار شود. در این صورت هر دو متضامناً مسئول خسارت متعهد له خواهند بود، زیرا متعهد طبق تعهدی که در قرارداد اصلی نموده ضامن است و شخص ثالث چون تعهد را پذیرفته است و ایفاء بآن ننموده ضامن میباشد. در صورتی که شخص ثالث تعهد را نپذیرد هرگاه بتوان مورد تعهد را بوسیلهٔ شخص دیگری انجام داد، متعهد ملزم بانجام آن میباشد. و الا متعهد مسئول خسارات متعهد له خواهد بود.

تبصرهٔ ۲ نمایندگی و وکالت

اشخاص همچنانی که میتوانند طرف عقد قرار گیرند، و خود را متعهد و یا متعهد له سازند، میتوانند بوسیلهٔ نمایندهٔ خود این عمل را انجام دهند، چنانکه مادهٔ «۱۹۸» قانون مدنی میگوید: «ممکن است طرفین یا یکی از آنها بوکالت از غیر اقدام بنماید ...» مثلا کسی بوکالت خانهٔ دیگری را میفروشد و یا خانهٔ همسایه را برای او میخرد. وکیل که قرارداد را منعقد میسازد واسطهٔ در اعلام قصد انشاء از طرف کسی که او وکالت دارد نیست، بلکه وکیل بوسیلهٔ قصد انشاء استقلالی خود معامله مینماید و از طرف متعهد یا متعهد له نمایندگی در ایجاد ارادهٔ حقیقی و ارادهٔ انشائی

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۶۰

دارد. واسطه در اعلام قصد مانند نامه، تلفن و طفل غیر ممیز است که واسطه در انجام معامله میباشد، چنانکه سیگار فروش بچهٔ کوچکی را در مغازهٔ خود میگمارد و باو می‌آموزد که هر کس آمد و مبلغ معینی را داد یک جعبه سیگار باو بدهد. بچه مزبور آلت فعل و واسطه اعلام قصد فروشنده است و مانند جعبه‌های خودکاری است که هرگاه پول معینی را در آن اندازند سیگار یا عطر یا شکلات و امثال آن خارج میشود، جعبه مزبور مانند صغیر و مجنون اراده ندارد، بلکه ارادهٔ مالک است که موجب انعقاد معامله میگردد.

از نظر تحلیل عقلی طبق مادهٔ «۹۵۸» قانون مدنی: «هر انسانی متمتع از حقوق مدنی خواهد بود لیکن هیچ‌کس نمیتواند حقوق خود را اعمال و اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد» و در صورتی که دارای اهلیت مزبور نباشد مانند صغیر، مجنون و غیر رشید نمایندهٔ قانونی آنها که ولی و قیم هستند حق مولی علیه خود را اجرا و اعمال مینمایند. از این امر معلوم میگردد که از طرف دارندهٔ حق، شخص دیگری میتواند حق او را اجرا کند و آن در مورد اعمالیست که شخصیت دارندهٔ حق در اجراء آن ملحوظ نشده باشد و الا اجراء آن جز بوسیلهٔ دارندهٔ حق ممکن نخواهد بود.

بنابراین افراد میتوانند با قدرت باجراء حقوق مدنی خود اجرای آن را بدیگری برگزار نمایند که شخص اخیر از طرف دارندهٔ حق آن را اجراء کند. برگذاری اجراء حق، سلب حق نمیباشد و بدین جهت دارندهٔ حق نیز میتواند آن را اجراء نماید.

نمایندگی بر دو قسم است: نمایندگی قانونی. نمایندگی قراردادی.

الف- نمایندگی قانونی، نمایندگی است که از طرف قانون بکسی داده میشود مانند نمایندگی ولی و قیم در مورد مولی علیه و مقامات صالحه در مورد ممتنع از انجام معامله که تعهد بانجام آن نموده است.

ب- نمایندگی قراردادی، نمایندگی است که بوسیلهٔ موکل بوکیل داده میشود، وکیل در عقد مانند نمایندهٔ قانونی دارای ارادهٔ

مستقل است که بنفع یا ضرر موکل

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۶۱

در حدود وکالت قصد انشاء مینماید.

نمایندگی قانونی در بسیاری از ادوار تاریخی حقوق موجود بوده است ولی نمایندگی قراردادی سابقهٔ زیادی ندارد.

حقوق رومی طبق قاعدهٔ ... Res interalio که در تعهد بنفع شخص ثالث بیان گردید، وکالت در انجام قرارداد را صحیح نمیدانست و قرنها طول کشید تا حقوقیین رومی بوکالت قراردادی آشنا شدند. در دورهٔ مزبور نتیجهٔ را که امروزه بوسیلهٔ وکالت در انعقاد قرارداد بدست می‌آورند، بوسیلهٔ دو عمل پی‌درپی انجام میدادند بدین نحو که نماینده معامله را بنام خود منعقد میساخت و بعداً نسبت بموضوع معامله بین نماینده و کسی که از طرف او نمایندگی داشت معامله دیگری واقع میشد. عمل مزبور علاوه بر پیچیدگی که داشت با اشکالاتی در عمل مواجه میگشت و آن عدم اطمینان بتحقق معاملهٔ دوم میبود، زیرا ممکن بود که قبل از تحقق معاملهٔ دوم، نماینده فوت نماید و مال بورثهٔ او تعلق گیرد و یا طلبکاران آن را برای استیفاء طلب خود بازداشت کنند. بدین جهت حقوق رومی پس از یک سلسله تحولات نظریهٔ کنونی را که صحت نمایندگی در انعقاد قرارداد است پذیرفت.

در حقوق اسلام کلیهٔ اعمالی که قائم بشخص نمیباشد و مباشرت در آن شرط نشده قابل توکیل است. بنابراین کلیهٔ عقود چه جائز باشد و چه لازم و همچنین ایقاعات را میتوان بوکالت انجام داد. فقهاء امامیه وکالت را در نذر، لعان، رجوع در طلاق رجعی، ایلاء شهادت و اقرار بنابر اشکالی در مورد اخیر اجازه نداده‌اند.

تحلیل حقوقی وکالت در انعقاد عقد:

در انعقاد عقد بوسیلهٔ وکیل سه نفر موجودند: ۱- موکل- و آن کسی است که بنام او قرارداد منعقد میشود. ۲- وکیل- و آن کسی است که قرارداد برای موکل منعقد میسازد. ۳- طرف معامله- و آن کسی است که قرارداد با او منعقد میگردد.

باعتبار ارکان سه‌گانهٔ مزبور سه نوع رابطهٔ حقوقی بوجود می آید: رابطه بین

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۶۲

وکیل و موکل که رابطهٔ داخلی نمایندگی نامیده میشود. رابطهٔ بین وکیل و طرف معامله و رابطهٔ بین طرف معامله و موکل که رابطهٔ خارجی مینامند.

۱- رابطهٔ بین وکیل و موکل- رابطهٔ مزبور بوسیلهٔ عقد وکالت ایجاد میشود.

حدود اختیارات وکیل تابع آن چیزیست که در عقد وکالت تعیین شده است. آن اختیارات گاه «مطلق است و وکیل میتواند در کلیهٔ امور مربوطه بموکل مانند خود او رفتار بنماید و گاه مربوط بامور مخصوصه میباشد، چنانکه در نمایندگی شرکتها تجارتخانه‌ها و کارخانه‌ها است که وکیل در بعضی امور معینه میتواند عمل کند. حدود اختیارات نمایندگان قانونی مانند ولی و قیم و حاکم بوسیلهٔ قانون معین شده است.

دانستن نحوهٔ نمایندگی برای آن است که بتوان حدود و اختیارات نماینده و یا وکیل را تشخیص داد که چه اعمالی را نماینده میتواند انجام دهد و با چه کسانی میتواند قرارداد منعقد نماید.

معامله چنانکه ممکن است بوسیلهٔ وکیل محقق گردد، ممکن است بعنوان وکالت ادعائی نیز منعقد شود و موکل پس از معامله، آن وکالت را تنفیذ نماید. آثار معامله مزبور پس از تنفیذ وکالت مانند معاملهٔ کسیست که قبل از انعقاد آن وکالت داشته است یعنی مانند معامله فضولی بوسیلهٔ تنفیذ کشف میشود معامله از زمان انعقاد صحیح بوده است.

سه امر ذیلا مورد بحث حقوقی قرار میگیرد:

اول- آیا وکیل میتواند معامله را برای خود انجام دهد؟

دوم- آیا یک نفر میتواند وکیل طرفین عقد باشد؟

سوم- آیا یکی از طرفین معامله میتواند وکیل دیگری باشد؟

اول- آیا وکیل میتوانـد معامله را برای خود انجام دهد؟ در قانون ایران مادهٔ یافت نمیشود که وکیل را از انعقاد معامله برای خود منع بنمایـد. بنـابراین هرگـاه حـدود اختیـار وکیل مطلق باشـد میتوانـد معامله را که در آن وکالت دارد برای خود واقع سازد، زیرا اطلاق اقتضای عموم دارد و شامل تمامی افراد معامله میگردد، مگر

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۶۳

آنکه موکل وکیل را صراحتاً از معاملهٔ با خود منع نموده باشد مانند آنکه بگوید خانه را بغیر از خود بهر کس که خواهی بفروش. بعض از قـوانین ماننـد قـانون مـدنی سـویس انعقـاد معـامله وکیـل را برای خـود منع نموده، مگر در مواردی که تصور توجه ضـرری بموکـل نرود، ماننـد خورد کردن پول و عوض نمودن آن و امثال آنهـا، زیرا در موارد دیگر وکیـل ممکن است از موقعیت خود در انعقاد معامله سوء استفاده بنماید و بضرر موکل عمل کند.

بحث مزبور فقط از نظر حدود و اختیاراتی است که موکل یا قانون بنماینده داده است.

دوم- آیا یک نفر میتوانـد وکیل طرفین عقـد باشد، اشـکالی که موجب گفتگو در این امر شده آنست که معامله بوسیلهٔ توافق ارادهٔ طرفین منعقـد میشود، و هرگاه یک نفر بوکالت از ناحیـهٔ طرفین، معامله را منعقد سازد، توافق دو اراده پیدا نخواهد شد و نتیجةً چنین عملی فاقد رکن اساسی عقد خواهد بود.

اشـکال مزبور غیر منطقی بنظر میرسـد، زیرا توافق دو اراده میتوانـد بـدو اعتبـار در یک نفر پیـدا شود، و او باعتباری متعهـد و باعتبار دیگر متعهـد له باشد و بهر یک از آن دو اعتبار، اراده بنماید، و تعدد اعتباری کافی است. قسـمت اخیر مادهٔ «۱۹۸» قانون مدنی باین امر تصریح نموده و میگوید: «و نیز ممکن است که یک نفر از آنها بوکالت از طرف متعاملین این اقدام را بعمل بیاورد».

اکنون اشـکال دیگری پیش می‌آیـد و آن اینست که آیا وکیل مزبور هرگاه بخواهـد عقـدی را بوکالت از طرف متعاملین واقع سازد احتیاج باعلام قصـد نیز دارد و بایـد الفاظی ادا نمایـد و یا اعمالی انجام دهد که حاکی از قصد انشاء باشد یا همان اعمال دماغی که قصد انشاء حقیقی است کافی میباشد؟ ظاهر مادهٔ «۱۹۱» آن است که در مورد مزبور نیز اعلام قصد لازم میباشد ولی این امر با منطق عقل و تشریفاتی نبودن قانون ایران سازگار نخواهد بود.

سوم- آیا یکی از طرفین معامله میتواند وکیل طرف دیگر معامله باشد؟ اشکالی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۶۴

که موجب بحث در این امر شـده همـان است که در شق دوم موجود میباشـد و تمـامی گفتـار در آن مبحث در این مورد نیز خواهد آمد. بنابراین طبق مادهٔ «۱۹۸» قانون مدنی که اجازه میدهد بیک نفر که از طرف متعاملین قرارداد را منعقد نماید، بطریق اولی اجازه میدهد یکی از متعاملین بتواند بعنوان اصالت و وکالت از طرف دیگر قرارداد منعقد سازد.

۲- رابطهٔ وکیل و شخص ثالث یا طرف معامله رابطهٔ مزبور در اثر عقد بوجود می‌آید.

نقش وکیل در انجام معامله آن است که بوسیلهٔ انعقاد قرارداد بین موکل و طرف معامله ایجاد رابطهٔ حقوقی مینماید و خود کاملا از معاملهٔ که بین متعهـد و متعهـد له یا ناقل و منتقل الیه منعقـد شـده خارج است و ماننـد کسـی است که رشتهٔ را از چیزی بچیز دیگر متصل نماید.

وکیـل گـاه در موقع معـامله، نماینـدگی خود را بطرف اعلاـم میـدارد و صـراحتاً معامله را بنام موکل منعقـد میسازد. در این صورت طرف معامله با آشنائی کامل بوضعیت حقوقی، آن معامله را مینماید و آثار آن را متحمل میشود. گاه دیگر وکیل طرف معامله را از سمت خود آگـاه نمینمایـد و معـامله را طوری عـادی انجـام میدهـد که وانمود میکنـد معـامله برای خود او است. یعنی وکیل، رابطهٔ

حقوقی را بین موکـل و طرف معـامله طوری ایجـاد مینمایـد و موکـل را بـا او طرف میسـازد که متوجه آن نمیشود. معاملـهٔ مزبور نیز صحیـح خواهـد بود، زیرا در معاملاتی که شخصـیت طرف علت عمـده نمیباشد اشـتباه در آن چنانکه گذشت خللی بارکان صـحت معـامله وارد نمیسـازد و تـأثیری در معامله نـدارد، اگر چه در بعض موارد شخصـیت طرف معامله در رغبت طرف، نقش مهمی بازی مینمایـد چنانکه درسـتکار و مزاحم نبودن هر یک از متعاملین نوعاً مورد نظر طرف دیگر میباشد، و در صورتی که نسـیه معامله شود وضعیت مالی متعامل و خوش حسابی او اهمیت بسزائی در اقدام بمعامله دارد.

کسی که معامله مینماید ظاهر آنست که آن معامله را برای خود انجام میدهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۶۵

و از آثـار آنـان بهره‌منـد یـا متضرر میشود، مگر آنکه در عقـد تصـریح بر خلاف آن کنـد. قانون مـدنی آن ظاهر را بصورت فرض حقوقی در مادهٔ «۱۹۶» متذکر شده و و میگوید: «کسـی که معامله میکند آن معامله برای خود آن شـخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقـد خلاـف آن را تصـریح نمایـد یـا بعـد خلاـف آن ثـابت شود». وکیـل و یـا ذی‌نفع دیگر میتوانـد برای اثبات این امر از هرگونه ادله و قرائن مثبته استفاده نماید. یکی از اموری که میتواند این امر را برساند آن است که مدعی وکالت ثابت کند عین مالی که مورد معامله قرار گرفته متعلق بدیگری است چنانکه مادهٔ «۱۹۷» قانون مدنی میگوید:

«در صورتی که ثمن یـا مثمن معـامله عین متعلق بغیر باشـد آن معـامله برای صـاحب عین خواهـد بود». زیرا حقیقت معـاوضه تبـدیل عوض و معوض است، بـاین معنی که در عقـد معوض هر یـک از عوضـیین از ملـک هر کس خـارج شود عوض دیگر در ملـک او داخـل میگردد، چنـانکه در معاملـهٔ بر مـال مغصوبه است که معامـل غاصب با آنکه در موقع معامله قصـد دارد معوض در ملکیت او داخل شود، بر خلاف ارادهٔ او معوض، در ملکیت مالک مال مغصوبه داخل میشود و یا تنفیذ مالک، معامله صحیح میگردد.

در صورتی که در اثر پنهان نمودن سمت بنمایندگی خسارتی از معامله متوجهٔ طرف شود طبق مادهٔ «۳۳۱» قانون مدنی وکیل مسئول آن خسارت خواهد بود. مثلا هرگاه وکیل معامله را بنسیه واقع سازد و مال مورد معامله را از بایع تحویل بگیرد و بموکل خود تسلیم کنـد و در موعـدی که ثمن بایـد پرداخت گردد معلوم شود موکـل معسـر و طلب غیر قابـل وصول است، متعامل که باتکاء و اعتماد خریـدار معامله نسـیه نموده میتوانـد بعنوان خسارت، ثمن و همچنین خسارات دیگر خود را از او بخرد او بخواهـد، زیرا طرف معامله در اثر پنهان داشتن سمت خود سبب توجه خسارت بفروشنده شده است.

۳- رابطهٔ بین موکل و شـخص ثالث یا طرف معامله چنانکه گذشت نقش وکیل در انعقاد معامله بعنوان وکالت، ایجاد رابطهٔ حقوقی بین موکل و طرف معامله میباشد و مانند آن است که معامله بدون واسطهٔ وکیل بین

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۶۶

طرفین منعقـد شده، بدین جهت هر یک از طرفین میتواند دعاوی ناشـی از قرارداد را بطرفیت دیگری اقامه نماید و نمیتواند وکیل در معامله، طرف دعوی ناشـی از آن معامله قرار گیرد، مگر اینکه وکالت در این امر را نیز داشته باشد که در این صورت صحنهٔ دیگری از عملیات وکالتی شروع میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۶۷

فصل چهارم در بیان شرائطی که در ضمن عقد میشود

اشاره

فصل مزبور را قانون مدنی ایران از حقوق امامیه اقتباس نموده است. در مجموعهٔ قوانین مدنی کشورهای اروپائی با آنکه ضـمن عقد

معمولا ـ اینگونه شروط را قرار میدهند فصل مخصوصی برای آن زیاده نمیشود. علت این امر آن است که در قوانین آنان هر گونه تعهدی که دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد الزام‌آور میباشد و در حقوق امامیه بنابر نظر مشهور تعهد بدوی الزام‌آور نیست و هر گاه کسی بخواهد تعهدی بنماید باید آن را بصورت یکی از عقود معینه در بیاورد و یا بصورت شرط در ضمن عقد قرار بدهد، این است که در حقوق امامیه شروط ضمن عقد مورد توجه مخصوصی قرار گرفته است.

در قانون مدنی ایران به پیروی از نظر حقوقیین اروپا با وضع مادهٔ «۱۰» که مبتنی بر آزادی اراده در معاملات است (قراردادهای خصوصی نسبت بکسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است) میتوان هر گونه تعهدی که مخالف صریح قوانین موضوعه کشوری نباشد نمود و متعاملین ملزم نیستند معاملهٔ خود را بصورت یکی از عقود معینه و یا بصورت شرط در ضمن عقد در آورند، ولی نظر بانسی که افکار عمومی بمقررات حقوق امامیه دارد، اکنون نیز در اجتماعات روش مزبور را پیروی مینمایند و دفاتر اسناد رسمی نیز تعهداتی که ناشی از عقود معینه نمیباشد بصورت شرط ضمن عقد قرار میدهند و چندان اصرار بر این امر دارند که هر گاه عقد معینی هم حقیقتاً در خارج نباشد که شرط را ضمن آن قرار دهند در اسناد تنظیمی می‌نویسند در ضمن عقد خارج لازم شرط گردید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۶۸

شرط کلمهٔ است عربی و دارای معانی عدیده میباشد:

۱- شرط امریست که در ایجاد شیئی دیگری تأثیری داشته باشد، بطوری که از وجودش وجود آن شیئی لازم نیاید ولی از عدمش عدم آن لازم آید. شرط در اصطلاح اهل معقول در این معنی استعمال میشود.

۲- شرط در مقابل جزاء میباشد و آن کلمه ایست که پس از ادوات شرط در جمله قرار میگیرد. شرط در اصطلاح نحویین در این معنی استعمال میشود.

۳- شرط بمعنی عهد و التزام میباشد و در این فصل در معنی مزبور استعمال شده است. اصطلاحاً شرط بتعهدی گفته میشود که در ضمن عقد دیگری قرار گیرد. شرط مزبور در معنی مصدری و حدثی استعمال شده است، یعنی ملتزم کردن و ملتزم شدن بامری، چنانکه گویند بر او شرط کرد یعنی او را ملتزم کرد، و برای او شرط کرد یعنی بنفع او شخصی را ملتزم نمود.

تعهد گاهی مستقلًا مورد قرارداد و عقد قرار میگیرد چنانکه شرح آن در عقود گذشته و گاه دیگر در ضمن قرارداد و تعهد مستقل دیگری بوجود می آید و در اثر این امر جنبه تبعی بخود خواهد گرفت که آن را شرط ضمن عقد گویند. شرط ممکن است ضمن عقد معوض قرار داده شود مانند آنکه کسی خانهٔ را بپانصد هزار ریال بدیگری بفروشد و در ضمن آن شرط نماید که خریدار یک اتومبیل سیستم معینی مجاناً باو بدهد. در عقد مزبور دو تعهد موجود است: یکی اصلی که انتقال خانه بپانصد هزار ریال است و در اثر عقد بیع بوجود آمده، و دیگری تبعی که انتقال اتومبیل است مجاناً از طرف مشتری بایع، که در اثر شرط ضمن عقد بیع پیدایش یافته است. ممکن است شرط ضمن عقد غیر معوض قرار گیرد مانند آنکه کسی خانهٔ خود را بدیگری هبه کند و ضمن آن شرط نماید که متهب ساختمانی را طبق نقشه برای واهب بسازد. عقد مزبور نیز مرکب از دو تعهد است: یکی اصلی که هبه خانه است و دیگری تبعی که تعهد بساختمان میباشد.

شرط (تعهد تبعی) با عقدی که شرط ضمن آن شده (تعهد اصلی) بستگی و رابطهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۶۹

نزدیکی پیدا مینماید و عقد واحدی را تشکیل میدهند بدین جهت:

الف- هر گاه تعهد اصلی بجهتی از جهات باطل باشد، شرط ضمن آن باطل خواهد بود، زیرا وجود حقوقی شرط، منوط بوجود حقوقی تعهد اصلی است ولی بالعکس هر گاه شرط ضمن عقد باطل باشد تعهد اصلی باطل نمیشود، مگر در صورتی که وجود

شرط موجب اخلال یکی از شرائط اساسی صحت عقد می گردد، زیرا تعهد اصلی موجود حقوقی مستقلی است.

ب- هرگاه عقد جائزی بصورت شرط ضمن عقد لازم قرار داده شود، لزوم عقد اصلی در شرط ضمن خود تاثیر و سرایت مینماید و عقد جائز را مانند عقد لازم غیر قابل فسخ میگرداند. مثلًا هرگاه کسی خانه‌ای را بدیگری بفروشد و ضمن آن شرط شود که بایع از طرف مشتری مدت دو سال وکیل باشد که محصول دهات او را جمع آوری نموده و پس از تسعیر، بمقدار ثمن خانه بخود انتقال دهد. در مثال مزبور عقد جائز وکالت چون بصورت شرط در ضمن عقد لازم قرار گرفته اثر عقد لازم را پیدا مینماید و موکل نمیتواند آن را برهم زند و وکیل هم نمیتواند خود را عزل کند. همچنین است هرگاه عقد جائزی بصورت شرط ضمن عقد جائز دیگری قرار گیرد، مثلًا هرگاه در ضمن عقد جائز عاریه وکالت معیر در فروش خانه مستعیر شرط شود، معیر نمیتواند مادام که عقد عاریه را فسخ ننموده از وکالت استعفاء دهد، زیرا بستگی شرط ضمن عقد که وکالت است بعقد اصلی که عاریه میباشد بنحوی است که آن را جزء عقد اصلی نموده است، ولی هرگاه معیر عقد عاریه را که جائز است برهم زند عقد وکالت را میتواند منحل نماید.

بستگی دو تعهد بیکدیگر در صورتی است که یکی از آن دو بصورت شرط ضمن تعهد دیگر قرار گیرد، و الا هرگاه قبل از انعقاد عقد یا بعد از آن تعهد شود هر یک از آن دو تعهد، مستقل میباشد و هیچ یک بستگی بدیگری پیدا نخواهد نمود.

درج نمودن شرط در ضمن عقد نه فقط ربط و بستگی بین تعهد تبعی و تعهد اصلی ایجاد مینماید، بلکه تعهد تبعی را معنا مورد یا جزء مورد تعهد اصلی قرار میدهد و بنفع

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۰

یکی از طرفین عقد خواهد بود، اگر چه برای شخص ثالث باشد. مثلًا هرگاه کسی خانهٔ خود را بدیگری بیکصد هزار ریال بفروشد، و در ضمن آن شرط کند که اثاثیه منزل فروشنده در مدت یک سال در زیر زمین خانه مورد فروش نزد خریدار ودیعه و امانت باشد، شرط مزبور بنفع بایع است و برای خریدار تا مدت یک سال تعهد ایجاد مینماید که اموال مزبور را حفاظت کند. بالعکس هرگاه شرط شود که بایع خانه را تعمیر و تحویل مشتری دهد، شرط مزبور بنفع مشتری میباشد و بایع متعهد و ملزم بتعمیرات لازمه خواهد بود. همچنین است هرگاه در ضمن فروش خانه شرط شود که خریدار مدت دو سال ماهی یک هزار ریال به پسر فروشنده بدهد. شرط مزبور اگر چه بنفع شخص ثالث است ولی از نظر تحلیلی جزو ثمن و در حقیقت بنفع بایع میباشد.

همچنان که ممکن است در عقد، یک شرط درج گردد ممکن است چندین شرط قرار داده شود که همگی بنفع یکی از طرفین عقد باشد یا مختلف، یعنی بعضی بنفع یکی و بعض دیگر بنفع طرف دیگر. اکنون که معلوم شد میتوان در عقد بنفع هر یک از طرفین یا هر دو آنها شرط نمود، لازم است در موقع تنظیم سند دقت شود که شرط را در عقد بنفع کدام یک از طرفین و یا بنفع هر دو آنها قرار میدهند. برای مثال شرط وکالت را ضمن عقد بیع، مورد تحلیل حقوقی قرار میدهیم:

۱- شرط بنفع فروشنده- کسی خانهٔ خود را میفروشد بپانصد هزار ریال که نقداً دریافت میدارد و ضمن عقد مزبور، وکالت خریدار برای مدت دو سال شرط میشود که مجاناً کلیه عایدات دهات متعلق بفروشنده را جمع آوری نموده بموکل تحویل دهد. شرط مزبور بنفع فروشنده است و وکیل نمیتواند از وکالت استعفا دهد، ولی موکل میتواند از حق خود صرف نظر نموده او را عزل کند، زیرا وکالت تحمیلی است بر مشتری بدون آنکه نفعی در آن داشته باشد.

۲- شرط بنفع خریدار- کسی خانهٔ خود را میفروشد به پانصد هزار ریال که

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۱

نقداً دریافت میدارد و ضمن عقد، شرط مینماید که هرگاه درخواست ثبت خانهٔ مزبور بوسیلهٔ خریدار بعمل آید و از ناحیهٔ برادران فروشنده اعتراض به ثبت آن بشود، خریدار میتواند در ظرف شش ماه آن معامله را فسخ نماید و وکیل است دهات فروشنده را

واگذار بغیر نموده پول خود را از آن استیفاء کند. شرط مزبور بنفع خریدار است و فروشنده نمیتواند او را از وکالت در فروش دهات خود عزل نماید، ولی خریدار میتواند از آن استعفا دهد.

۳- شرط بنفع فروشنده و خریدار- کسی خانهٔ خود را بپانصد هزار ریال نسیه بدیگری میفروشد و خریدار فروشنده را ضمن معاملهٔ مزبور وکیل مینماید که تمامی محصول سال جاری دهات را جمع‌آوری نموده و پس از فروش از آنچه حاصل میشود پانصد هزار ریال ثمن خانه را برداشته و بقیه را بخریدار تسلیم نماید و برای عمل خود هر ماهه هزار ریال دریافت دارد. شرط مزبور بنفع فروشنده و خریدار است و بدین جهت موکل نمیتواند وکیل را عزل و وکیل نمیتواند شانه از تکالیف خود خالی و از وکالت استعفا دهد.

در امثله سه‌گانه بالا از طبیعت و نحوهٔ شرط معلوم میشود که مشروط علیه (متعهد) و مشروط له (متعهد له) کیست.

بنابر آنچه گفته شد هرگاه عقد جائزی در ضمن عقد دیگری شرط شود، لازم است تصریح گردد که جنبهٔ الزام و تعهد ناشی از شرط، نسبت بکدامیک از طرفین عقد است، زیرا عقد جائز مانند وکالت، هرگاه بطور مطلق ضمن عقد لازمی بصورت شرط قرار گیرد و از قرائن و نحوهٔ شرط معلوم نشود که مشروط له و مشروط علیه کیست، در مورد اختلاف دانستن آن مشکل خواهد گشت. مادهٔ «۶۷۹» قانون مدنی که میگوید:

«موکل میتواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد» ناظر بموردی است که شرط وکالت بنفع وکیل باشد و الا هرگاه شرط وکالت بنفع موکل باشد، مشروط علیه وکیل خواهد بود و فقط موکل میتواند او را عزل نماید، زیرا موکل میتواند از حق خود صرف نظر کند ولی وکیل حق ندارد استعفا دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۲

مبحث اول در اقسام شرط

اشاره

چنانکه گذشت شرط تعهدی است که ضمن تعهد دیگری درج میگردد و در اثر این امر بستگی و رابطهٔ بین آن دو تعهد پیدا میشود که شرط، صورت تعهد تبعی بخود میگیرد و معناً مورد یا جزء مورد معامله اصلی میشود. این امر ما را مواجه با دو پرسش مینماید.

اول- آیا تعهد تبعی نیز باید دارای شرائط اساسی صحت معامله باشد؟

دوم- هرگاه تعهد تبعی در اثر عدم رعایت شرایط صحت معامله باطل باشد، آیا تعهد اصلی نیز باطل است؟

اول- آیا تعهد تبعی باید دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد؟ چنانکه از ماده «۲۳۲» ق. م. استنباط میشود، قانون مدنی فقط رعایت سه امر را برای صحت شرط ضمن عقد لازم میداند و آن سه شرط عبارت است از: قدرت بر تسلیم مورد شرط، داشتن نفع و فائده و مشروع بودن آن که هرگاه یکی از آن شروط رعایت نشود شرط باطل است و راجع ببقیهٔ شرایطی که رعایت آنها در صحت معامله لازم میباشد قانون سکوت اختیار نموده است. آنها عبارتند از مالیت داشتن، معین بودن، مبهم نبودن، و همچنین مشروعیت جهت. بنابراین از نظر قضائی نمیتوان شرط ضمن عقدی که مالیت ندارد و یا معین نمیباشد و یا مبهم است و یا جهت آن نامشروع است باطل دانست، چه مادهٔ که بتوان باستناد آن حکم به بطلان چنین شرطی نموده موجود نیست، علاوه بر آنکه مادهٔ «۲۳۲» قانون مدنی که در مقام بیان شرائط باطل است نامی از آنها نمیبرد و سکوت در مقام بیان قرینه مسلمی بر صحت اینگونه شروط میباشد. از طرف دیگر بدستور مادهٔ «۱۰» قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را نسبت بطرفین نافذ میداند، اینگونه شروط و همچنین معاملهٔ که شرط ضمن آن شده است صحیح میباشد.

دوم- هرگاه تعهد تبعی در اثر عدم رعایت شرایط صحت معامله باطل باشد، آیا تعهد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۳

اصلی باطل است؟ بستگی بین معامله و شرط ضمن آن اگر چه از دو طرف میباشد، ولی نحوهٔ آن دو با یکدیگر مختلف است:

الف- رابطه و بستگی شرط بمعامله- بستگی مزبور چنانکه گذشت تبعی میباشد و وجود آن متفرع بر وجود معاملهٔ اصلی است و در صورتی که معاملهٔ اصلی باطل باشد شرط ضمن آن که موجود تبعی است نیز باطل است. بعبارت دیگر شرط معناً مورد و یا جزء مورد معامله و بنفع یکی از طرفین معامله قرار داده شده و هرگاه معامله باطل باشد نمیتواند مورد و یا جزئی از مورد بخودی خود باقی بماند.

ب- رابطه و بستگی معامله بشرط- با توجه بآنکه شرط ضمن عقد موجود تبعی و معاملهٔ که شرط، ضمن آن قرار گرفته موجود اصلی است، بطلان موجود تبعی نمیتواند سرایت در موجود اصلی نماید، زیرا وجود حقوقی معاملهٔ مزبور منوط بوجود حقوقی شرط نمیباشد تا بطلان شرط که عدم وجود حقوقی او است، موجب عدم وجود حقوقی معامله اصلی گردد، مگر در موردی که بستگی شرط مزبور بمعاملهٔ اصلی بنحوی باشد که بطلان آن موجب اخلال یکی از شرائط اساسی معاملهٔ اصلی شود که در این صورت معاملهٔ اصلی در اثر آنکه دارای شرائط اساسی برای صحت معامله نمیباشد باطل خواهد بود، مانند شرط مجهولی که جهل بآن موجب جهل بعوضین میشود. این است که قانون مدنی در مادهٔ «۲۳۲» شروط باطلی که مفسد عقد نمیباشد شمرده است و در مادهٔ «۲۳۳» شروط باطلی که موجب بطلان عقد میباشد بیان نموده و بین آن دو دسته فرق گذارده است. بنابر آنچه گذشت شروط بر دو قسم است:

۱- شروط باطله.

۲- شروط صحیحه.

۱- شروط باطله

اشاره

چنانکه گذشت درج شرط در ضمن عقد رابطه و بستگی بین آن دو ایجاد مینماید و آن دو را یک معاملهٔ مشروط جلوه میدهد، ولی نحوهٔ رابطهٔ آن دو با یکدیگر متفاوت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۴

میباشد یعنی رابطهٔ شرط بعقد رابطهٔ فرع باطل است و رابطهٔ عقد بشرط رابطهٔ اصل بفرع میباشد و طبق قاعدهٔ که شرح آن گذشت بطلان فرع در اصل سرایت نمینماید مگر جهت مخصوصی داشته باشد. بنابراین شروط باطله بر دو قسم است:

۱- شروط باطلی که مفسد عقد نمیباشد.

۲- شروط باطلی که مفسد عقد میباشد.

قسمت اول شروط باطلی که مفسد عقد نمیباشد

اشاره

مادهٔ «۲۳۲» قانون مدنی میگوید: «شروط مفصلهٔ ذیل باطل است ولی مفسده عقد نیست:

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.

۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

۳- شرطی که نامشروع باشد».

قانون مدنی در مادهٔ بالا سه قسم شرط را باطل دانسته است که بطلان آن سرایت بعقد نمی‌نماید.

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد-

قصد طرفین از درج شرط در ضمن عقد پیدایش آن در خارج است و چنانچه ایجاد آن مقدور نباشد، خواه آنکه مورد شرط تسلیم مال باشد یا انجام عمل، مقصود مشروط حاصل نمیشود، چنانکه در قدرت بر تسلیم مورد معامله، شرح آن گذشت. و چنین شرطی طبق ماده «۲۳۲» باطل است خواه طرفین معامله یا یکی از آنها عالم و یا جاهل بعدم قدرت مشروط علیه باشد.

۲- شرطی که در آن نفع و فائده نباشد

منظور از نفع و فائده نفع و فائدهٔ عقلائی است و چیزی که اینگونه نفع و فائده ندارد عقلًا آن را بدون فائده و انجامش را

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۵

قانون بی‌اثر میداند و بدین جهت آن را باطل میشمارد. فرقی ندارد طرفین معامله یا یکی از آنها جاهل و یا عالم بعدم آن نفع آن باشد.

۳- شرطی که نامشروع باشد-

منظور ماده از شرط نامشروع، شرط بر خلاف قوانین موضوعهٔ کشوری است. چیزی که انجام آن غیر مشروع است در عالم حقوق انجامش غیر مقدور میباشد و قانون از مشروط له برای انجام چنین شرطی حمایت نمیکند.

چیزی را که قانون حمایت از آن ننماید حق محسوب نمیگردد و در عالم حقوق بلا- اثر است. علم و جهل طرفین یا یکی از آنها بنامشروع بودن شرط تأثیر در این امر نمیکند. شرط نامشروع اعم است از آنکه انجام امری باشد که قانون جرم شناخته باشد مانند آنکه کسی در عقد بر دیگری شرط نماید که خانه فلان شخص را آتش بزند و یا آنکه عدم انجام امری باشد که تکلیف قانونی است چنانکه در ضمن عقد کسی بر دیگری شرط کند که نفقهٔ زوجهٔ دائمهٔ خود را ندهد، از اقسام شرط نامشروع شرطی است که بر خلاف حکم قانونی باشد، مانند آنکه ضمن عقد نکاح شرط شود که حق طلاق با زوجه باشد و یا آنکه زوج حق طلاق زوجهٔ خود را ندارد، زیرا طبق ماده «۱۱۳۳» ق. م: «مرد میتواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق بدهد» زیرا چنانکه از مواد مربوطه بطلاق معلوم میگردد اختیار زوج در طلاق حکم است و قابل انتقال و اسقاط نمیباشد و شرط مزبور بر خلاف قانون است.

در موارد سه‌گانه بالا رابطهٔ بین شرط و معامله و معامله فقط بستگی امر فرعی باصلی میباشد که در اثر اندراج شرط ضمن معامله حاصل شده است و هیچ‌گونه بستگی دیگری ندارد که بطلان شرط بتواند تأثیر در معامله بنماید و آن را باطل گرداند.

آیا در مواردی که شرط ضمن عقد باطل است مشروط له میتواند معامله را فسخ نماید؟ قانون مدنی ماده‌ای راجع باین امر ندارد ولی بوسیلهٔ تحلیل حقوقی که از شرط ضمن عقد بعمل می‌آید پاسخ آن معلوم میشود:

در صورتی که مشروط له در حین معامله آگاه از فساد شرط باشد، نمیتواند معاملهٔ اصلی را فسخ نماید، زیرا مشروط له با علم بآنکه شرط باطل و بلا اثر میباشد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۶

معامله نموده و در حقیقت عقد را بدون شرط منعقد ساخته است، و عقد مزبور مانند عقد مطلق و بسیط خواهد بود. اما در صورتی که مشروط له در حین عقد جاهل به بطلان شرط باشد، خواه مشروطه علیه عالم بآن باشد و یا جاهل، میتواند معاملهٔ اصلی را فسخ

نماید زیرا:

۱- در صورتی که شرط غیر مقدور باشد مانند آنکه در ضمن فروش خانه، خریدار شرط نماید، فروشنده طوطی را که دارد مجاناً پس از دو روز باو واگذار نماید و بعد از معاملهٔ خانه معلوم شود که طوطی قبل از معامله پریده است، شرط مزبور در اثر عدم قدرت بر تسلیم باطل است و معامله نسبت بخانه صحیح میباشد و مشروط له میتواند آن را فسخ بنماید زیرا او با انعقاد معامله با پیوست شرطی که ضمن آن شده موافقت نموده و در ثمنی که پرداخته، شرط را نیز ملحوظ داشته است و چون کشف شود که انجام شرط غیر مقدور میباشد ناچار باید برای جبران خسارت بمشروط له حق داده شود که معاملهٔ اصلی را همان قسم قبول و یا فسخ نماید و نمی‌تواند نسبت به بطلان شرط، از ثمن تقسیط کند، زیرا شرط اگر چه معناً جزء مورد معامله است ولی در معامله سهمی از ثمن در مقابل آن داده نشده است.

و همچنین است هرگاه شرط در حین عقد مقدور باشد ولی بعداً در اثر امر خارجی غیر مقدور شود چنانکه در مثال بالا، طوطی مورد شرط در حین معامله موجود بوده ولی پس از یک روز از انعقاد معامله بپرد. حق فسخ برای مشروط له در مثال مزبور در صورتیست که عدم قدرت بر انجام شرط مستند بفعل او نباشد، چنانکه طوطی را او رها کرده باشد زیرا مشروط له خود موجب اضرار شده است. فرقی نمی‌نماید که مشروط علیه موجب عدم قدرت بر انجام شرط شود یا دیگری موجب آن گردد. مادهٔ «۲۴۰» قانون مدنی میگوید: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود و یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند بفعل مشروط له باشد».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۷

۲- در صورتی که شرط نفع و فائده نداشته باشد، مشروط له میتواند عقد را فسخ نماید، زیرا مشروط له در حین عقد تصور نفع و فائده برای شرط مینموده و با لحاظ انتفاع از آن، معامله را نموده است، و چون کشف شود که شرط باطل است، مشروط له میتواند برای جبران خسارت وارده معامله را فسخ نماید، و یا همانگونه آن را قبول کند. چنانکه کسی در ضمن فروش اسب خود، شرط نماید که ده خروار تلخه (دانه‌های تلخی که در گندم یافت میشود) خریدار باو بدهد بتصور این که آنها را میتوان بجای دانه بمرغ داد، بعد معلوم شود که مرغ آن را نمی‌خورد و هیچ‌گونه فائده‌ای برای آن متصور نیست. راجع بحق فسخ در مورد مزبور مادهٔ در قانون مدنی موجود نیست، ولی میتوان از روح مادهٔ «۲۴۰» قانون مدنی این امر را استنباط نمود و از نظر وحدت ملاک حق فسخ را در شرطی که نفع و فائده ندارد ثابت دانست، زیرا شرطی که نفع و فائده ندارد مانند غیر مقدور، قابل استفاده نخواهد بود.

۳- در صورتی که شرط نامشروع باشد، مشروط له میتواند معاملهٔ اصلی را که شرط در ضمن آن قرار داده شده فسخ نماید، زیرا معاملهٔ اصلی با لحاظ انجام شرط منعقد شده و چون کشف شود که شرط باطل است و بمشروط له خسارت متوجه میشود میتواند بوسیلهٔ حق فسخ آن را جبران کند، چنانکه در مورد شرط غیر مقدور است.

زیرا از نظر حقوقی آنچه قانوناً ممنوع باشد مانند آن است که طبیعتاً غیر مقدور می‌باشد.

در مورد مزبور فرقی نخواهد داشت که مشروط له جاهل بحکم باشد، چنانکه نمیدانسته معاملهٔ ارز خارجی قانوناً ممنوع است و آن را بصورت شرط ضمن عقد قرار داده و یا جاهل بموضوع باشد، چنانکه میدانسته ارز خارجی ممنوع است ولی نمیدانسته که گرفتن حواله نیز معاملهٔ ارز خارجی می‌باشد، بلکه تصور میکرده که معامله بر عین ارز خارجی ممنوع است.

در صورتی که شرط در حین معامله مشروع بوده ولی در اثر وضع قانون جدیدی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۸

پس از انعقاد معامله غیر مشروع شود، مانند آنست که شرط در حین معامله مشروع نبوده است.

در مورد شرط نامشروع نیز ماده‌ای موجود نیست که حق فسخ بمشروط له بدهد ولی میتوان بآسانی از مادهٔ «۲۴۰» قانون مدنی آن را

استنباط نمود، زیرا چنانکه گذشت آنچه قانوناً ممنوع است مانند آن است که عقلا ممتنع و غیر مقدور باشد.

قسمت دوم شروط باطلی که مفسد عقد میباشد

اشاره

مادهٔ «۲۳۳» قانون مدنی میگوید: «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

۱- شرط خلاف مقتضای عقد.

۲- شرط مجهولی که جهل بآن موجب جهل بعوضین شود.

چنانکه گذشت بطلان شرطی که در ضمن عقد است سرایت بعقد نمی‌نماید و موجب بطلان آن نمیشود، مگر آنکه مفاد آن شرط طوری باشد که موجب اخلال یکی از ارکان اساسی عقد گردد و آن در دو مورد ذیل است:

۱- شرط خلاف مقتضای عقد-

برای توضیح مطلب باید متذکر بود که عقد دارای دو نوع مقتضاء است.

الف- مقتضاء ذات عقد- و آن عبارت از امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد میگردد. میتوان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست.

هر نوع از عقود مقتضاء مخصوصی دارد که مستقیم بسبب آن حاصل میگردد، چنانکه مقتضاء عقد بیع، ملکیت مبیع برای مشتری، و ملکیت ثمن برای بایع میباشد، و مقتضاء اجاره، ملکیت منافع عین مستأجره برای مستأجر، و ملکیت اجرت المسمی برای مالک است، و مقتضاء تعهد، مدیونیت متعهد بمتعهد له و مقتضاء هبه، ملکیت مال

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۷۹

موهب برای متهب میباشد.

در معاملات معوض دو مقتضاء و در معاملات غیر معوض یک مقتضاء موجود است، زیرا هر تعهد و یا تملیک دارای مقتضاء خاصی میباشد.

در صورتی که شرطی در عقد بشود که بر خلاف مقتضاء ذات آن عقد باشد، بین مفاد شرط و مفاد عقد تضاد حاصل میشود، زیرا تحقق عقد موجب پیدایش مقتضاء آن میگردد و تحقق شرط موجب عدم پیدایش آن مقتضاء میشود و نتیجهٔ عقد مزبور که اثبات مقتضاء و نفی آن در آن واحد است، عدم حصول آن عقد خواهد بود، زیرا آثار هر یک از شرط و مشروط بعلت تضاد بین آن دو خنثی شده و هر دو باطل میشوند.

این است که نمیتوان مانند موارد سه‌گانهٔ گذشته شرط را باطل و عقد را صحیح دانست.

شرط خلاف یکی از اجزاء مقتضاء عقد و همچنین شرط خلاف یکی از آثار مقتضاء، موجب بطلان عقد نخواهد شد، زیرا بطلان عقدی که شرط خلاف مقتضاء در آن شده است در اثر تضادی میباشد که بین شرط و عقد حاصل میشود و هر یک از آن دو آثار دیگری را خنثی مینماید. شرط خلاف بعضی از اجزاء مقتضاء یا بعضی از آثار مقتضاء عقد را خنثی نمینماید، بلکه جزء و اثر مزبور را حذف میکند و بقیهٔ اجزاء و آثار مقتضاء بحال خود باقی میماند، بنابراین اینگونه شرط عقلائی و در نظر عرف پسندیده است، ولی چنانچه شرط بر خلاف بعضی از اجزاء یا آثاری باشد که از نظر عرف غیر قابل انفکاک از ذات مقتضاء هستند در حکم شرط خلاف ذات مقتضاء است و در نظر عرف بین شرط مزبور و مقتضاء تضاد حاصل میگردد. مثلا در عقد بیع که مقتضاء آن ملکیت مشتری است، هرگاه شرط شود که مشتری مالک مبیع نشود در اثر تضاد بین شرط و مقتضاء، عقد بیع باطل میشود، ولی هرگاه

شرط شود که مشتری حق انتفاع یا حق استثمار و یا حق انتقال را برای مدت معینی ندارد آن شرط و عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۰

صحیح میباشد. همچنین است هرگاه بر مشتری شرط شود که تا پنجاه سال حق ندارد مبیع را به دیگری انتقال دهد، زیرا تضاد عقلی بین شرط و مقتضاء که موجب بطلان عقد است حاصل نمیشود، چنانکه در مورد اجاره معمول است که شرط میشود مستأجر حق انتقال اجاره را بغیر ندارد و حال آنکه مقتضاء اجاره نیز ملکیت منافع است و فرق بین بیع و اجاره از حیث مورد است و از حیث مقتضاء با یکدیگر یکسانند.

ایراد بآنکه کل، غیر از اجزاء چیز دیگری نیست، بنابراین شرط خلاف یکی از اجزاء مقتضاء، در حکم شرط خلاف تمام مقتضاء است. وارد نمیباشد، زیرا تضاد بین شرط و مقتضاء که علت بطلان عقد است در مورد شرط خلاف بعض از اجزاء مقتضاء، حاصل نمیگردد.

ب- مقتضاء اطلاق عقد- و آن عبارت از امری است فرعی که هرگاه عقد بطور مطلق یعنی بدون قید و شرط واقع شود، عقد اقتضاء آن امر را مینماید. مقتضاء اطلاق عقد منظور مستقیم و اصلی متعاملین نمیباشد و بدین جهت آنان میتوانند با درج شرط و قید در عقد اقتضای مزبور را تغییر دهند. قانون مدنی موارد عدیدهٔ را نام میبرد که طرفین میتوانند بر خلاف مقتضاء اطلاق عقد شرط بنمایند. از آن قبیل است:

مادهٔ «۲۸۰» قانون مدنی: «انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده بعمل آید، مگر اینکه بین متعاملین قرار داد مخصوصی باشد و یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید.»

ماده «۲۸۱»-: «مخارج تأدیه بعهدهٔ مدیون است، مگر اینکه شرط خلاف شده باشد».

مادهٔ «۳۴۴»: «اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعدی معین نگذشته باشد، بیع قطعی و ثمن حال محسوب است، مگر اینکه بر حسب

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۱

عرف و عادت محل یا عرف تجارت در معاملات تجارتی وجود شرط یا موعدی معهود باشد اگر چه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد».

مادهٔ «۳۵۶»: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق بمشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند».

۲- شرط مجهولی که جهل بآن موجب جهل بعوضین شود-

طبق مادهٔ «۲۱۶» قانون مدنی یکی از شرائط صحت معامله مبهم نبودن مورد آن است. هرگاه شرطی در ضمن عقد قرار داده شود که موجب ابهام مورد معامله شود یکی از شرائط اساسی صحت آن منهدم خواهد گردید و عقد باطل میشود و چون عقد اصلی باطل گشت موقعیتی برای بقاء شرط که جنبهٔ تبعی دارد باقی نخواهد ماند. شرطی که موجب ابهام و جهل بعوضین میگردد، شرطی است که مورد آن مجهول میباشد و در اثر آنکه هدف آن مورد عقد است جهل بآن بعوضین سرایت نموده و آن را مجهول میگرداند، مانند تعیین موعد مجهول برای تأدیهٔ ثمن در عقد بیع، چنانکه کسی خانه خود را بدیگری بفروشد بیکصد هزار ریال و قرار دهنده که مشتری ثمن را پس از فوت پدرش ببایع بدهد و الا هرگاه هدف شرط مجهول، مورد عقد نباشد سرایت بعوضین نمینماید و شرط و همچنین عقدی که شرط ضمن آن شده صحیح خواهند بود، زیرا قانون، شرط مجهول را بطور مطلق از شروط باطله نشمرده است. چنانکه کسی خانه خود را بدیگری بفروشد بیکصد هزار ریال و شرط مینماید هر چه تاجر در سال جاری منافع بدست آورد

متعلق باو باشد شرط و عقد صحیح است، زیرا ثمن مورد معامله یکصد هزار ریال است، که نقداً باید تأدیه شود و مورد شرط اگر چه مجهول است ولی تأثیری در مورد معامله ندارد.

بعضی از حقوقیین امامیه بر آنند که شرط جزء یکی از عوضین قرار می گیرد و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۲

شرط مجهول همیشهٔ ایجاد مقداری غرر مینماید که موجب جهل بآن عوض خواهد بود، بنابراین شرط مجهول مطلقاً مفسد عقد میباشد.

۲- شروط صحیحه

اقسام شروط صحیح و آثار آن

اشاره

بنابر آنچه گذشت هر شرطی که از اقسام پنج گانهٔ مذکور در مادهٔ «۲۳۲» و ماده «۲۳۳» نباشد صحیح خواهد بود. طبق مادهٔ «۲۳۴» ق. م. شروط صحیح بر سه قسم میباشند.

۱- شرط صفت.

۲- شرط نتیجه.

۳- شرط فعل اثباتاً و نفیاً.

۱- شرط صفت

شرط صفت عبارت از شرطی است که موضوع آن صفتی از صفات مورد معامله که عین خارجی است باشد، بنابراین در شرط صفت دو خصوصیت است، یکی آنکه مورد معامله باید عین خارجی باشد و دیگری آنکه شرط باید راجع بصفتی از صفات مورد معامله باشد، چنانکه زمینی را کسی میخرد بشرط آنکه دارای پنجاه متر عرض و صد متر طول باشد. در مثال مزبور مورد معامله عین خارجی است و موضوع شرط مساحت است که از اوصاف کمی زمین میباشد. در صورتی که مورد معامله کلی باشد اوصاف معینه اگر چه بصورت شرط ضمن عقد قرار داده شود، شرط صفت بمعنی اصطلاحی نمیباشد بلکه بیان صفات مشخصه و ممیزه مورد معامله از بین انواع دیگر کلی است، مثلا هرگاه کسی ده خروار گندم کلی فی الذمه بخرد بشرط آنکه گندم سفید درشت و بدون تلخه و از محصول ورامین باشد، شروط مزبوره شرط صفت اصطلاحی نیستند.

در شرط صفت پس از انجام معامله هرگاه معلوم شود که شرط مقرر در مورد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۳

معامله موجود نیست، مشروط له میتواند طبق مادهٔ «۲۳۵» قانون مدنی معامله را فسخ یا بهمان وضعیت آن را قبول نماید. در صورتی که معامله مشروط معوض باشد، نمیتوان عوض را نسبت بشرط و مشروط تقسیط نمود، زیرا شرط اگر چه معنا جزء مورد معامله قرار گرفته است و ممکن است موجب پرداخت اضافه هم در عوض شده باشد، ولی عوضی در مقابل او در عقد در نظر گرفته نشده است. بعبارت دیگر شرط قید مشروط است و قید در شیء اگر چه موجب زیادتی قیمت او گردد عوض در مقابل او معین نمیشود.

مشروط له میتواند در صورت فسخ معامله، خسارت ناشیه از آن را چنانچه مشروط علیه سبب توجه گردیده از او مطالبه نماید.

شرط صفت بر دو نوع است:

الف- شرط راجع بکیفیت.

ب- شرط راجع بکمیت.

الف- شرط راجع بکیفیت- شرط راجع بکیفیت عبارت از شرطی است ضمن عقد که موضوع آن وصفی از اوصاف و عوارض مورد معامله باشد مانند: جنس، رنگ، بو، وضعیت ساختمانی و امثال آن.

ب- شرط راجع بکمیت- شرط راجع بکمیت عبارت از شرطی است ضمن عقد که موضوع آن مقدار مورد معامله از حیث مساحت، وزن و عدد باشد.

ذکر مقدار در معامله بر دو نوع است:

اول- ذکر مقدار در معامله گاه، صرفاً بعنوان وصف مورد معامله در معامله ذکر شده است، مثلا هر کسی بمغازهٔ جواهری میرود و انگشتر برلیانی که بطرز مخصوص ساخته شده و هشت قیراط برلیان دارد می‌پسندد و از عیار و مقدار طلای آن جویا میشود، جواهری میگوید یک مثقال و عیار هیجده است و قیمت انگشتر صد هزار ریال میباشد، آن کس انگشتر را بشرط داشتن یک مثقال طلای هیجده عیار میخرد بعد معلوم

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۴

میشود دارای بیست نخود طلای چهارده عیار است. شرط مزبور فقط جنبهٔ وصفی دارد که موقعیت فرعی باو داده است و مورد معامله انگشتر برلیان هشت قیراطی میباشد، زیرا فرق ارزش یک مثقال طلای هیجده، و بیست نخود طلای چهارده، در یک چنین انگشتر بسیار ناچیز است و کسی که انگشتر برلیان بیکصد هزار ریال میخرد، از نظر برلیان و طرز ساختمان آن است و طرفین مقداری از ثمن را در مقابل طلای انگشتر قرار نداده‌اند. بنابراین چون انگشتر بر خلاف وصف در آید، خریدار میتواند معامله را فسخ بنماید و یا آن را بهمان مبلغ نگهدارد. مادهٔ «۳۵۵» قانون مدنی مثالی برای این امر بیان مینماید: «اگر ملکی بشرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع میتواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر صورت طرفین بمحاسبهٔ زیاده یا نقیصه تراضی نمایند». در مادهٔ بالا ملک از نظر موقعیت و وضعیت ساختمانی معامله شده و ذکر مساحت فقط جنبهٔ وصفی و فرعی دارد. مثلا هرگاه قصر زیبائی در شمیران که دارای قنات و باغ مشجر و استخر باشد مورد علاقهٔ کسی واقع شود و آن را بمبلغ دو میلیون ریال معامله نماید و در معامله شرط شود که مساحت آن یکصد هزار متر است و پس از معامله معلوم شود که نود و پنج هزار متر و یا یکصد و سه هزار متر است، قیمت معینه در معامله در مقابل قصر با توجه بوضعیت ساختمانی و باغ و قنات و استخر و موقعیت آن بطور مجموع در نظر گرفته شده است نه در مقابل یکصد هزار متر زمین، لذا مشروط له، خواه مشتری باشد و خواه بایع، که از تخلف شرط متضرر میگردد میتواند معامله را فسخ یا بهمان نحو قبول نماید.

مثال انگشتر و همچنین مثالی که در مادهٔ «۳۵۵» ذکر شده اگر چه در مورد بیع است ولی بیع در این جهت خصوصیتی ندارد و از باب مثال ذکر شده است.

دوم- ذکر مقدار در معامله گاه علاوه بر جنبهٔ وصفی که دارد، برای تعیین مقدار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۵

مورد معامله است که متعاملین به نسبت آن عوض در نظر گرفته‌اند. بنابراین شرط مزبور شرط صفت بتنهائی نخواهد بود. قانون مدنی در مادهٔ «۳۸۴» میگوید:

«هرگاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بوده (خواه مقدار در معامله بصورت قید یا بصورت شرط ذکر شود، و خواه بنای متعاملین بر آن باشد) و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید، مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه

حصهٔ از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بایع است.» مثلا فرض کنید که کسی قطعهٔ زمینی را که اطراف آن دیوار کشیده شده است برای ساختن مدرسه انتخاب مینماید و برای خرید بمالک آن مراجعه میکند، مالک قیمت آن را یکصد هزار ریال معین مینماید، مشتری سؤال میکند مگر چند متر است؟ میگوید بیست و پنج‌هزار متر، طرفین نزد خود متری چهار ریال حساب مینمایند و مشتری آن قطعه زمین را با داشتن بیست و پنج‌هزار متر میخرد، خواه آنکه مقدار مزبور بصورت شرط قرار داده شود و یا بصورت قید. تعیین مقدار مساحت در معاملهٔ مزبور دو جنبه دارد: یکی جنبهٔ وصفی، دیگری جنبهٔ مقدار باین معنی که ثمن در معامله در مقابل مقدار مساحت تعیین شده است، لذا در صورتی که زمین کمتر از ۲۵ هزار متر در آید، مشتری میتواند از جنبهٔ وصفی، استفاده نماید و معامله را فسخ کند، و میتواند از جنبهٔ آنکه زمین از مقدار معین که در مقابل آن ثمن احتساب شده کمتر است، معامله را قبول و از ثمن بهمان نسبت کسر گذارد. در صورتی که زمین بیش از ۲۵ هزار متر در آید، هر چند متر که زاید است متعلق ببایع خواهد بود، زیرا مقدار مورد معامله همان ۲۵ هزار متر بوده است.

قانون مدنی در مادهٔ «۳۸۴» پیروی از حقوق امامیه نموده است. مبنای این حکم در حقوق مزبور روایتی است که از حضرت امام جعفر صادق علیه السلام نقل شده که کسی زمینی را بنابر آنکه ده جریب است بدیگری فروخت و پس از معامله مشتری

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۶

آن را مساحت نمود، مشاهده کرد که پنج جریب میباشد، امام علیه السلام فرمود مشتری میتواند زمین را نگاه داشته و نسبت بآنچه زیادی ببایع داده مسترد دارد و میتواند مبیع را رد نموده و تمامی ثمن را پس بگیرد ... حقوقیین امامیه در کتب خود کوشش نموده‌اند که مفاد حدیث را با قواعد فقهی منطبق نمایند و نظریات مختلفی بیان کرده‌اند.

آنچه گفته شد در صورتیست که مورد معامله قابل تجزیه باشد و الا هر گاه قابل تجزیه نباشد چنانکه کسی فرشی بخرد و شرط کند که سه متر در چهار متر باشد و بعد از معامله معلوم شود سه متر و بیست و پنج سانتیمتر در چهار متر است، مشتری نمیتواند سه متر در چهار متر را قبول و از حاشیهٔ او بعرض بیست و پنج سانتیمتر و بطول چهار متر ببایع رد نماید، بلکه برای جبران ضرر فقط بایع حق فسخ معامله را خواهد داشت، این است که مادهٔ «۳۸۵» ق. م. میگوید: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیهٔ آن بدون ضرر ممکن نمیشود و بشرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر در آید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت». همچنانی که در صورت اخیر نیز مشتری میتواند باستناد مادهٔ «۳۸۵» قانون مدنی معامله را فسخ نماید. حکم ماده «۳۸۵» از نظر آنست که تجزیهٔ مورد معامله موجب ضرر مشتری و بایع خواهد گردید و بقاء بر شرکت نیز بر ضرر آنها میباشد و تنها وسیلهٔ جلوگیری از ضرر، فسخ معامله از طرف متضرر است.

۲- شرط نتیجه-

شرط نتیجه عبارت از شرط نمودن مقتضای یکی از عقود در ضمن معامله دیگر میباشد، مانند شرط قرار دادن ملکیت عین معین که نتیجهٔ عقد بیع است و یا ملکیت منافع آن که نتیجهٔ عقد اجاره است و یا زوجیت زوجه که نتیجهٔ عقد نکاح است. این است که مادهٔ «۲۳۴» قانون مدنی میگوید: «... شرط نتیجه آنست که تحقق امری در خارج شرط شود ...»

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۷

عقد فعلی است ارادی و در اثر انعقاد آن نتیجهٔ که مقتضای عقد مزبور است حاصل میشود، بنابراین عقد سبب، و مقتضاء مسبب آن است.

در ضمن معامله دو نوع میتوان شرط نمود، گاه میتوان انجام دادن عقد دیگری را که سبب است در معامله شرط کرد، یعنی یکی از طرفین تعهد نماید عقد معینی را منعقد سازد، مثلا در بیع باغ بر مشتری شرط شود که خانهٔ خود را ببایع اجاره دهد و یا بفروشد، در

این صورت پس از عقد مشروط علیه ملزم میباشد عمل ارادی مزبور را که عقد اجاره یا بیع است واقع سازد، و آن شرط فعل است که تفصیل آن خواهد آمد. گاه دیگر میتوان مقتضاء و مسبب عقد را در معامله شرط کرد، در این صورت برای پیدایش مسبب مزبور، احتیاجی بعقد مستقل جدیدی نیست، بلکه ضمن عقد اصلی آن عقد تبعی پنهان است و بتحقیق عقد اصلی مقتضاء عقد تبعی حاصل میشود.

بنابراین در شرط نتیجه احتیاج بعمل ارادی دیگری غیر از درج شرط در ضمن عقد ندارد، این است که گفته‌اند شرط نتیجه بانعقاد معاملهٔ اصلی و بنفس اشتراط حاصل میشود. نتیجه در صورتی حاصل میشود که کلیهٔ شرائط لازمه برای حصول آن در حین انعقاد معاملهٔ اصلی موجود باشد و الاـ هرگاه یکی از شرائط لازمه موجود نباشد، چنانکه آن نتیجه موقوف بسبب خاصی باشد، نتیجه حاصل نمیشود. این است که مادهٔ «۲۳۶» قانون مدنی میگوید: «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه بنفس اشتراط حاصل میشود». این امر بوسیلهٔ تحلیل حقوقی معامله که شرط نتیجه ضمن آن شده معلوم میگردد.

نتیجه که بصورت شرط قرار داده میشود بسبب عقد تبعی که ضمن عقد اصلی تحقق پیدا مینماید حاصل میگردد، یعنی دو عقد اصلی و تبعی با یکدیگر پیدایش می‌یابند و قصد انشاء معامله تبعی و همچنین چیزی که دلالت بر آن مینماید در ضمن انشاء معاملهٔ اصلی موجود میشود. بنابراین هرگاه عقد تبعی که بصورت شرط نتیجه ضمن عقد اصلی قرار داده

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۸

میشود، سبب خاصی نخواهد و بوسیلهٔ ارادهٔ حقیقی و انشائی که ضمن معاملهٔ اصلی حاصل میشود محقق گردد، نتیجهٔ آن ناچار حاصل خواهد شد، مانند بیع، اجاره، هبه و صلح که میتوان آن را ضمن هر معاملهٔ دیگری ایجاد نمود، ولی طلاق که موقوف بسبب خاصی است و طبق ماده «۱۱۳۳» ق. م. و ماده «۱۱۳۴» و ماده «۱۱۳۵» ق. م. باید بصیغهٔ طلاق و منجز واقع ساخت، نمیتوان ضمن عقد اصلی بصورت شرط نتیجه انشاء نمود، ناچار نتیجهٔ آن که جدائی و رهائی است وجود پیدا نمینماید.

بنابر آنچه گذشت در صورتی که شرائط لازم برای حصول شرط نتیجه در حین عقد اصلی موجود باشد، شرط نتیجه یعنی آنچه مورد نظر و قصد طرفین بوده حاصل میشود، ولی هرگاه یکی از شرائط لازم برای حصول نتیجه موجود نباشد، عقد اصلی بدون شرط نتیجهٔ که مورد نظر طرفین است حاصل میگردد. در این صورت هرگاه مشروط له جاهل باین امر بوده بنابر مستنبط از ماده «۲۴۰» ق. م. میتواند برای رفع خسارت خود عقد اصلی را فسخ نماید و یا همانگونه قبول کند. مثلا هرگاه در ضمن فروش خانه، بایع با مشتری شرط نماید که اتومبیل شمارهٔ فلان که متعلق بمشتری است مال بایع باشد و بعد از معامله معلوم شود آن اتومبیل قبلا آتش گرفته یا قبلا بدیگری انتقال داده شده است، معاملهٔ خانه بدون انتقال اتومبیل محقق میشود، زیرا شرط لازم برای تحقق نتیجه در حین عقد موجود نبوده است. در این صورت بایع میتواند برای جبران ضرر خود معاملهٔ خانه را فسخ بنماید. در این امر فرقی نخواهد داشت که مشروط له جاهل به حکم باشد یا جاهل بموضوع، همچنانی که فرق ندارد که مشروط علیه عالم بوده و یا جاهل.

در صورتی که مشروط له در حین معامله عالم بعدم یکی از شرائط لازمه برای تحقق شرط نتیجه باشد، نمیتواند معامله را فسخ نماید زیرا با علم بعدم پیدایش شرط، معامله نموده و مانند آن است که معامله بسیط و بدون شرط منعقد شده باشد.

مادهٔ «۲۴۰» قانون مدنی میگوید: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۸۹

معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر اینکه امتناع مستند بفعل مشروط له باشد». مادهٔ مزبور اگر چه در مورد شرط فعل است ولی با دقت بیشتری از نظر وحدت ملاک میتوان حکم مذکور در ماده را در مورد شرط نتیجه جاری ساخت.

۳- شرط فعل-

طبق مادهٔ «۲۳۴» قانون مدنی: «... شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام بفعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود» فرقی نمینماید فعل مزبور عمل قضائی باشد مانند یکی از عقود یا عمل مادی مانند ساختمان بنا، کشیدن پردهٔ نقاشی و امثال آن.

شرط فعل بر دو قسم است: مثبت، منفی.

الف- شرط فعل مثبت آن است که مشروط علیه در ضمن عقد انجام عملی را بعهده بگیرد، مانند آنکه در ضمن بیع خانه، مشتری تعهد نماید اتومبیل خود را ببایع مجاناً هبه کند و یا بنا سه طبقهٔ بخرج خود برای بایع بسازد.

ب- شرط فعل منفی آن است که مشروط علیه در ضمن عقد تعهد نماید که از انجام عمل معینی خودداری کند. ترک و خودداری از عمل معین ممکن است برای مدت محدودی باشد مانند آنکه در عقد اجارهٔ که مالك یکی از دکاکین خود را بکفاش اجاره میدهد شرط بشود که در مدت دو سال دکاکین دیگر خود را بکفاش دیگری اجاره ندهد.

مثال دیگر: در قراردادی که بین دو نفر مقاطعه کار بسته میشود یکی بر دیگری شرط مینماید در مناقصهٔ ساختمان راه شوسه زاهدان او پیشنهاد ندهد. ممکن است خودداری از عمل برای مدت نامحدود و استمراری باشد، چنانکه کسی با همسایهٔ خود ضمن قراردادی شرط نماید که در مقابل پنجره‌های او بفاصلهٔ چندین متر بنا نسازد.

در شرط فعل خواهد مثبت و خواه منفی طبق مادهٔ «۲۳۷» قانون مدنی: «... کسی که ملتزم بانجام شرط شده است، باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله میتواند بحاکم رجوع نموده تقاضای اجبار بوفای شرط را بنماید». مادهٔ مزبور متابعت

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۲۹۰

از نظریهٔ مشهور فقهاء نموده است. قول غیر مشهور بر آن است که در صورت تخلف فقط مشروط له میتواند عقد اصلی را فسخ نماید و نمیتواند اجبار مشروط علیه را بخواهد.

در صورت تخلف مشروط علیه از انجام شرط و اقامهٔ دعوی از طرف مشروط له دادگاه پس از رسیدگی و اثبات امر، حکم و اجرائیه طبق آئین دادرسی مدنی بر الزام مشروط علیه بایفاء شرط صادر مینماید و هرگاه مشروط علیه اطاعت نکرد و اجبار ملتزم بانجام آن غیر مقدور باشد بطریق ذیل رفتار میشود:

الف- در صورتی که فعل مشروط از اعمالی باشد که قائم بشخص مشروط علیه نبوده و بوسیله شخص دیگری انجام آن ممکن باشد، مانند انتقال خانه و ساختمان عمارتی طبق نقشه، مقامات صالحه به هزینهٔ ملتزم موجبات انجام شرط را فراهم می‌آورد، باین طریق که تحت نظر خود دستور میدهد عمل انجام گیرد مثلًا در مورد شرط واگذاری خانه، دادگاه بمأمور خود دستور میدهد که خانه را در دفتر اسناد رسمی بمشروط له انتقال دهد و در مورد شرط ساختمان عمارت، بوسیلهٔ متخصصین فنی طبق نقشه، عمارت ساخته شود و هزینه‌های لازم احتساب و قبل از عمل و یا بعد از آن از ملتزم اخذ میگردد.

قانون مدنی در مادهٔ «۲۳۸» این امر را بیان میکند: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم بانجام آن غیر مقدور ولی انجام آن بوسیلهٔ شخص دیگری مقدور باشد حاکم میتواند بخرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند».

ب- در صورتی که فعل مشروط از اعمالی باشد که دیگری نمیتواند از جانب او واقع سازد، چنانکه در ضمن معاملهٔ بر نقاش معروفی شرط شود که پردهٔ نقاشی از روی پردهٔ رفائیل بکشد و یا بر نویسندهٔ مشهوری شرط شود که راجع بموضوع معینی کتابی بنویسد و هر یک از نقاش و نویسنده از انجام شرط خودداری بنماید و اجبار آنها هم مقدور نباشد. در دو مثال مزبور طبق ماده «۲۳۹» ق. م مشروط له میتواند برای جبران ضرر و خسارت ناشی از عدم انجام شرط، قرارداد اصلی را فسخ نماید.

تبصره ۱- شرط دادن رهن یا ضامن.

قانون مدنی در ماده «۲۴۱» میگوید: «ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که بواسطه معامله مشغول الذمه میشود رهن یا ضامن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۱

بدهد». شرط مزبور از اقسام شرط فعل است و پس از معامله مشروط علیه باید مالی را که از حیث ارزش بتوان وثیقهٔ دین قرار داد. برهن گذارد و یا ضامنی که دارای اعتبار کافی باشد معرفی کند تا ضمانت او را بنماید. در صورتی که مشروط علیه عمل بشرط نکند و اجبار او هم ممکن نباشد، مشروط علیه معامله را برهم زند. رهن مطلق و ضمان از جملهٔ اعمالی است که دیگری نمیتواند آن را انجام دهد چه انتخاب مالی که باید برهن داده شود بعهدهٔ راهن است و کسی نمیتواند بجای او آن را انتخاب نماید و در ضمان باید مشروط علیه از کسی بخواهد که ضامن او شود. بلی اگر کسی بدون مطالبهٔ مشروط علیه حاضر بضمانت از او گردد مشروط له نمیتواند باستناد آنکه مشروط علیه باید ضامن را معرفی نماید معامله اصلی را فسخ کند. همچنین است هرگاه انتقال دهندهٔ مالی بدیگری ملتزم شود که برای درک مال باو ضامن بدهد، بنابراین در صورتی که ملتزم، عمل بشرط نکند و اجبار او هم مقدور نباشد، بدستور مادهٔ «۲۳۹» ق. م.

مشروط له حق فسخ معاملهٔ اصلی را خواهد داشت. این است که مادهٔ «۲۴۳» قانون مدنی میگوید:

«هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت». و مادهٔ «۳۷۹» قانون مدنی میگوید:

«اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل بشرط نکند بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل بشرط نکند مشتری حق فسخ دارد».

مادهٔ «۳۷۹» اگر چه در مورد بیع است ولی خصوصیت بیع ایجاب حکم مذکور در مادهٔ را ننموده، بلکه بیع مانند مثال بیان شده است. آنچه گفته شد راجع برهن مطلق میباشد ولی چنانکه ضمن معاملهٔ شرط شود که مشروط علیه مال معینی را برهن دهد و از آن امتناع کند بدستور ماده «۲۳۸» ق. م. مشروط علیه مجبور بانجام آن میگردد و چنانچه از آن امتناع نماید بوسیلهٔ حاکم مال مزبور برهن مشروط له داده خواهد شد، زیرا رهن عین معین از جمله اعمالی نیست که دیگری نتواند انجام دهد.

ممکن است رهن یا ضامن را بصورت شرط نتیجه قرار داد چنانکه ضمن معاملهٔ بر یکی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۲

از متعاملین شرط شود که فلان مال معین در مقابل آنچه در اثر معامله مشغول الذمه میشود نزد طلبکار رهن باشد و یا فلان شخص ضامن باشد در این صورت بنفس عقد مال معین رهن قرار میگیرد و با قبولی ضامن شرط نتیجه محقق میشود.

ماده «۲۴۲» ق. م. نکته‌ای را متذکر میگردد و آن اینست که هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معینی را رهن دهد (اینگونه شرط در معاملات بسیار دیده میشود) و آن مال قبل از رهن تلف یا معیوب شود، برای جلوگیری از توجه خسارت، مشروط له اختیار فسخ معامله اصلی را خواهد داشت، و نمیتواند در مورد تلف مطالبه عوض نماید، زیرا در عقد شرط شده بوده است که مال معین را برهن بدهد و مورد شرط آن مال معین بوده است و در اثر تلف، ایفاء شرط ممتنع میشود، همچنانی که طلبکار نمیتواند در مورد معیوب شدن مورد شرط ارش بخواهد که بضمیمهٔ عین مال معیوب در رهن گذارده شود، زیرا آنچه مورد شرط بوده رهن دادن عین مال است و ارش خارج از تعهد میباشد اگر بعد از آنکه مال را مشروط له برهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد. منظور ماده از ارش تفاوت بین صحیح و معیوب است.

تبصره ۲- شرط بنفع یا ضرر شخص ثالث

الف- شرط بنفع شخص ثالث- شرط بنفع شخص ثالث ممکن است فعل باشد، چنانکه بر یکی از طرفین معامله شرط شود که مال معینی را بشخص ثالث انتقال بدهد و یا عمل معینی را برای او انجام دهد. شرط مزبور طبق صریح مادهٔ «۱۹۶» ق. م. که میگوید: «... مع ذلک ممکن است در ضمن معاملهٔ که شخص برای خود میکند تعهدی هم بنفع شخص ثالثی بنماید». صحیح میباشد و در اثر شرط حقی برای شخص ثالث پیدا میشود که میتواند اقامهٔ دعوی بر مشروط علیه بنماید.

ممکن است شرط مزبور نتیجه باشد، چنانکه بر یکی از طرفین معامله شرط شود که مال معینی متعلق بشخص ثالث باشد. بنفس اشتراط مال مورد شرط از آن شخص ثالث میگردد و احتیاج بقبول او نخواهد داشت. مادهٔ که صراحتاً شرط مزبور را صحیح

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۳

بداند بنظر نرسید ولی از نظر وحدت با صورت قبل، میتوان از مادهٔ «۱۹۶» صحت آن را استنباط نمود.

ب- شرط بضرر شخص ثالث- شرط مزبور ممکن است فعل باشد، چنانکه بر یکی از طرفین معامله شرط شود که شخص ثالث، عمل معینی را برای طرف دیگر انجام دهد.

طبق صریح مادهٔ «۲۳۴» ق. م. که میگوید: «شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود». شرط مزبور صحیح میباشد ولی التزام شخص ثالث بشرط، منوط بقبول او خواهد بود. ممکن است شرط مزبور نتیجه باشد، چنانکه بر یکی از طرفین عقد شرط شود مال معینی که متعلق بشخص ثالث است از آن طرف دیگر باشد. در این صورت تحقق شرط منوط باجازهٔ مالک خواهد بود و مانند موارد دیگر معاملهٔ فضولی، اجازهٔ مالک کاشف از تحقق انتقال بوسیلهٔ شرط میباشد.

مادهٔ صریحی که شرط مزبور را صحیح بداند مشاهده نگردیده ولی با توجه بمواد مربوط بمعاملهٔ فضولی میتوان صحت آن را از مادهٔ «۲۳۴» مذکور در بالا استنباط نمود.

شرط بنفع شخص ثالث در تعهد بنفع شخص ثالث و شرط بضرر شخص ثالث در قسمت تعهد بضرر شخص ثالث، گذشت مراجعه شود.

اسقاط شرط

اشاره

اسقاط شرط فعل- پس از انعقاد معاملهٔ که در آن شرط فعل قرار داده شده است، برای مشروط له حقی ایجاد میشود که در اثر آن میتواند انجام شرط را از مشروط علیه بخواهد و میتواند از انجام آن صرف نظر کند، یعنی حق خود را نسبت بشرط ساقط نماید. در صورتی که شرط ساقط شود مانند آن است که اصلًا معامله بسیط بوده و شرطی ضمن آن نشده است. این است که مادهٔ «۲۴۴» قانون مدنی میگوید: «طرف معامله که شرط بنفع او شده میتواند از عمل بآن شرط صرف نظر کند، در این صورت مثل آن است که آن شرط در معامله قید نشده باشد ...» در این امر فرقی نمینماید که فعل مورد شرط مثبت باشد یا منفی.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۴

اسقاط حق حاصل از شرط فعل، ممکن است بلفظ باشد چنانکه بگوید حق شرط را ساقط کردم یا از آن صرف نظر نمودم، یا بفعل و عملی که دلالت بر اسقاط شرط نماید (مادهٔ «۲۴۵» قانون مدنی) چنانکه مشتری بر بایع شرط کند که خانهٔ او را نقاشی بنماید و مشتری آن را خراب و تبدیل بباغ کند و یا آنکه مستأجر دکان لوازم التحریر فروشی، بر موجر شرط کند که دکانهای اطراف را برای جلوگیری از رقابت بلوازم التحریر فروش دیگری ندهد و پس از چند ماه مستأجر مزبور دکان خود را بحریرفروشی تبدیل نماید.

شرط صفت و شرط نتیجه قابل اسقاط نیست.

الف- شرط صفت

پس از انعقاد معامله هرگاه مورد آن فاقد وصفی باشد که شرط شده است، مشروط له میتواند معامله اصلی را فسخ نماید، زیرا آنچه مورد شرط است وجود صفت مورد معامله در حین عقد میباشد، و پس از عقد چنانچه کشف شود که مورد معامله فاقد آنست، مشروط له نمیتواند انجام آن را بخواهد بدین جهت نمیتواند آن را ساقط کرد، و حقی که مشروط له دارد فسخ اصل معامله است که میتواند از حق فسخ خود نسبت بمعامله صرف نظر نماید و آن غیر از اسقاط شرط صفت است.

مثلًا هرگاه کسی یک توپ فاستونی مشکی بخرد بشرط آنکه رنگش ثابت باشد و پس از معامله معلوم شود که رنگ میدهد، مشتری نمیتواند از بایع بخواهد کاری کند که پارچه رنگ ندهد بلکه میتواند معامله را فسخ کند، همچنانی که بایع نمیتواند از مشتری بخواهد که معامله را فسخ ننماید و او بوسیلهٔ عملیات شیمی رنگ پارچه را ثابت میگرداند.

ب- شرط نتیجه

هرگاه در موقع معامله شرائط لازمه برای تحقق شرط نتیجه موجود باشد، آن نتیجه حاصل میشود، زیرا شرط نتیجه بنفس اشتراط بوجود می‌آید. در صورتی که در اثر عدم اجتماع شرائط لازمه، آن نتیجه حاصل نشود تخلف از شرط شده و موقع و نحوهٔ که باید آن نتیجه پیدایش یابد گذشته است، اینست که پس از عقد نمیتوان از مشروط علیه انجام شرط را مطالبه نمود. بعبارت دیگر شرطی که در ضمن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۵

عقد شده، تحقق نتیجه بنفس عقد است نه انجام آن نتیجه بوسیلهٔ فعل ارادی دیگری پس از عقد، که بتوان انجام آن را جداگانه از مشروط علیه مطالبه نمود. بنابراین پس از عقد حقی برای مشروط له نسبت بشرط باقی نیست تا آن را اسقاط نماید. حقی که در اثر عدم پیدایش شرط نتیجه برای او حاصل میشود حق فسخ معاملهٔ اصلی است که میتواند آن را فسخ و یا از حق فسخ خود صرفنظر نماید و این امر اسقاط شرط نتیجه نیست. این است که قانون مدنی در ذیل مادهٔ «۲۴۴» میگوید: «... لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست». مثلًا هرگاه کسی در ضمن فروش خانه خود با مشتری شرط کند که فلان مزرعهٔ او از آن بایع باشد و پس از معامله کشف شود که مشتری مزرعه را بدیگری قبلًا واگذار نموده است. در این صورت بایع نمیتواند از مشتری بخواهد که قیمت مزرعه را باو بدهد.

اقاله و فسخ معاملهٔ مشروط

اشاره

معاملهٔ که در اثر اقاله یا فسخ برهم میخورد دیگر ادامه نخواهد داشت و مورد معامله باید بکسی که قبل از معامله مالک آن بوده رد شود. طبق مادهٔ «۲۸۶» قانون مدنی: «تلف یکی از عوضین مانع از اقاله نیست، در این صورت بجای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمتی بودن داده میشود». بنابراین در صورتی که عقد مشروط باشد و اقاله یا فسخ شود، وضعیت شرط نیز باید بصورت قبل از عقد در آید، زیرا شرط معناً جزء مورد معامله است.

برای توضیح مطلب بتحلیل عقلی که روش نگارنده در حل مسائل حقوقی و قضائی است میپردازیم.

۱- شرط صفت

صفت خواه کمی باشد و خواه کیفی، وجود استقلالی ندارد و وجودش عرضی و قائم بمورد معامله است. بنابراین در صورتی که در حین اقاله یا فسخ باقی باشد بتبع مورد معامله بمالك قبل از عقد رد میشود و در صورتی که زائل شده باشد هرگاه زوال آن عیب یا تلف بعض شناخته شود عوض آن داده خواهد شد.

۲- شرط نتیجه

شرط نتیجه هرگاه حاصل شده باشد، بوسیلهٔ اقاله و فسخ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۶

معامله، آن نتیجه نیز فک خواهد شد، زیرا معاملهٔ اصلی معاملهٔ مقیدی است که فسخ و اقالهٔ آن سرایت بمعاملهٔ فرعی که شرط باشد مینماید، مگر آنکه بر هم زدن نتیجه حاصل از شرط، احتیاج بتشریفات و شرائط خاصه داشته باشد که در زمان فسخ و اقاله موجود نباشد، مثلًا هرگاه در ضمن فروش خانه شرط شود که اتومبیل بایع نیز متعلق بمشتری باشد و پس از معاملهٔ خانه، طرفین آن را اقاله نمایند چون بر هم زدن شرط که انتقال اتومبیل است تشریفات و شرائط مخصوصی ندارد و لذا بوسیلهٔ اقاله یا فسخ معاملهٔ خانه، اتومبیل نیز بمالك قبل از عقد بر میگردد، بالعکس هرگاه در فروش خانهٔ زن بمردی شرط شود که زن زوجهٔ دائمهٔ مرد باشد، بنفس معاملهٔ خانه، زوجیت بین آن دو حاصل میشود (بنابر آنکه صیغهٔ مخصوصی لازم نباشد) ولی اقالهٔ معاملهٔ خانه یا فسخ آن موجب انحلال نکاح نخواهد گردید، زیرا انحلال نکاح دائم بوسیلهٔ طلاق ممکن میباشد که دارای شرائط و تشریفات مخصوصی است، بنابراین در مورد مزبور باید پس از اقاله یا فسخ معاملهٔ خانهٔ، زوجه طلاق داده شود (مستنبط از ماده ۲۴۶ ق. م)

۳- شرط فعل

طبق مادهٔ «۲۴۶» قانون مدنی: «در صورتی که معاملهٔ بواسطهٔ اقاله یا فسخ بهم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است باطل میشود و اگر کسی که ملزم بانجام شرط بوده است عمل بشرط کرده باشد میتواند عوض او را از مشروط له بگیرد». در شرط فعل دو صورت فرض میشود:

الف- ملتزم شرط را انجام نداده است- در اثر انحلال معاملهٔ اصلی، شرط نیز منحل میشود و تعهد بانجام آن ساقط میگردد.

ب- ملتزم شرط را انجام داده است- در صورتی که در اثر اقاله یا فسخ معاملهٔ اصلی منحل شود باید وضعیت شرط بصورت قبل از عقد بر گردد برای اجرای این امر بطریق ذیل رفتار میشود.

اول- در صورتی که مورد شرط عمل قضائی باشد، هرگاه آن عمل، جنبهٔ تبعی معاملهٔ اصلی دارد مانند آنکه مورد شرط، تعهد مدیون بدادن ضامن یا رهن برای ثمن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۷

یا در مبیع بوده، و رهن و یا ضامن داده شده است، بنفس اقاله و فسخ معاملهٔ اصلی، ضمان یا رهن منحل میشود، زیرا وجود آن دو تابع وجود تعهد اصلی است و تعهد اصلی که ساقط گردید رهن یا ضمان بخودی خود ساقط میشود. در صورتی که آن عمل جنبهٔ تبعی معاملهٔ اصلی را ندارد بلکه عمل مستقلی است مانند بیع، اجاره یا هبه بانحلال معاملهٔ اصلی شرط منحل نمیشود و محتاج بعمل قضائی دیگری است، زیرا مورد شرط مستقلا بوجود آمده است، اگر چه مانعی ندارد گفته شود هرگاه عودت شرط بوضعیت قبل از انجام احتیاج به تشریفات و شرایط خاصی ندارد، به اقاله یا فسخ معاملهٔ اصلی، شرط منحل میگردد مانند بیع و اجاره و هرگاه محتاج بتشریفات و یا شرایط مخصوصی باشد برهم زدن آن، عمل قضائی جدیدی را محتاج است مانند آنکه شرط فعل، نکاح یا طلاق

بوده و پس از عقد آن شرط انجام شده است. در این صورت نمیتوان نکاح را برهم زد مگر بوسیلهٔ طلاق و همچنین آثار طلاق را نمیتوان زائل نمود مگر بوسیلهٔ رجوع در صورتی که طلاق رجعی و عده مقتضی نشده باشد و بوسیلهٔ نکاح جدید، در صورتی که عده منقضی و یا طلاق بائن بوده است.

مورد شرط مانند مورد معاملهٔ اصلی است، در صورتی که مورد آن موجود نباشد مثل و یا قیمت آن داده خواهد شد. (باقاله مراجعه شود)

دوم- در صورتی که مورد شرط عمل غیر قضائی باشد مانند ساختن عمارت یا نقاشی پردهٔ مخصوصی و پس از مادهٔ معاملهٔ شرط انجام شده باشد. در اثر انحلال معاملهٔ اصلی مشروط له باید اجرت المثل عمل را در زمان اقاله بمشروط علیه بپردازد، زیرا در آن زمان مشروط له مدیون اجرت المثل میگردد، چنانکه مورد شرط هرگاه مال قیمتی باشد قیمت زمان اقاله باید در نظر گرفته شود. قسمت اخیر مادهٔ «۲۴۶» ق. م. میگوید: «... و اگر کسی که ملزم بانجام شرط بوده است عمل بشرط کرده باشد میتواند عوض او را از مشروط له بگیرد».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۸

فصل پنجم در معاملاتی که موضوع آن مال غیر است یا معاملات فضولی

اشاره

معاملهٔ فضولی معامله‌ای است که کسی بدون داشتن سمت نمایندگی برای دیگری انجام میدهد. کسی بدون سمت معاملهٔ میکند فضول، و کسی که طرف معاملهٔ میباشد اصیل و دیگری را غیر گویند.

معاملهٔ فضولی از نظر تحلیل حقوقی-

معاملهٔ که بوسیلهٔ وکیل واقع میشود نتیجهٔ دو رابطهٔ حقوقی است، یکی رابطهٔ بین وکیل و موکل که بوسیلهٔ عقد وکالت حاصل شده است و دیگری رابطهٔ بین موکل و طرف معاملهٔ که بوسیلهٔ عقد و معاملهٔ بوجود آمده است.

در معاملهٔ فضولی، شخص فضول بدون داشتن سمت وکالت از طرف غیر، اقدام بایجاد رابطهٔ حقوقی بین اصیل و غیر نموده است، و چون پیدایش رابطهٔ مزبور متفرع بر وجود رابطهٔ اول (وکالت) است و آن موجود نمیباشد لذا رابطهٔ دوم که معاملهٔ باشد پیدایش نمییابد.

سؤالی که پیش می‌آید آن است، که آیا پس از معاملهٔ فضولی میتوان رابطهٔ نمایندگی را بوجود آورد؟ در قسمت نمایندگی گذشت که وکیل در معاملهٔ، در اثر داشتن وکالت دارای اختیار ایجاد ارادهٔ حقیقی و ارادهٔ انشائی میباشد و در معاملهٔ فضولی، شخص فضول این اختیار را فاقد است ولی مانند وکیل از طرف غیر قصد انشاء نموده است و در صورتی که غیر آن را تنفیذ نماید عنوان فضولی او بسمت نمایندگی تبدیل میشود و معاملهٔ صحیح میگردد.

نکتهٔ را که باید در این تحلیل حقوقی از نظر دور نداشت، آن است که غیر نمیتواند انشاء وکالت برای زمان گذشته بنماید تا شخص فضول بدین وسیله وکیل در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۲۹۹

زمان معاملهٔ شناخته شود، زیرا انشاء امری در حال یا آینده ممکن است و انشاء آن در زمان گذشته معقول نمیباشد. بنابراین باید گفته شود که غیر تمامی آثار اعمال فضول را مانند اعمال وکیل تقبل می‌نماید، در این صورت عملیات او مانند عملیات وکیل

الزام‌آور خواهد بود. فرض مزبور در صورتیست که شخص فضول برای غیر معاملهٔ بنماید و الا هرگاه برای خود معاملهٔ کند چنانکه در مورد غاصب و سارق است وکالت فضولی تصور نمیشود.

حقوقیین امامیه معاملهٔ فضولی را بنحو دیگری تحلیل نموده‌اند و آن اینست که عقد مرکب از قصد انشاء و رضای طرفین میباشد اگر چه قصد انشاء بوسیلهٔ دیگری بعمل آید. در معاملهٔ فضولی قصدی که بوسیلهٔ شخص فضول که هیچ سمتی در معاملهٔ ندارد بعمل می‌آید. استخوان‌بندی معاملهٔ را ایجاد مینماید، تکمیل آن و تحقق معاملهٔ احتیاج بجزء دیگری دارد که رضا میباشد. رضا ناچار باید بوسیلهٔ غیر که مالک یا متعهد است بعمل آید و با پیوست نمودن آن بقصد انشاء فضول، عقد کامل و مؤثر خواهد شد. و این امر کاملا شبیه بمعاملهٔ مکره است که پس از رفع اکراه، بعقد رضایت میدهد.

رضایت گاه قبل از قصد انشاء حاصل میشود و ادامه پیدا مینماید تا قصد انشاء محقق گردد و گاه دیگر رضایت پس از قصد انشاء بوجود می‌آید چنانکه در مورد مکره است که آن را اصطلاحاً اجازه میگویند چنانکه هرگاه قبل از معاملهٔ باشد اذن نامند. در صورتی که غیر (متعهد یا مالک) آن را رد نماید قصد انشاء بلااثر شده و معاملهٔ فضولی کان لم یکن خواهد بود.

با تحلیل حقوقی که بعمل آمد، هر نوع از عقود را میتوان بصورت فضولی منعقد نمود و فرقی بین هیچ‌یک از عقود خواه تملیکی باشد و یا عهدی موجود نیست.

عقد فضولی بر دو نوع است عهدی، تملیکی.

۱– عقد عهدی فضولی

آن است که شخص فضول بوسیله معاملهٔ که با اصیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۰۰

مینماید تعهد بنفع یا بضرر غیر کند.

تعهد مزبور پس از قبول غیر و یا قائم مقام او نافذ میگردد و رابطهٔ تعهد بین غیر و اصیل مستقر میشود و در صورتی که غیر رد کند معاملهٔ کان لم یکن خواهد بود.

۲– عقد تملیکی فضولی

آن است که شخص فضول در معاملهٔ که با اصیل مینماید مال غیر را باو واگذار کند. قانون مدنی در مادهٔ «۲۴۷» میگوید: «معاملهٔ بمال غیر جز بعنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست و لو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معاملهٔ آن را اجازه نمود در این صورت معاملهٔ صحیح و نافذ میشود». همچنین است هرگاه در مورد معاملهٔ متعلق حق شخص ثالث قرار گرفته باشد، چنانکه مالک مال مورد رهن یا بازداشت را (خواه بازداشت در اثر تأمین مدعی به باشد و یا در اثر عملیات اجرائی) بدون اذن شخص ثالث بدیگری منتقل بنماید. عقد مزبور نسبت بحق شخص ثالث در حکم فضولی است و صحت آن منوط باجازهٔ شخص مزبور خواهد بود، این است که ماده «۲۶۴» قانون آئین دادرسی مدنی در مبحث تأمین خواسته میگوید: «هر گونه نقل و انتقال نسبت بعین اعم از منقول یا غیر منقول و منافع (در صورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که توقیف باقی است داده نخواهد شد، مگر در صورت اجازهٔ کسی که آن مال یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است».

معاملهٔ بر مال غیر بر دو قسم است:

الف- معامل فضولی مال را برای مالک معاملهٔ مینماید، یعنی قصد انشاء تملیک مال شخص ثالث را بدیگری دارد. بعبارت دیگر آن مال را بعنوان مال غیر واگذار مینماید همچنانکه وکیل مال موکل خود را انتقال میدهد.

ب- معامل فضولی مال شخص ثالث را برای خود میفروشد، یعنی آن مال را

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۰۱

متعلق بخود دانسته و بعنوان مال خود تملیک مینماید، چنانکه در مورد دزد و غاصب است که مالی را دزدیده و یا غصب کرده و در بازار بفروشند. همچنین است هرگاه مال متعلق بدیگری باشد و متصرف معامل تصور کند که ملک او است. مادهٔ «۳۰۴» قانون مدنی: «اگر کسی که چیزی را بدون حق دریافت کرده است خود را محقق میدانسته لیکن در واقع محقق نبوده و آن چیزی را فروخته باشد معاملهٔ فضولی و تابع احکام مربوطه بآن خواهد بود».

در هر یک از دو قسم معاملهٔ مذکور در بالا، قصد تملیک مال از طرف معامل فضولی ایجاد شده است و خصوصیت تصور آنکه مال چه کسی تملیک شده تأثیر در قصد انشاء ندارد، زیرا عقد عبارت از قصد انشاء و رضای طرفین است و در دو صورت مزبور اراده حقیقی و انشائی مانند مورد اکراه حاصل گردیده و بوسیلهٔ پیوست نمودن اجازهٔ مالک یا قائم مقام او شرایط اساسی صحت عقد تکمیل و معاملهٔ تنفیذ میشود.

در زمان انعقاد عقد فضولی لازم نیست که مالک دارای اهلیت استیفاء باشد.

بنابراین میتوان برای محجور عقد فضولی منعقد ساخت و شخص مزبور پس از رفع حجر میتواند عقد فضولی را اجازه یا رد نماید، زیرا محجور بودن مالک خللی بتوافق ارادهٔ متعاقدین (فضولی و اصیل) که دارای اهلیت میباشند وارد نمی‌آورد و با الحاق اجازهٔ مالک که دارای اهلیت قانونی است ارکان اساسی عقد تکمیل میگردد.

اجازهٔ مالک نسبت بمعاملهٔ فضولی طبق مادهٔ «۲۴۸» قانون مدنی حاصل میشود بلفظ، مانند آنکه مالک صریحاً بگوید معاملهٔ را قبول دارم یا موافقم یا اجازهٔ دادم، یا فعلی که دلالت بر امضاء عقد نماید، مانند آنکه مالک، مورد، معاملهٔ را تسلیم طرف معاملهٔ کند و یا عوض را تصرف نماید. رضایت باطنی مالک بدون آنکه چیزی دلالت بر آن کند چنانکه قسمت اخیر مادهٔ «۲۴۷» تصریح مینماید، کافی نخواهد بود همچنانکه طبق مادهٔ «۲۴۹» قانون مدنی: سکوت مالک و لو آنکه با حضور

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۰۲

او در مجلس عقد معاملهٔ گردد اجازه محسوب نمیشود، زیرا عقد مبتنی بر اعلام قصد و رضا است و اعلام رضا چیزی را در خارج میخواهد که دلالت بر امر باطنی نماید، علاوه بر آنکه سکوت مالک ممکن است در اثر عدم توجه او بمعاملهٔ باشد و یا آنکه ناراضی است و بجهتی از جهات نمی‌تواند فضول را از انجام معاملهٔ منع نماید و یا عدم موافقت خود را اعلام دارد.

رد معاملهٔ فضولی نیز محتاج بچیزی است که بر آن دلالت کند، و آن طبق مادهٔ «۲۵۱» قانون مدنی، حاصل میشود بهر لفظی که دلالت بر رد نماید، چنانکه مالک صریحاً بگوید رد مینمایم و قبول ندارم و یا موافق نیستم، و یا فعلی که دلالت بر عدم رضایت بآن بنماید چنانکه مالک با توجه بسبق معاملهٔ، در مال خود تصرف نماید و یا عوض را بطرف معاملهٔ رد کند.

در صورتی که مالک معاملهٔ فضولی را رد نماید و مجدداً اجازه دهد آن اجازه مؤثر نخواهد بود، زیرا رد، کلیهٔ آثار قصدی را که قبلًا بوسیله فضول بعمل آمده محو مینماید و پس از آن چیزی باقی نمیماند تا اجازه بتواند آن را تکمیل کند و اجازه هم بتنهائی ایجاد تملیک نمیکند، این است که مادهٔ «۲۵۰» قانون مدنی میگوید: «اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق برد نباشد و الا اثری ندارد».

اجازه و رد لازم نیست فوری باشد، بلکه مالک میتواند هر زمان بخواهد مادام که رد ننموده عقد را اجازه دهد، زیرا عقد بوسیلهٔ توافق قصد طرفین و رضای آنها بوجود می‌آید و فاصلهٔ بین اجازه و قصد طرفین، آثار قصد را از بین نمی‌برد.

در صورتی که تأخیر رد یا قبول از طرف مالک موجب ضرر طرف اصیل گردد، مشار الیه میتواند معاملهٔ را برهم زند، زیرا مادام که اجازه مالک پیوست نشود عقدی که بوسیله فضول و اصیل منعقد شده کامل نیست و تعهد بوجود نمیآورد. این است که مادهٔ «۲۵۲» قانون مـدنی میگویـد: «لازم نیست اجازه یا رد فوری باشـد و اگر تأخیر موجب تضـرر طرف اصـیل باشـد مشار الیه میتوانـد معاملهٔ را برهم بزند».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۰۳

در صورتی که در معاملهٔ فضولی مالک قبل از آنکه معاملهٔ را قبول و یا رد نمایـد فوت کنـد، ورثهٔ مالک که قائم مقام مورث خود میباشـد میتوانـد آن را قبول یـا رد نمایـد، زیرا بـا توجه بتحلیـل حقوقی که در بالاـ بعمل آمـد، آثار معاملهٔ فضولی در اثر فوت زائل نمیگردد. امر مزبور اگر چه از کلمـهٔ قائم مقام مـذکور در مادهٔ «۲۴۷» قـانون مـدنی: «... ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معاملهٔ آن را اجازه نمود در این صورت معاملهٔ صـحیح و نافذ میشود» معلوم میگردد، ولی قانون برای هر رفع هر گونه سوء تفاهم و تفسیری در مادهٔ «۲۵۳» ببقاء آثار قصد پس از فوت مالک تصریح نموده میگوید: «در معاملهٔ فضولی اگر مالک قبل از اجازه و یا رد فوت نمایـد اجازه یا رد با وارث است». مادهٔ «۲۵۳» در مورد کسـی است که ملک او بمعاملهٔ فضولی بدیگری واگذار شده و قبل از رد و یا اجازه فوت مینمایـد، زیرا در اثر فوت، آن ملک بوارث منتقل میشود و مالک میتوانـد نسـبت بملک خود معاملهٔ را اجازه و یا رد کند.

در صورتی که معاملهٔ فضولی عهدی باشد، و بنفع یا ضرر غیر تعهد بشود و غیر قبل از اجازه فوت بنماید معاملهٔ فضولی کان لم یکن میگردد، زیرا اجازه از غیر بوارث او منتقل نمیشود تا بتواند نسبت بمعاملهٔ اجازه دهد و یا رد نماید، چه بسبب فوت ترکه متوفی که عبارت از اموال و حقوق مالی او باشد بوارث منتقل میگردد و اجازه حکم است و قابل انتقال نمیباشد.

در مورد مادهٔ «۲۵۳» ق. م. هرگاه ورثه متعـدد باشـند اجازهٔ تمامی ورثه برای صـحت فضولی لازم است زیرا مال مورد معاملـهٔ متعلق بتمامی آنان است. در صورتی که بعضـی از ورثه معاملـهٔ فضولی را رد نمایـد و بعضـی دیگر بپـذیرد عقـد باعتبار مورد منحل بعقود متعدده میشود و نسبت بآن بعض که قبول نمودهاند. معاملهٔ نافذ میگردد و نسبت ببقیه باطل خواهد بود. در صورتی که مورد معاملهٔ عرصه باشد که زوجه از آن ارث نمیبرد، اجازه و رد او تأثیری در معاملهٔ فضولی ندارد، زیرا اجازه و رد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۰۴

باعتبار مالکیت مورد معاملهٔ است و بدین جهت هرگاه مورد معاملهٔ فضولی از حبوه باشد که پسر بزرگ میرسد از قبیل انگشتری که میت معمولا استعمال مینموده و رختها و شمشیر و قرآن اجازهٔ پسر بزرگ برای تنفیذ معاملهٔ لازم میباشد.

بـاری هر کس از رد معاملـهٔ فضولی یعنی از مورد آن منتفع میگردد، اجازه او در تنفیـذ معاملـهٔ لازم میباشـد. بنابراین در صورتی که اثاثیه خانه مورد معاملـهٔ فضولی باشـد و قبل از اجازه مالک فوت نماید، اجازه زوجه که از ثمن یا ربع آن بهره‌مند میشود برای تنفیذ معاملهٔ لازم است.

در صورتی که قبـل از اجازه یا رد، مالک محجور شود، حجر مانع از استیفاء حق میگردد و مانع از تمتع آن نیست، بـدین جهت ولی یا قیم او میتواند آن را اجازه و یا رد نماید.

هرگاه اصـیل قبل از رد یا اجازه فوت کند و یا محجور شود مالک میتواند معاملهٔ را رد و یا قبول بنماید، زیرا اصـیل آنچه برای انجام معاملهٔ از نـاحیه او لازم بوده بجای آورده است و نقشـی را که او قبـل از رد یا اجازه مالک بازی مینمایـد کمتر از نقشـی است که مالک بازی میکند، چه مالک هنوز رضایت خود را اعلام نداشته است.

اثر اجازه

اشاره

فقهای امامیه در نحوهٔ تأثیر اجازه در عقد فضولی، دارای سه قول میباشد:

الف– نقل

قول مزبور بر آن است که اجازه مالک، موجب نقل ملکیت از زمان اجازه میباشد، زیرا عقد مرکب از اجزائی است که پس از پیدایش تمام آن اجزاء تأثیر مینماید و توافق قصد طرفین بتنهائی نمیتواند موجب نقل ملکیت بشود و الا باید رضای بی‌اثر و عقد ناقص مؤثر باشد و حال آنکه بدون رضا عقد بلااثر است، بنا بر این پس از حصول تمامی اجزاء مرکب آثار آن شروع میشود و آن زمان اجازه است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۰۵

ب– کشف حقیقی

قول مزبور بر آن است که در معاملهٔ فضولی اجازهٔ مالک کشف از انتقال ملکیت از زمان عقد میکند. این قول مورد متابعت قانون مدنی ایران قرار گرفته و اصیل را از زمان انعقاد عقد مالک میداند.

استدلال قول مزبور آن است که عقد عبارت از توافق قصد طرفین بشرط داشتن رضا میباشد و اجازه در معاملهٔ فضولی مانند رضای مقارن و اذن مقدم میباشد زیرا لازم نیست که شرط مقدم بر مشروط قرار گیرد تا بتواند تأثیر در آن بنماید، بلکه شرط میتواند مؤخر قرار گرفته و تأثیر در ما قبل خود بنماید که آن را شرط متأخر گویند. اجازهٔ مالک در معاملهٔ فضولی اگر چه مؤخر بر عقد است ولی هدف آن عملی میباشد که قبلاـ واقع شده، مانند رضای مکره که پس از رفع اکراه بعمل گذشته میدهد، و بدین جهت اثر قهقرائی خواهد داشت.

بنابر آنچه گفته شد استدلال قول مزبور عبارت است از:

۱– عقد سبب انتقال ملکیت است و چنانکه مالک اجازه دهد، معلوم میشود که سبب انتقال پیدایش یافته است.

۲– اجازهٔ مالک ناظر بقصد انشائی است که قبلا از شخص فضول انجام شده، یعنی مالک بوسیله اجازهٔ خود عقد گذشته را تنفیذ مینماید و انتقال جدیدی نمیدهد.

۳– چنانچه اجازه کاشف از انتقال ملکیت بوسیلهٔ عقد نباشد باید معتقد بود که اجازه بخودی خود ناقل ملکیت است، در این صورت علاوه بر آنکه قصد سابق بلااثر میگردد، در زمان اجازه انشاء جدیدی بوجود نیامده تا ناقل قرار گیرد.

نتیجهٔ عملی بین دو قول نقل و کشف، در منافع حاصل در مدت بین زمان عقد و زمان اجازهٔ است، که بنابراین قول بنقل آن منافع متعلق بناقل خواهد بود و بنابر قول بکشف متعلق بمنتقل الیه است، همچنانکه مادهٔ «۲۵۸» قانون مدنی میگوید:

«نسبت بمنافع مالی که مورد معاملهٔ فضولی بوده است و همچنین نسبت بمنافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۰۶

ج– کشف حکمی

قول مزبور فاصل بین دو قول بالا میباشد و آن مبنی بر این استدلال است که عقد بدون رضای مالک نمیتواند ناقل باشد، همچنانکه اجازه بتنهائی نمیتواند ناقل قرار گیرد و یا آنکه در عقد مقدم تأثیر نماید، زیرا شیئی مؤخر در ما قبل خود اثر نمیکند. بنابراین با

توجه بآنکه هدف رضای مالک عقد مقدم است باید آثار نقل ملك را از زمان عقد موجود دانست، نه حقیقتاً اجازه را ناقل یا کاشف پنداشت.

رضا وقتی میتواند در معاملهٔ تأثیر نماید که:

اولا- از مالک در حین مالکیت او صادر شود. بنابراین هرگاه کسی نسبت بمال غیر معاملهٔ نماید و بعد آن مال بنحوی از انحاء به معامله‌کننده فضولی منتقل شود، صرف تملك موجب نفوذ معاملهٔ سابقه نخواهد بود (مادهٔ- ۲۵۴- قانون مدنی) مثلا هرگاه کسی اتومبیل پدر خود را فضولتاً بفروشد و پدر قبل از رد یا قبول آن را بپسر خود منتقل کند و یا پدر بمیرد و اتومبیل قهراً باو منتقل شود، تملك فروشنده فضولی موجب نفوذ معاملهٔ نمیشود، زیرا عدم نفوذ معاملهٔ فضولی در اثر فقدان اجازهٔ مالك میباشد و در فرض بالا اجازهٔ از ناحیهٔ مالك بعمل نیامده است. تصور آنکه تملك پسر کافی برای تنفیذ معاملهٔ میباشد، زیرا او فروشنده است و در زمان فروش رضایت بمعاملهٔ داشته و چون تملك کند رضای صادر از مالك محسوب میشود صحیح نیست، زیرا آنچه موجب نفوذ معاملهٔ است اعلام رضای مالك است و در موقع فروش که پسر راضی بعقد بوده مالك آن نبوده، و پس از آنکه مالك آن شده، رضایت نداده است. علاوه بر آنکه رضائی که پسر در زمان فروش مال داشته رضا بفروختن مال غیر است نه فروختن مال خود و آن دو با یکدیگر فرق دارند، زیرا بایع در فروش مال غیر، نفع و ضرر عین را در نظر میگیرد و دو فروش مال خود، وضعیت شخصی را مورد نظر قرار میدهد.

هرگاه ملکی که متعلق حق شخص ثالث قرار گرفته است (خواه در اثر رهن باشد یا بازداشت)، بوسیله مالك بدون رعایت حق مزبور، بغیر انتقال داده شود و قبل از

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۰۷

اجازه یا رد شخص ثالث، رهن فك گردد و مال از بازداشت خارج شود، احتیاج باجازه از طرف مالك نخواهد داشت، زیرا مالك ملك خود را فروخته و نقصی که در اثر رهن و بازداشت در مال موجود بوده پس از فك مرتفع میگردد، این امر با کمترین توجهی بمفهوم عبارت (ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که توقیف باقی است داده نخواهد شد) مذکور در مادهٔ «۲۶۴» قانون آئین دادرسی مدنی معلوم میگردد.

مادهٔ «۲۶۴» قانون آئین دادرسی مدنی: «هرگونه نقل و انتقال نسبت بعین اعم از منقول یا غیر منقول و منافع (در صورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که توقیف باقی است داده نخواهد شد مگر در صورت اجازهٔ کسی که آن مال یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است».

ثانیاً- اجازه دهنده باید از وضعیت حقوقی مالی مورد معاملهٔ فضولی آگاه باشد. مادهٔ «۲۵۵» ق. م. میگوید: «هرگاه کسی نسبت بمالی معاملهٔ بعنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال ملك معامله‌کننده بوده است یا ملك کسی بوده است که معامله‌کننده میتوانسته است از قبل او ولایتاً یا وکالتاً معاملهٔ نماید، در این صورت نفوذ و صحت معاملهٔ موکول باجازهٔ معامل است و الا معاملهٔ باطل خواهد بود» مثلا هرگاه کسی گوسفند معینی را بتصور آنکه متعلق بپدرش است بفروشد و بعد معلوم شود که در زمان معاملهٔ پدرش فوت کرده و چون او وارث منحصر است گوسفند از آن او بوده، و یا گوسفند متعلق بکسی است که فروشندهٔ وکالت مطلق و تام الاختیار نسبت باموال او دارد و یا متعلق بمولی علیه او است و میتوانسته آن را بفروشد، نفوذ معاملهٔ محتاج بآن است که معامل پس از توجه بوضعیت حقیقی امر و آنکه مال مورد معاملهٔ متعلق باوست و یا متعلق بکسی است که او میتواند چنین معاملهٔ بنماید، اجازه بدهد، و رضایت در حال عقد بلا اثر است. علت این امر آن است که رضایت مؤثر باید مبتنی بر اساس صحیح باشد و آن سنجش نفع و ضرر نسبت بمالك است و رضای مطلق کافی نخواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۰۸

حالات حقوقی اجازه دهنده در حین عقد فضولی:

۱– اجازه دهنده، در حین عقد مالک بالفعل مال مورد معاملهٔ است،

چنانکه کسی ملک دیگری را فضولهٔ بفروشد و بعداً مالک مزبور عقد را تنفیذ نماید.

۲– اجازه دهنده، در حین عقد مالک بالقوهٔ مال مورد معاملهٔ میباشد،

مانند اجازهٔ طبقهٔ دوم از اولاد نسبت باجازه مال موقوفه، که بوسیلهٔ طبقهٔ اولی بیش از مدت حیات خود داده شده است، زیرا طبقهٔ دوم بر حسب جعل واقف مالک عین موقوفه میباشند.

۳– اجازه دهنده، در حین عقد مالک مورد معاملهٔ نمیباشد، ولی حق عینی نسبت بآن دارد

چنانکه در مورد مازاد بر ثلث در وصیت است، زیرا وارث نسبت بما زاد بر ثلث در ترکه مورث حقی دارد که مورث نمیتواند بآن تجاوز نماید، اگر چه وصیت بیش از ثلث اصطلاحاً عقد فضولی نامیده نمیشود. همچنین است در موردی که راهن عین مرهونه را بدون اذن مرتهن انتقال بدهد که پس از اجازه مرتهن عقد مزبور صحیح میباشد، در دو صورت مزبور اجازه اسقاط حق است، نه قبول و تنفیذ عقد بر خلاف دو مورد سابق که اجازه تنفیذ عقد است که بوسیلهٔ مالک مورد معاملهٔ باعتبار مالکیت او بعمل می‌آید.

۴– اجازه دهنده هیچ‌گونه حق و علاقهٔ در حین عقد نسبت بمورد معاملهٔ ندارد ولی آن مال در معرض انتقال باو میباشد،

چنانکه مالی فضولتا انتقال داده شود و مالک قبل از اجازه یا رد بمیرد، وارث میتواند آن عقد را تنفیذ کند و حال آنکه در حین عقد مالک مال مورد انتقال نبوده است. همچنین است در مورد مضاربه که پس از فوت مالک، ورثه نسبت بمدت بعد از فوت، اجازهٔ ادامهٔ مضاربه را بعامل بدهند، در مورد اخیر اجازه ابقاء چیزی است که مالک بجای آورده است. (مستفاد از ماده ۲۵۴ ق. م)

۵– اجازه دهنده هیچ‌گونه حق و علاقه در حین عقد نسبت بمورد معاملهٔ ندارد و آن مال در معرض انتقال باو نیز نمیباشد،

چنانکه کسی مال غیر را فضولتاً انتقال میدهد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۰۹

و مالک بدون اطلاع از معاملهٔ، آن مال را بمعامل فضولی هبه مینماید، متعب میتواند عقد فضولی را اجازه دهد (مستفاد از مادهٔ «۲۵۴» ق. م). هرگاه مالک با اطلاع از معاملهٔ فضولی آن را هبه کند، این عمل رد فعلی شناخته میشود و پس از رد نمیتوان معاملهٔ فضولی را قبول نمود. با توجه بتحلیل معاملهٔ فضولی، از نظر وحدت ملاک ماده «۲۵۳» که میگوید: «در معاملهٔ فضولی اگر مالک قبل از اجازه یا رد فوت نماید اجازه یا رد با وارث است» این نوع معاملهٔ صحیح میباشد زیرا ملاک صحت، در مادهٔ بالا مالکیت در حین اجازه است و انتقال بوسیلهٔ ارث خصوصیتی ندارد. بنابر آنچه گذشت اقسام اجازه عبارت است از:

الف– قبول نمودن مالک عملی را که دیگری نسبت بملک او انجام داده است، مانند قبول بیع فضولی از طرف مالک حین عقد.

ب– اسقاط حق از طرف دارندهٔ آن مانند مورد اجازه مرتهن در بیع رهن از طرف راهن و اجازهٔ وارث نسبت بما زاد از ثلث.

ج– ابقاء چیزی که مالک بجای آورده، مانند اجازهٔ وارث مالک بادامهٔ مضاربه از طرف مضارب.

تصرف دادن مال مورد معاملهٔ فضولی–

معاملهٔ فضولی، سند قضائی (euqidiruj etcA) است که معامل بوسیلهٔ آن مال غیر را بدون داشتن حق، بدیگری انتقال میدهد. معاملهٔ فضولی بخودی خود تصرف مادی را در مال مورد معاملهٔ ایجاب نمینماید ولی ممکن است معامل، در تعقیب معاملهٔ فضولی عمل مادی را که تصرف دادن مال مورد معاملهٔ بمتعامل باشد بدون اذن مالک نیز انجام دهد. در این صورت هر گاه مالک معاملهٔ فضولی را رد نماید، طبق قسمت اخیر مادهٔ «۳۰۸» ق. م. که میگوید:

«... اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است» و مواد راجع بغصب، معامل و همچنین متعامل که در مال مورد معاملهٔ تصرف کرده‌اند ضامن عین و منافع آن میباشند.

قانون مدنی این مسئولیت را در مادهٔ (۲۵۹) و مادهٔ (۲۶۱) نیز تصریح مینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۰

مادهٔ «۲۵۹» قانون مدنی: «هر گاه معامل فضولی مالی را که موضوع معاملهٔ بوده است بتصرف متعامل داده باشد و مالک آن معاملهٔ را اجازه نکند متصرف ضامن عین و منافع است».

مادهٔ «۲۶۱» قانون مدنی: «در صورتی که مبیع فضولی بتصرف مشتری داده شود هر گاه مالک معاملهٔ را اجازه نکرد مشتری نسبت باصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگر چه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین است نسبت بهر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد». مسئولیت متصرف نسبت بمنافعی که استیفاء ننموده از نظر تفویت منافع مزبور میباشد.

اخذ ثمن بوسیلهٔ معامل فضولی-

در معاملهٔ فضولی ممکن است معامل عمل فضولی دیگری انجام دهد و عوض را از متعامل دریافت دارد، مثلا در موردی که مال غیر را میفروشد ثمن را فضولتا از خریدار اخذ کند.

مالک میتواند با اجازهٔ معاملهٔ فضولی اخذ ثمن را از طرف معامل فضولی نیز اجازه دهد در این صورت مالک میتواند برای اخذ ثمن رجوع بمعامل مزبور بنماید و نمیتواند برای مطالبهٔ آن مراجعه باصیل کند، زیرا مالک، عمل فضولی معامل را در اخذ نیز اجازه داده و تصویب نموده است، بنابراین ذمهٔ متعامل بری میباشد.

مالک میتواند با اجازهٔ معاملهٔ فضولی، قبض عوض را اجازه ندهد. در این صورت بنابر مستفاد از مادهٔ «۲۶۰» قانون مدنی مالک فقط میتواند برای اخذ ثمن بمتعامل رجوع بنماید، زیرا انعقاد معاملهٔ ملازمه با اخذ ثمن ندارد تا اجازه بآن ملازمه با اجازه ضمنی باخذ ثمن داشته باشد. متعامل میتواند آنچه را که بمعامل فضولی داده استرداد نماید، خواه مالک ثمن را از متعامل اخذ نموده و یا باو بخشیده و یا مسکوت گذارده باشد، اگر چه خریدار بفضولی بودن معاملهٔ عالم بوده است، زیرا معامل فضولی استحقاق اخذ ثمن را نداشته و متعامل آن را نیز باو هبه و یا اباحه نکرده است. بنا بر این بدستور مادهٔ «۲۶۲» قانون مدنی در صورتی که عین ثمن موجود باشد بمشتری

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۱

رد میشود، زیرا حق مالکیت خریدار از آن زائل نشده است و چنانچه عین ثمن تلف شده باشد مثل آن را هر گاه مثلی است و قیمت آن را هر گاه قیمتی است میپردازد.

در صورتی که مالک، معاملهٔ فضولی را رد نماید، معاملهٔ باطل میگردد و متعامل میتواند آنچه را که بعنوان ثمن بعامل فضولی داده مسترد دارد، خواه جاهل بفضولی بودن معاملهٔ باشد یا عالم بآن، زیرا متعامل ثمن را در مقابل تملیک مورد معاملهٔ پرداخته بوده و پس از آنکه مورد معاملهٔ باو تملیک نگردید میتواند بدل آن را پس بگیرد و هر گاه ثمن در ید معامل تلف شده باشد معامل ضامن عوض آن از مثل یا قیمت است. مادهٔ «۲۶۳» ق. م: «هر گاه مالک معاملهٔ را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد

حق دارد که برای ثمن و کلیهٔ غرامات ببایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت».

خسارات متعامل در صورت رد معاملهٔ فضولی–

پرسشی که پیش می‌آید آن است که هرگاه مالک معاملهٔ فضولی را رد بنماید آیا خسارات وارده بر اصیل قابل جبران است؟
پاسخ آن بدین نحو خواهد بود که هرگاه اصیل در حین عقد عالم بر فضولی بودن معاملهٔ بوده، چون احتمال رد و قبول آن را از طرف مالک میداده، خود اقدام بر ضرر نموده و کسی مسئول و ضامن آن نیست. ولی در صورتی که اصیل جاهل بآن باشد غرامات وارده طبق «مادهٔ» ۲۶۳ ق. م. بعهدهٔ معامل فضولی است، زیرا او سبب توجه خسارت بمتعامل گردیده که سمت نداشتن خود را اعلام ننموده است، چه هرگاه معامل وضعیت حقوقی معاملهٔ را اعلام مینمود ممکن بود متعامل حاضر باین گونه معاملهٔ نشود و یا با توجه بفضولی بودن آن معاملهٔ نماید.
غرامات مزبور عبارت است از:
۱– کلیهٔ هزینه‌های لازم برای انجام معاملهٔ از قبیل هزینهٔ تنظیم سند، حق دلالی،
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۲
هزینهٔ ایاب و ذهاب، هزینهٔ حمل و نقل مبیع بمحل و هزینهٔ نگهداری و امثال آن.
۲– تفاوت بین ثمن معاملهٔ و بدل در صورتی که مبیع تلف شده و مشتری مثل یا قیمت آن را بمالک داده است. مثلا هرگاه فرض شود مورد معاملهٔ فضولی گوسفندی است که معامل بمبلغ پانصد ریال فروخته و بتصرف مشتری داده و مشتری آن را تلف نموده است و سپس معلوم شده که معاملهٔ فضولی بوده و مالک هم آن را اجازه نمیدهد، مشتری باید قیمت آن را بمالک بپردازد و قیمت چنین گوسفندی هفتصد ریال است.
ضرر پرداخت دویست ریال اضافهٔ بر ثمن معاملهٔ، در نتیجه جهل خریدار بفضولی بودن معاملهٔ است و معامل فضولی ضامن آن و باید بمشتری بپردازد، زیرا خریدار اگر چه در اثر اثبات ید بر مال غیر طبق ماده «۳۰۸» قانون مدنی در مقابل مالک ضامن میباشد ولی چون خریدار بتصور آنکه گوسفند مزبور را در مقابل پانصد ریال مالک میگردد، اقدام بخرید آن نموده است و چنانچه میدانست که قیمتش بیش از آن میباشد ممکن بود از خرید صرفنظر نماید. بنابراین سبب اضافه پرداختی خریدار جهل او بوضعیت حقوقی معاملهٔ بوده که معامل فضولی سبب آن شده است و مسئول خواهد بود.
همچنین است هرگاه در مورد معاملهٔ فضولی مثلی باشد و خریدار مثل آن را در بازار بیش از ثمن مورد معاملهٔ خریداری نماید (شرح آن در باب غصب خواهد آمد)
۳– عوض منافع– کسی که مالی را در مقابل ثمن میخرد منافع را مجاناً بتبع عین مال مالک میشود، در صورت بطلان معاملهٔ، آنچه را متعامل در مقابل منافع زمان تصرف خود که استیفاء ننموده و تفویت شده میتواند بعنوان خسارت از معامل فضولی بخواهد، زیرا ضرر مزبور در اثر بطلان معاملهٔ میباشد که در نتیجه جهل متعامل بوضعیت حقوقی معاملهٔ باو متوجه شده است و اما نسبت بمنافعی که مشتری استیفاء کرده است بنظر میرسد که نمیتواند عوض آن را بعنوان غرامت از بایع بخواهد زیرا استیفاء از مال غیر است و خود مسئول آن میباشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۳

فصل ششم در سقوط تعهدات

اشاره

تعهد پس از آنکه بوجود آید طبق مادۀ «۲۶۴» قانون مدنی بیکی از اسباب ذیل ساقط میگردد:

۱- بوسیلۀ وفای بعهد.

۲- بوسیلۀ اقاله.

۳- بوسیلۀ ابراء.

۴- بوسیلۀ تبدیل تعهد.

۵- بوسیلۀ تهاتر.

۶- بوسیلۀ مالکیت ما فی الذمۀ».

فصل سقوط تعهدات مانند فصل دوم (در شرائط اساسی برای صحت معاملۀ) از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده و با قانون اسلام تطبیق گردیده است. قانون مدنی فرانسه در مادۀ «۱۲۳۴» نه امر را از اسباب سقوط تعهدات میشمارد و بر شش سببی که در بالا ذکر شده موارد سه‌گانۀ زیر را اضافه نموده که عبارتند از:

۱- تلف مورد معاملۀ.

۲- تحقق معلق علیه در مورد فسخ.

۳- مرور زمان.

و بجای اقالۀ مذکور در شق دوم، در قانون مدنی فرانسه فسخ ذکر شده است.

در قانون مدنی ایران موارد دیگری از اسباب سقوط تعهدات موجود است که ضمن آن مواد مختلف بیان گردیده، مانند فوت یکی از طرفین معاملۀ در عقود جائزه (مادۀ «۹۵۴» قانون مدنی).

این کتاب بمتابعت قانون مدنی، بشرح موارد شش‌گانه سقوط تعهدات میپردازد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۴

۱- در وفاء بعهد

اشاره

وفاء بعهد ساده‌ترین وسیلۀ سقوط تعهد است، زیرا در وفاء بعهد مقصود متعهد له که رسیدن بمورد تعهد باشد حاصل میشود، و تکلیفی که در اثر عقد بعهدۀ متعهد گذارده شده انجام می‌گیرد، چنانکه هرگاه مورد تعهد، تسلیم و یا انتقال مال بوده، تسلیم و یا انتقال داده شده و هرگاه انجام عمل بوده بجای آورده شده است.

وفاء بعهد عمل قضائی است که سبب اسقاط تعهد میگردد بدین جهت ناچار مسبوق بوجود تعهد میباشد. این است که هرگاه کسی بتصور آنکه بدیگری مدیون بوده آن را ادا نماید و بعد معلوم شود که اشتباه کرده و بدهکار نبوده است، میتواند آنچه را که تأدیه نموده مسترد دارد، زیرا طبق مادۀ «۳۰۲» ق. م. «اگر کسی که اشتباهاً خود را مدیون میدانست آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده استرداد نماید».

طبق مادۀ «۲۶۵» قانون مدنی: «هر کس مالی بدیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است بنابراین اگر کسی چیزی بدیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد میتواند استرداد کند». در صورتی که دهندۀ مال در دادگاه اقامۀ دعوی استرداد آنچه را که پرداخته است بنماید، دادگاه حکم برد آن مال بدهنده خواهد داد، مگر آنکه خوانده دعوی نماید که وجه مزبور در مقابل دینی بوده که

قبلا خواهان باو داشته است و آن را ثابت کند. در این صورت خواهان محکوم به بی‌حقی خواهد شد. صرف ادعاء از طرف خوانده کافی برای محکومیت خواهان نمیباشد، همچنانکه خوانده نمیتواند از خواهان بخواهد که ثابت نماید دینی قبلا وجود نداشته است، زیرا عدم مطلق قابل اثبات نیست.

در صورتی که کسی بوسیلهٔ حواله مالی بدیگری بدهد و او آن را دریافت دارد،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۵

محیل نمیتواند استرداد آن را بخواهد مگر آنکه ثابت نماید که مدیون بمحتال نبوده است. مثلا هرگاه کسی بدیگری حواله دهد که یک هزار ریال از شخص ثالث بگیرد و دارندهٔ حواله، آن را از شخص ثالث وصول کند، محیل نمیتواند استرداد آن را از گیرنده پول بخواهد، زیرا طبق مادهٔ «۷۲۴» قانون مدنی: «حواله عقدی است که بموجب آن طلب شخصی از ذمهٔ مدیون بذمهٔ شخص ثالثی منتقل میگردد» و ظاهر در حواله مدیونیت محیل بمحتال است مگر آنکه بوسیلهٔ دلیل حواله دهنده ثابت نماید که پول را بمحتال قرض داده است، مانند آنکه طرفین تاجر باشند و در دفتر تجاری محیل، علت بیان شده باشد که در این صورت طبق مادهٔ «۱۴» قانون تجارت دفتر تاجر بر علیه تاجر حجت است.

طبق مادهٔ «۲۶۲» ق. م: «در مورد تعهداتی که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمیباشد اگر متعهد بمیل خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود» منظور از تعهداتی که متعهد له قانوناً حق مطالبهٔ آن را ندارد، تعهداتی است که ضمانت اجرائی را که یکی از ارکان متشکلهٔ حق است فاقد میباشد و متعهد له نمیتواند از قوای اجرائی برای استیفاء طلب خود کمک بخواهد، مانند دینی که مشمول مرور زمان شدهٔ است که قوهٔ قانونی خود را از دست داده و بحق اخلاقی و وجدانی مبدل شده است. در مورد تعهدات مزبور در صورتی که متعهد برای حفظ احترام افکار عمومی و رعایت اخلاق، بمیل، دین خود را بپردازد حق مزبور ساقط شده و نمیتواند استرداد آن را بخواهد و الا- هرگاه اشتباهاً آن را تأدیه نماید و یا در این امر مکره بوده حق استرداد آن را خواهد داشت و مادهٔ «۳۰۲» این امر را تأیید میکند. ممکن است گفته شود که متعهد فقط در صورت اکراه میتواند استرداد بنماید و در مورد اشتباه دین را بمیل خود پرداخت نموده است تصور نرود که عدم جواز استرداد آن از طرف متعهد، از نظر آن است که متعهد مال مزبور را بطرف هبه نموده، زیرا هیچ یک از طرفین، قصد هبه را نداشته است، بلکه بالعکس متعهد قصد داشته که دین خود را ادا نماید

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۶

و متعهد طلب خود را دریافت کند.

در مقابل نظریهٔ مزبور نظریهٔ حقوق رومی است که هرگاه کسی اشتباهاً مالی را بدیگری بدهد بتصور آنکه مدیون است نمیتواند آن را مسترد دارد. قانون ایتالیا در صورتی که بوسیلهٔ حیله و اکراه عمل انجام نشده باشد از نظریهٔ مزبور متابعت نموده است، ولی هرگاه بوسیلهٔ اکراه یا حیله باشد میتواند استرداد آن را بخواهد.

وفای بعهد در چهار قسمت بحث میشود

اشاره

اول- چه کسی باید ایفاء تعهد نماید.

دوم- چه چیز باید تأدیه گردد.

سوم- بچه کس باید تأدیه شود.

چهارم- در چه زمان و کدام محل باید تأدیه گردد و هزینهٔ آن بعهدهٔ کیست.

قسمت اول– چه کسی باید ایفاء تعهد نماید؟

تعهد باید بوسیلهٔ متعهد انجام شود، زیرا او در اثر تعهد مدیون و مکلف میگردد، بنابراین دائن میتواند در صورت عدم ایفاء، انجام تعهد را از او بخواهد. بدستور مادهٔ «۲۶۷» قانون مدنی: «ایفاء دین از جانب غیر مدیون جایز است، اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد» زیرا منظور متعهد له از انجام تعهد رسیدن بمورد تعهد میباشد که آن هم انجام یافته است. اما هرگاه مورد تعهد عملی باشد که شخصیت متعهد منظور بوده مانند نقاشی پردهٔ معینی بوسیلهٔ نقاشی معروفی، انجام آن بوسیلهٔ غیر مدیون، ایفاء تعهد شناخته نمیشود، این است که مادهٔ «۲۶۸» قانون مدنی میگوید:

«انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد بوسیلهٔ دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له» که در این صورت معلوم میشود متعهد له از خصوصیت مباشرت متعهد صرفنظر نموده است.

پرسشی که پیش می‌آید آن است که هرگاه دین بوسیلهٔ غیر مدیون تأدیه گردید آیا شخص مزبور میتواند از متعهد آن را مطالبه نماید؟ پاسخ آن را قسمت اخیر مادهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۷

«۲۶۷» قانون مدنی میدهد: «... کسی که دین دیگری را ادا میکند اگر با اذن باشد حق مراجعه باو دارد و الا حق رجوع ندارد» زیرا در موردی که مدیون متعهد، اذن بشخص ثالث داده باشد که دین او را تأدیه نماید، مانند آنست که آن را از شخص ثالث قرض نموده و متعهد است که عوضش را باو بدهد، ولی هرگاه بدون اذن مدیون ادا کند تعهدی از طرف مدیون در مقابل شخص ثالث بعمل نیامده است تا بدهکار شناخته شود و سقوط دین مدیون هم موجب ایجاد تعهد جدیدی برای او نمیشود بنابراین شخص ثالث در حکم متبرع است اگر چه قصد تبرع نداشته باشد. در صورتی که مدیون اذن در تأدیه دین بشخص ثالث نداده باشد؛ او میتواند بوسیلهٔ انتقال گرفتن طلب از متعهد له، متعهد را در مقابل خود مدیون نماید. بدین نحو که متعهد له در ازاء دریافت مورد متعهد از شخص ثالث، طلب خود را که از متعهد دارد باو واگذار میکند، در این صورت شخص ثالث قائم مقام قانونی دائن میشود و میتواند طلبی را که داشته از مدیون بخواهد.

قسمت دوم– چه چیز باید تأدیه گردد؟

اشاره

چنانکه گذشت مورد تعهد گاه تسلیم مال یا انتقال آن است و گاه دیگر انجام فعل یا ترک آن میباشد:

الف– تسلیم مال–

در موردی که کسی مال متعلق بدیگری را بطور امانت در دست دارد، خواه آنکه مال مزبور را برای استفادهٔ خود در تصرف داشته باشد، مانند عاریه و حق انتفاع و یا آنکه بنفع مالک، مانند ودیعه و امثال آن، طبق مادهٔ «۲۷۸» قانون مدنی تسلیم آن بصاحبش در وضعیتی که در حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد میگردد اگر چه در مدتی که نزد متعهد بوده است در آن کسر و نقصان حاصل شده باشد، زیرا مورد تعهد مال معینی است که ملک متعهد له میباشد و با کسر و نقصان مالکیت او زائل نمیشود و چون تعهد بتسلیم آن بوده تسلیم گردیده است.

اما راجع بکسر و نقصان که نزد متعهد حاصل شده، هرگاه بدون تعدی و تفریط متعهد پیدایش یافته، او ضامن نخواهد بود، زیرا امین جز در موارد تعهدی و تفریط مسئول نمیباشد (مادهٔ «۶۴۰» در عاریه و مادهٔ «۶۱۴» در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۸

ودیعهٔ). استثنائی که در قاعدهٔ مزبور موجود است راجع به عاریهٔ طلا و نقره میباشد که طبق مادهٔ «۶۴۴» قانون مدنی متعهد ضامن کسر و نقصان آن است و لو آنکه تعدی و تفریط نشده باشد. ولی هر گاه کسر و نقصان در اثر تعدی و تفریط در مال مورد تعهد حاصل شده باشد، متعهد مسئول آن خواهد بود و باید خسارات وارده را جبران نماید.

قانون مدنی در ذیل مادهٔ «۲۷۸» میگوید: «... اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه، تأخیر در تسلیم نموده باشد مسئول هر کسر و نقصان خواهد بود، اگر چه در کسر و نقصان مربوط بتقصیر شخص متعهد نباشد». زیرا طبق ذیل مادهٔ «۳۰۸» قانون مدنی اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است و متصرف در اثر تأخیر تسلیم در حکم غاصب میباشد و غاصب طبق مادهٔ «۳۱۵» قانون مدنی مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او بمال مغصوب وارد شده هر چند مستند بفعل او نباشد. طبق مادهٔ «۳۱۰» قانون مدنی در مواردی که متعهد منکر وجود مال نزد خود گردد در حکم غاصب است.

تسلیم در مورد تعهد در صورتی که کلی فی الذمه باشد از نظر تحلیل عقلی معاملهٔ جدیدی میباشد و مانند انتقال عین خارجی است، زیرا کلی که مورد تعهد قرار گرفته دارای افراد عدیده در خارج میباشد که متعهد ملزم بتسلیم یکی از آنها است و میتواند هر یک از افراد کلی را برای ایفاء تعهد خود انتخاب مینماید و انتخاب فرد به تنهائی موجب ایفاء تعهد نمیشود بلکه باید آن را تسلیم متعهد له کرده و او آن را قبض نماید. عمل مزبور که بصورت یک عمل قضائی میباشد، بنظر میرسد که در حقیقت معاملهٔ جدیدی است، زیرا تسلیم در این مورد تملیک فرد معینی بمتعهد له میباشد که کلی آن مورد تعهد بوده است، و تملیک ناچار بدون قصد انشاء ممکن نخواهد بود همچنانکه قبول آن نیز محتاج بقصد انشاء است که بوسیلهٔ تسلیم از طرف متعهد و قبض از طرف متعهد له اعلام میگردد، این است که گفته میشود: مالکیت در بیع کلی از زمان تسلیم حاصل میگردد نه از زمان عقد، بر خلاف آنچه در مورد عین خارجی است، بنابراین ایفاء

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۱۹

تعهد در صورتی که مورد تعهد کلی فی الذمه باشد در حقیقت یک سند قضائی است.

طبق مادهٔ «۲۷۹» قانون مدنی: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد، متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفاء کند». زیرا فرد اعلا دارای خصوصیت اضافی است که مورد تعهد قرار نگرفته است، همچنانکه از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمیتواند بدهد، اگر چه معیوب از مصادیق کلی است ولی از افراد متعارف آن نمیباشد و کلی منصرف بافراد متعارف است، بدین جهت متعهد نمیتواند نیز از پست‌ترین افراد آن را تأدیه کند.

ب- انتقال مال-

منظور از انتقال مال، انتقال عین خارجی است که مورد تعهد قرار گرفته باشد و همچنین است حقوق مربوط بآن از قبیل حق انتفاع، حق ارتفاق و یا منافع مال معینی، چنانکه کسی تعهد نماید خانهٔ خود را پس از یک سال بدیگری انتقال دهد و یا حق ارتفاق برای مالک مجاور در آن قرار دهد و یا برای مدت معینی آن را باجاره واگذار کند. در موارد مزبور طبق مادهٔ «۲۶۹» قانون مدنی وقتی انتقال محقق میشود که متعهد چیزی را که میدهد مالک و یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد، چنانکه در شرائط اساسی صحت معاملهٔ گذشت، زیرا انتقال، معاملهٔ میباشد و معاملهٔ در صورتی صحیح است که شرائط اساسی برای صحت را دارا باشد.

امری که در مادهٔ بالا مورد بحث عملی قرار میگیرد آن است که چگونه تأدیهٔ مال غیر موجب برائت ذمهٔ متعهد میگردد؟

علت غائی تعهدی که مورد آن انتقال مال است، تملک متعهد له نسبت بمورد تعهد میباشد و برای متعهد تأثیری ندارد که ملکیت

از چه کسی بمتعهد له منتقل میشود و مالك سابق او کیست، بنابراین هرگاه مالی با اذن صاحب مال، مورد انتقال قرار گیرد، ملکیت برای منتقل الیه حاصل شده و تعهد انجام میگیرد. اما از نظر تحلیل حقوقی باید دانست اذن مالك بایفاء تعهد بوسیلهٔ مال او چه حقی را برای متعهد ایجاد

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج ۱، ص: ۳۲۰

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۰

مینماید که میتواند تعهد خود را بوسیلهٔ انتقال مال غیر ایفاء نماید؟ این امر چند صورت تصور میشود.

۱- مالك، مال خود را بمتعهد اباحهٔ مجانی نموده که هر گونه تصرفی بخواهد در او بنماید.

۲- مالك، مال خود را اباحه به متعهد نموده که هر نوع تصرفی در او بنماید، بشرط آنکه عوض آن را بعداً بمالك بدهد، عموماً اذن مالك در تادیه از این قبیل است.

۳- مالك وکالت ضمنی بمتعهد داده که مال او را مجاناً و یا در مقابل عوض بخود انتقال دهد و سپس متعهد ایفاء تعهد بوسیله مال خود مینماید.

۴- مالك، مال خود را هبهٔ ضمنی بمتعهد نموده است.

در هر یك از صور مذکور در بالا، متعهد میتواند مالی که متعلق بدیگری است برای ایفاء تعهد خود، بمتعهد له واگذار نماید.

نظر بآنچه در بالا گذشت، طبق مادهٔ «۲۷۶» قانون مدنی متعهد نمیتواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف در آن شده است در مقام وفاء بعهد تأدیه نماید، بنابراین تأدیه مالی که از طرف دادگاه یا اجراء ثبت بازداشت شده است، خواه در اثر صدور برگ اجرائی باشد و یا صدور قرار تأمین مدعی به و یا آنکه حکم ورشکستگی مالك از طرف دادگاه صادر شده باشد موجب سقوط تعهد نمیگردد، زیرا مال مزبور در اثر بازداشت یا حکم ورشکستگی متعلق حق طلبکار میگردد و قابل انتقال نخواهد بود. این امر بوسیله مادهٔ «۲۶۴» قانون آئین دادرسی مدنی در قسمت تأمین مدعی به، تصریح شده است که میگوید: «هر گونه نقل و انتقال نسبت بعین اعم از منقول و منافع (در صورتی که توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که توقیف باقی است داده نخواهد شد، مگر در صورت اجازهٔ کسی که آن مال برای حفظ حق او توقیف شده است».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۱

در صورتی که متعهد در مقام وفاء بعهد مالی را تأدیهٔ نماید و یا آن را انتقال دهد، دیگر نمیتواند بعنوان اینکه در حین انتقال مالك آن نبوده، استرداد آن را از متعهد له بخواهد، زیرا دهنده مدعی است و دعوی او بدون دلیل پذیرفته نمیشود. بر فرض که مدعی مزبور ثابت نماید مالی که داده متعلق بغیر است، او سمتی از طرف مالك برای استرداد آن ندارد. و صرف آنکه قبلا متصرف و دهندهٔ مال بوده است، کافی برای استرداد آن نخواهد بود و متعهد له که مال غیر را تصرف نموده طبق ذیل مادهٔ «۳۰۸» قانون مدنی ضامن میباشد تا آن را بمالکش رد نماید. این است که مادهٔ «۲۷۰» قانون مدنی میگوید: «اگر متعهد در مقام وفاء بعهد مالی تادیه نماید دیگر نمیتواند بعنوان اینکه در حین تادیه مالك آن مال نبوده استرداد آن را از متعهد له بخواهد مگر اینکه ثابت کند که مال غیر با مجوز قانونی درید او بوده بدون آنکه اذن در تأدیه داشته باشد» مثلًا دهنده باید ثابت نماید که مال را بعنوان عاریه، اجاره، ودیعه و امثال آن در دست داشته است، همچنانکه میتواند وکالت در استرداد آن را از مالك ابراز دارد.

ج – انجام فعل

در صورتی که مورد تعهد انجام فعل باشد دو صورت فرض میشود: یکی آنکه خصوصیت و شخصیت فاعل مورد نظر طرفین در قرار داد بوده بطوری که هر گاه شخصیت متعهد نمیبود، اقدام بانجام معاملهٔ از طرف متعهد له نمیشد.
در این صورت انجام آن بوسیلهٔ غیر موجب سقوط تعهد نخواهد بود. مثلا کسی علاقه بداشتن پردهٔ نقاشی از نقاش مشهوری را دارد و با آن نقاش قرار نقاشی آن پرده را بمبلغی میدهد، در این صورت تعهد مزبور باید بوسیلهٔ نقاش متعهد بعمل آید و نقاش دیگری نمیتواند آن تعهد را انجام دهد، زیرا عمل او فاقد خصوصیت مورد نظر خواهد بود، ولی متعهد له میتواند از خصوصیت متعهد صرف نظر نموده و رضایت دهد که نقاش دیگری بجای نقاش متعهد ایفاء تعهد کند. این است که مادهٔ «۲۶۸» قانون مدنی میگوید: «انجام فعل در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد بوسیلهٔ دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له».
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۲
دیگر آنکه فعل بطور مطلق مورد تعهد باشد. در این صورت انجام متعهد بوسیلهٔ غیر موجب برائت متعهد میگردد، مانند آنکه مقاطعه کاری تعهد بساختن راه معینی بنماید و یا کسی تعهد بحمل هزار تن گندم از قریهٔ مجاور بشهر کند، زیرا منظور متعهد له در قرارداد ساختن راه و حمل گندم است و شخصیت متعهد تأثیری در عمل ندارد و قید مباشرت هم نشده است، بدین جهت شخص دیگری میتواند مورد تعهد را انجام دهد و مانند ایفاء دینی است که بوسیلهٔ شخص ثالث بعمل می‌آید.

د- ترک فعل

در صورتی که مورد تعهد ترک فعل باشد، دو صورت فرض میشود:
یکی آنکه ترک طبیعت امری مورد تعهد میباشد، یعنی منظور متعهد عدم پیدایش آن بطور مطلق است، چنانکه مخترع ماشینی در مقابل کارخانهٔ تعهد نماید که نقشهٔ اختراع خود را به هیچ کارخانهٔ دیگری ندهد. در این صورت هرگاه متعهد نقشهٔ مزبور را بیکی از کارخانه‌ها بدهد تخلف از قرارداد نموده و مقصود متعهد له انجام نشده است. دیگر آنکه استمرار ترک امری مورد تعهد است، یعنی عدم آن در تمام مدت مورد نظر میباشد، چنانکه کسی در مقابل همسایهٔ خود تعهد نماید که در ملک خود، در جلوی پنجره‌های ساختمان او هیچ زمان دیوار نسازد. در این صورت هرگاه متعهد دیوار بسازد مادامی‌که دیوار موجود است از تعهد خود نسبت بآن مدت تخلف نموده است و متعهد له میتواند او را ملزم نماید که دیوار را خراب کند، زیرا ترک آن امر در بقیه مدت نیز در مورد تعهد میباشد. ممکن است امر مستمر دائم باشد و ممکن است موقت باشد، چنانکه برای مدت ده سال تعهد بترک عمل شود.
طبق مادهٔ «۲۷۵» قانون مدنی: «متعهد له را نمیتوان مجبور نموده که چیز دیگری بغیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید، اگر چه آتشی قیمتاً معادل: یا بیشتر از موضوع تعهد داشته باشد. مثلا هرگاه مورد تعهد ده تن جو باشد نمیتوان متعهد له را الزام نمود که در عوض آن ده تن برنج دم‌سیاه بپذیرد، زیرا متعهد مکلف بپرداخت
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۳
چیزی است که مورد تعهد میباشد و تبدیل آن بچیز دیگر، تبدیل مورد تعهد است و این امر منوط برضایت متعهد له میباشد.
طبق مادهٔ «۲۷۷» قانون مدنی متعهد نمیتواند متعهد له را مجبور بقبول قسمتی از موضوع تعهد بنماید و قسمت دیگر آن را در موعد دیگر تأدیه کند، چنانکه هرگاه متعهد از صد هزار ریال بدهکار است و موعد تأدیهٔ آن اول فروردین است، او نمیتواند هفتاد هزار ریال آن را در آخر اسفند و سی هزار ریال آن را در اول فروردین بمتعهد له بدهد بلکه باید تمامی را در سر موعد بپردازد. این است که متعهد نمیتواند متعهد له را مجبور نماید که طلب خود را در دو قسط یا بیشتر بپذیرد، ولی حاکم میتواند، نظر بوضعیت

مالی مدیون از حیث عدم قدرت بپرداخت تمامی موضوع تعهد دفعتاً، باو مهلت بدهد که قسمتی را فعلا بپردازد و قسمت دیگری را پس از چندی و یا آنکه قرار اقساط بگذارد که مدیون باقساط متساوی و یا متفاوت دین خود را تأدیه نماید.

دادن مهلت و یـا تقسیط بنظر حـاکم میباشـد. در صورتی که مـدیون از دادگـاه در خواست اسـتمهال تأدیـهٔ دین خود را بنمایـد و یا درخواست قرار اقساط کنـد، دادگاه پس از رسـیدگی بوضـعیت و قدرت مالی مدیون، در ضـمن صدور دادنامه نسبت بمحکومیت مـدیون بپرداخت موضوع تعهد، مهلت لازم را میدهد و یا قرار اقساط میگذارد و لازم بدادن دادخواست جدید از طرف مدیون برای این امر نیست.

قسمت سوم – مورد تعهد باید بچه کسی تأدیه گردد؟

مورد تعهـد بایـد بمتعهـد له یا نمایندهٔ او تأدیه شود، زیرا متعهد له طبق قرار داد صاحب مورد تعهد میباشد و میتواند انجام تعهد را از متعهـد بخواهد. این است که مادهٔ «۲۷۱» قانون مـدنی میگویـد: «دین باید بشـخص دائن یا بکسـی که از طرف او وکالت دارد تأدیه گردد یا بکسی که قانوناً حق قبض را دارد». منظور ماده از کسی که حق قبض دارد نماینده متعهد له میباشد.

نماینده متعهد له عبارت از اشخاص ذیل میباشد:

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۴

۱- ولی و قیم که نماینـدهٔ قانونی مولی علیه میباشـند و همچنین است مدیر تصـفیه و یا ادارهٔ تصـفیه که نمایندهٔ طلبکاران ورشکسـته هستند.

۲- وکیل که نمایندهٔ قراردادی موکل است.

۳- حاکم و قائم مقام او که نماینـدهٔ قانونی متعهد له ممتنع میباشد. طبق مادهٔ «۲۷۳» قانون مدنی: «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد بوسیلهٔ تصرف دادن آن بحاکم یا قائم مقام او بری میشود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است بموضوع حـق وارد آیـد نخواهـد بـود». محلهـائی را که قـانون و آئین‌نـامه برای توديع مورد تعهـد قرار داده، عبـارت است از صـندوق ثبت و صندوق دادگستری.

مثلا هرگاه در قراردادی مقرر شـده باشد که یکی از طرفین مبلغ معینی را در مدت مقرر بدیگری بپردازد و الا معاملهٔ منفسخ میشود، و متعهـد له برای آنکه معاملهٔ منفسخ گردد از قبول طلب خود امتناع کند، در این صورت متعهد میتواند مبلغ مزبور را بصـندوق ثبت در صورتی که تعهد بوسیله سـند رسمی شده باشد بدهد و رسـید آن را بدفتر خانه تنظیم کنندهٔ سند تسلیم نماید، و در صورتی که تعهد بوسیله سـند عادی باشد آن را بصـندوق دادگستری تسلیم و رسید آن را بوسیلهٔ اظهار نامهٔ قانونی طبق مادهٔ «۷۱۰» قانون آئین دادرسـی مـدنی برای متعهـد له بفرسـتد. در صورتی که مـال مزبور نزد حاکم یا قائم مقام او تلف یا معیوب شود متعهـد مسئول آن نخواهد بود.

طبق مادهٔ «۲۷۲» قانون مـدنی تأدیه بغیر اشـخاص مذکور در مادهٔ «۲۷۱» وقـتی صـحیح است که دائن راضـی شود و آن در صورتی است که کسی فضولتا مورد تعهد را اخذ نماید و متعهد له سپس رضایت بآن امر بدهد.

طبق مادهٔ «۲۷۴» قانون مدنی: «اگر متعهد له اهلیت قبض نداشته باشد تأدیه در وجه او معتبر نخواهد بود» و آن در موارد زیر است:

۱- تسلیم مال بصاحبش در صورتی که محجور باشد، مانند دادن مورد عاریه،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۵

ودیعـهٔ و امثال آن. بدین جهت است که طبق مادهٔ «۶۲۸» قانون مدنی: «اگر در احوال شـخص امانت‌گذار تغییری حاصل گردد، مثلا اگر امانت‌گـذار محجور شود عقـد ودیعـهٔ منفسـخ و ودیعهٔ را نمیتواند مسترد نمود مگر بکسـی که حق اداره کردن اموال محجور را

دارد».

مادهٔ «۶۴۵» قانون مدنی: «در رد عاریه باید مفاد مواد «۶۲۴» و «۶۲۶» تا «۶۳۰» رعایت شود».

۲- در تسلیم مورد تعهد بمحجور در صورتی که کلی فی الذمه باشد، زیرا در این صورت ایفاء تعهد یعنی قبض دادن فردی از کلی، تملیک آن بمتعهد له میباشد. تملیک معاملهٔ است و اهلیت برای صحت معاملهٔ در آن شرط خواهد بود.

قسمت چهارم– در چه زمان و در کدام محل مورد تعهد باید تأدیه گردد و هزینهٔ آن بعهدهٔ کیست؟

۱– زمان انجام تعهد–

در صورتی که در قرارداد موعدی برای انجام تعهد معین شده باشد، تعهد در آن موعد باید ایفاء گردد، زیرا طبق مادهٔ «۲۱۹» قانون مدنی کلیهٔ عقود بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است. در صورتی که موعدی برای تأدیه در عقد معین نشده باشد، هرگاه در عرف و عادت و یا از نظر طبیعت مورد تعهد، موعدی معین باشد در آن موعد تعهد ایفاء میگردد. مثلا هرگاه کسی صد کیلو آلبالو در زمستان بخرد و در زمان تأدیه آن را معین نکرده باشند، تأدیهٔ آن در زمان پیدایش آلبالو در بازار خواهد بود، و هرگاه کسی یخ بخرد و موعد تسلیم آن در عقد ذکر نشده باشد، کارخانهٔ یخ باید آن را در مدت گرمای تابستان بدهد، نه در وسط زمستان. در صورتی که در عرف و عادت و یا از نظر طبیعت برای ایفای تعهد موعدی معین نباشد، مانند پارچه، چای و امثال آن، تعهد پس از عقد در مدتی که عرفاً برای تأدیهٔ آن لازم است باید ایفاء شود، زیرا اطلاق عقد اقتضاء تأدیهٔ فوری را مینماید.

۲– محل انجام تعهد–

انجام تعهد در محلی که عقد واقع شده بعمل می‌آید

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۶

مگر آنکه متعاملین در قرارداد محل معینی را پیش‌بینی نموده باشند و یا عرف و عادت از نظر طبیعت مورد تعهد، ترتیب دیگری را اقتضاء نماید. چنانکه هرگاه کسی در دانشکده کتابی از دوست خود بخرد و محلی را برای تسلیم آن معین ننموده باشند کتاب در محل انعقاد عقد که دانشکده است باید تسلیم خریدار گردد، زیرا عرف و عادت در معاملهٔ کتاب اقتضاء خاصی ندارد. در صورتی که معاملهٔ در تهران بشود و مورد معاملهٔ گندم و ذغال باشد و در قرارداد محلی برای تسلیم آن معین نشده باشد، هر یک از آن دو در میدان مختص بفروش خود تسلیم متعهد له خواهد گردید، زیرا عرف و عادت برای تسلیم آن محلی را شناخته است. این است که مادهٔ «۲۸۰» قانون مدنی میگوید: «انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده بعمل آید مگر آنکه بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید». مادهٔ «۳۷۵» قانون مدنی در مورد بیع نیز این امر را تصریح نموده است.

۳– هزینهٔ تأدیه–

مخارج تأدیه و ایفاء تعهد در صورتی که شرط خلاف نشده باشد و عرف و عادت اقتضاء خاص ننماید، بعهدهٔ متعهد میباشد، زیرا تعهد بچیزی تعهد بلوازم آنست. مادهٔ «۲۸۱» قانون مدنی میگوید: «مخارج تأدیه بعهدهٔ مدیون است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». و مواد «۳۸۱» و «۳۸۲» قانون مدنی مخارج تسلیم مبیع را ذکر مینماید. حکم مذکور در دو مادهٔ مزبور از نظر خصوصیت بیع نمیباشد، بلکه باعتبار مطلق تعهد است و بدین جهت میتوان در کلیهٔ موارد تأدیه از نظر وحدت ملاک، مفاد در مادهٔ مزبور را اجراء نمود.

تبصره- مادهٔ «۲۸۲» قانون مـدنی میگویـد: «اگر کسـی بیک نفر دیون متعـدده داشـته باشد، تشـخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین است با مدیون میباشد». مثلا کسی سیصد هزار ریال بوسیلهٔ ۳ قبض هر یک صد هزار ریال بدیگری مدیون میباشد و موعد همهٔ آنها رسیده است، یکی بـدون ربـح، دیگری با ربح بیشتر و سومی با ربح کمتر و مدیون، صد هزار ریال از دین خود را میپردازد. پس از پرداخت بین دائن و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۷

مدیون اختلاف میشود، بدین نحو که مدیون برای ملاحظهٔ منافع خود میخواهد آن را بابت ربح بیشتر احتساب نماید و بالعکس دائن میخواهـد برای انتفـاع خود قبض بـدون ربـح را بـاو رد کنـد و بـابت آن دین را محسوب دارد، مـادهٔ بالا برای رفع اینگونه اختلاف، تشخیص دین را بعهدهٔ مدیون گذارده، و حمایت اجتماعی از او نموده است.

مادهٔ بالا در موردی است که چنـد دین از یک جنس باشـند و الا هرگاه کسـی یکصـد لیره یک مرتبه از دیگری اسـتقراض نموده و مرتبـهٔ دوم پانصد ریال، هرگاه پانصد ریال بدائن خود بدهد، ناچار دین ریالی خود را پرداخته است و مدیون نمیتواند آن را از بابت دین لیره خود احتساب بنمایـد. همچنانی که هرگاه کسـی بـدیگری دو دین دارد و موعد پرداخت یکی از آن دو رسـیده باشد آنچه مـدیون، بـدائن خود میپردازد بـابت دین حـال محسوب میشود و دین مؤجل که هنوز زمان تأدیـهٔ آن نرسـیده است به عهـدهٔ او باقی میماند.

۲- در اقاله

اشاره

اقاله در لغت عربی بمعنی خلاص نمودن کسـی است از چیزی که دچار آن میباشد، و در اصطلاح حقوقی اقاله، تفاسخ و برهم زدن عقد بتراضی طرفین معاملهٔ میباشد.

همچنانکه دو نفر میتواننـد طبق مادهٔ «۱۰» قانون مـدنی از آزادی اراده در امور مالی خود اسـتفاده نمایند و قرارداد منعقد و در مقابل یکـدیگر تعهـد کننـد یا یکی مالی را بدیگری انتقال دهد، همین‌گونه طبق مادهٔ «۲۸۳» قانون مـدنی پس از معاملهٔ طرفین میتوانند از آزادی اراده در امور مالی خود اسـتفاده نموده عقدی را که قبلا منعقد نموده‌اند بتراضی اقاله و تفاسخ نمایند. بنابراین اقاله در تمامی عقود لازمه ممکن است یافت شود مگر نکاح که از امور غیر مالی است و وقف که جنبهٔ اجتماعی دارد.

اقاله چنانکه از مادهٔ «۲۸۳» معلوم میشود، عقـد جدیـد نیست، بلکه عقدی را که طرفین سابقاً منعقد کرده‌اند قطع، و از ادامهٔ آثار آن جلوگیری مینماید. بعضی از فقهای اسلام بر آنند که در ضمن اقاله نمیتوان شرط نمود که یکی از طرفین علاوه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۲۸

بر مورد عقد چیزی اضافه بدیگری بدهد و یا از آن چیزی کسـر کند، زیرا شـرط مزبور بر خلاف مقتضای اقاله است، و بدین جهت اقـاله و شـرط باطل میباشـند. بنظر میرسـد که شـرط مزبور بر خلاف مقتضای اقاله نیست، زیرا مقتضای اقاله بر هم زدن عقـد است و هیچ‌گونه تضادی که ملاک بطلان در شـرط خلاف مقتضاء است با شرط دادن اضافه، حاصل نمیشود، مضافاً بر آنکه عرف و منطق اجتماعی آن را پذیرفته و عمل نیز مینماید. چنانکه گفته شود شـرط در ضـمن عقد الزام‌آور است و اقاله عقد نمیباشد تا بتوان شـرط ضمن آن نمود. گفته میشود از نظر تحلیلی اقاله و شـرط مزبور پیکر واحـدی را تشـکیل میدهـد و طبق مادهٔ ۱۰ ق. م. نسبت بطرفین الزام‌آور میباشد.

اقاله موجب تصرف در اموال میگردد لذا مانند معاملهٔ، طرفین آن باید دارای اهلیتی باشند که برای صحت معاملهٔ لازم است.

اقاله محقق میشود، بتوافق قصـد و رضای طرفین بشـرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصـد کنـد و طبق مادهٔ «۲۸۴» قانون مدنی،

اقاله مانند عقد بهر لفظ یا فعلی که صریحاً دلالت بر بهم زدن معاملهٔ کند واقع میگردد. بدین جهت در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشارهٔ که مبین قصد و رضا است کافی خواهد بود. متعاملین میتوانند بوسیلهٔ کتابی نیز عقد سابق را اقاله نمایند، زیرا نوشتن در ردیف تلفظ است.

نظر بآزادی اراده در امور مالی، طبق مادهٔ «۲۸۵» قانون مدنی، موضوع اقاله ممکن است تمام معاملهٔ واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن، خواه بطور مشاع باشد چنانکه متعاملین نصف یا ثلث معاملهٔ را اقاله نمایند، و خواه بطور مفروز باشد چنانکه مورد معاملهٔ خانه و باغ بوده و متعاملین نسبت بتمامی خانه یا نصف مفروز از آن معاملهٔ را اقاله کنند و بقیه بحال خود بماند.

آثار اقاله–

چنانکه از مادهٔ «۲۸۷» قانون مدنی مستفاد میشود در اثر اقاله، معاملهٔ از زمانی که طرفین قصد خود را بر اقاله اعلام میدارند بر هم میخورد و نسبت بمدت ما قبل آن، آثار معاملهٔ باقی خواهد ماند، یعنی اقاله اثر قهقرائی نمینماید. بنابراین:

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۲۹

۱- هرگاه مورد تعهد انتقال مال باشد و انجام یافته است و یا عقد تملیکی باشد در اثر اقاله مال مورد انتقال بانتقال دهنده بر میگردد و او مجدداً مالک مالی خواهد شده که بوسیلهٔ عقد از دست داده است.

۲- هرگاه مورد تعهد انتقال مال یا انجام عملی باشد و هنوز ایفاء نگردیده، در اثر اقاله، آن تعهد ساقط میشود.

تلف یکی از عوضین طبق مادهٔ «۲۸۶» ق. م. مانع اقاله نیست، در این صورت بجای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمتی بودن داده میشود. مثلا هرگاه کسی گوسفندی بخرد و پس از خرید آن را بکشد و خریدار و فروشنده توافق بر اقاله و تفاسخ بیع نمایند، خریدار در عوض گوسفند، قیمت آن را بفروشنده خواهد پرداخت. در حکم تلف است هرگاه بجهتی از جهات رد عین یکی از عوضیین بمالک قبل از معاملهٔ ممکن نباشد، چنانکه آن را بسرقت برده و یا در دریا غرق و یا انتقال داده شده و یا مورد اخذ بشفعه از ناحیه شریک قرار گرفته باشد. در این صورت باید بدل آن از مثل یا قیمت داده شود، زیرا آنچه موجب دادن بدل در مورد تلف عین است، عدم قدرت بر رد عین میباشد و آن در موارد مذکور در بالا نیز موجود است.

در صورتی که پس از دادن بدل، عین تحت اختیار اقاله‌کننده در آید، چنانکه مال مسروقه یافت شود و یا از دریا بیرون آورند و یا معاملهٔ دوم اقاله و یا فسخ گردد، عین متعلق به اقاله‌کننده است و بطرف داده نخواهد شد، زیرا قبل از اقاله عین متعلق به اقاله‌کننده بوده و در اثر اقاله نمودن آن حق طرف مستقیماً بر بدل تعلق میگیرد بر خلاف مورد غصب که در اثر عدم قدرت بر رد عین متعلق بمالک، بدل بعنوان بدل حیلوله باو داده میشود و پس از دریافت شدن مال مسروقه و یا خروج از دریا عین بمالک رد شده، بدل بغاصب مسترد میگردد. بنابر آنچه گفته شده هرگاه مورد معاملهٔ قبل از اقاله بغیر واگذار شده باشد و انتقال دهنده در معاملهٔ مزبور خیار غبن یا شرط و امثال آن داشته باشد و معاملهٔ اول اقاله شود، نمیتوان اقاله‌کننده را مجبور نمود که معاملهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۳۰

دوم را فسخ و عین مورد معاملهٔ را بدست آورده بطرف خود رد نماید، زیرا در حین اقاله مورد در ملکیت اقاله‌کننده نبوده و در حکم تلف است و وجود خیار در وضعیت این امر تغییری نمیدهد.

چنانکه از مادهٔ بالا استنباط میشود، هرگاه مورد معاملهٔ قبل از اقاله معیوب شود مال مزبور بهمان وضعیت بمالک قبل از عقد بر میگردد و در عوض عیب، ارش داده میشود، زیرا عیب تلف جزء یا وصف است که بمنزلهٔ تلف بعض خواهد بود و تلف بعض مورد معاملهٔ، مانند تلف کل مورد معاملهٔ میباشد و بدل بعض تفاوت قیمت صحیح و معیب است.

در صورتی که در حین اقاله در مورد معاملهٔ متعلق حق شخص ثالث قرار گرفته و یا منافع آن واگذار شده و یا حق انتفاع و یا ارتفاق برای غیر در آن بر قرار شده باشد، پس از اقاله عین مال بهمان وضعیت بکسی که در اثر اقاله مالک میگردد داده میشود و نقصی که سبب اجاره یا رهن یا حق انتفاع و یا ارتفاق پیدا شده است بوسیلهٔ دادن عوض آن جبران میگردد.

پرسشی که پیش می‌آید آن است که هرگاه مورد معاملهٔ قیمتی بوده و تلف شود، پس از اقاله قیمت چه زمانی پرداخت خواهد گردید؟

این پرسش در صورتی پیش می آید که قیمت مال تلف شده از زمان تلف تا زمان اقاله تغییر نموده باشد. بنابر مستفاد از مادهٔ «۲۸۸» قانون مدنی بنظر میرسد که قیمت مال تلف شده در زمان اقاله باید تأدیه شود، زیرا در آن زمان است که طبق مادهٔ «۲۸۶» قانون مدنی هر یک از متعاملین ملزم برد عین مورد معاملهٔ و در نبودن آن ملزم بتأدیهٔ قیمت میشود، بخلاف مورد غصب که باید قیمت زمان تلف داده شود، زیرا ضمان تلف در غصب و اتلاف ایجاب مینماید که بلافاصله در اثر تلف، ضمان از عین تبدیل بقیمت شود و ناچار قیمت زمان تلف است که جانشین عین میگردد، ولی در مورد اقاله، تلف یا اتلاف

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۱

در ملک صاحب مال پیدا شده و اقاله‌کننده ضمان و مسئولیتی تا زمان اقاله ندارد، بدین جهت پیروی، از نظری که در اقاله نیز معتقد بپرداخت قیمت زمان تلف میباشد مشکل بنظر میرسد. بنابر آنچه گفته شد در صورتی که مورد تعهد انجام فعل بوده، مانند ساختمان یا نقاشی و آن عمل انجام شده است و سپس اقاله بعمل آید، متعهد له باید اجرت المثل عمل مورد تعهد را در زمان اقاله تعیین و بمتعهد بپردازد. تصور نرود که پس از انجام فعل، چون فعلی باقی نمانده است اقاله ممکن نمیباشد، زیرا مورد مزبور مانند موردی است که مال مورد معاملهٔ تلف شده باشد و فرقی بین آن دو از نظر حقوقی موجود نیست.

نمائات مورد معاملهٔ-

اقاله چنانکه گذشت از ادامهٔ آثار معاملهٔ، از زمانی که اعلام قصد اقاله شده، جلوگیری مینماید و اثر قهقرائی ندارد، بنابراین طبق مادهٔ «۲۸۷» قانون مدنی: «نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معاملهٔ حادث میشود مال کسی است که بواسطهٔ عقد مالک شده است ...» زیرا نمائات و منافع در ملکیت، تابع اصل مال است و مال مورد معاملهٔ در مدت مزبور ملک کسی بوده که بوسیلهٔ عقد مالک شده است و از زمان اقاله، ملکیت آن بصاحب اولی، یعنی مالک قبل از عقد عودت می‌یابد. منظور از نمائات و منفصله میوه‌ها و محصول و نتاجی است که از مال حاصل میشود و وجود مستقلی را پیدا میکند مانند گلابی، گندم و بره و امثال آنها و منظور از منافع متصله وضعیتی است در مال که میتوان با بقاء عین بتدریج از آن استفاده نمود، مانند سکونت در خانه و سوار شدن اتومبیل و امثال آن. طبق ذیل مادهٔ «۲۸۷» قانون مدنی نمائات متصله مانند چاقی در حیوانات، نمو درختان و امثال آن مال کسی است که در نتیجهٔ اقاله مالک مورد معاملهٔ میشود، زیرا اینگونه نمائات، قابل انفصال از اصل مال مورد معاملهٔ نیست و بتبع مال، بمالک قبل از عقد بر میگردد و نمیتوان گفت که چون نمائات متصله در ملک مالک زمان عقد حادث شده مانند نمائات منفصله در ملکیت او باقی میماند و بنسبت آن با مالک پس از

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۲

از اقاله شریک میگردد، زیرا عموماً تعیین قیمت نمائات متصله غیر ممکن میباشد و مال مورد معاملهٔ در زمان عقد از این نظر مورد تقویم قرار نمیگیرد، علاوه بر آنکه میتوان گفت که نظر متعاملین در اقاله بر این امر است.

هرگاه مالک بعد از عقد در مال مورد معاملهٔ تصرفاتی که بنماید که موجب زیادتی قیمت آن مال شود، چنانکه مورد معاملهٔ شمش طلا- یا نقره بوده که باو انتقال یافته و سپس در اثر عمل زرگری بصورت زینت آلات در آمده است، و یا زمین بائر بوده و در اثر

شخم زدن و جمع آوری سنگهای آن دائر شده و در نتیجهٔ عملیات مزبور بر قیمت مال مورد معاملهٔ افزوده شده است، طبق مادهٔ «۲۸۸» قانون مدنی مالك بعد از عقد، در حین اقاله، بمقدار قیمتی که بسبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود.

زیرا زیادی قیمت در نتیجهٔ عمل منتقل الیه میباشد که با اجازهٔ قانونی در ملك خود نموده و عمل مزبور محترم است. بر خلاف عمل غاصب که در مال مغصوب مینماید و موجب افزایش قیمت میگردد که بدون اجازهٔ قانونی میباشد و بدین جهت اجرت برای آن مقرر نشده است. مورد مزبور را نمیتوان مانند نمائات متصله دانست و بر آن بوده که به مالك قبل از عقد تعلق میگیرد، زیرا نمائات متصله تابع ملك میباشند بخلاف عمل مالك. بنابراین مال مورد معاملهٔ در حین اقاله تقویم میشود و همچنین قیمت آن مال بدون تصرف در آن، تعیین میگردد، تفاوت بین آن دو، قیمت عمل میباشد و کسی که تفاوت مزبور را در اثر عمل او حاصل شده آن را از طرف خواهد گرفت. در مثال خرید شمش طلا که در حین اقاله بصورت زینت آلات در آمده است بدین ترتیب تقویم میشود: فرض میکنیم آن مقدار طلا در آلات زینت بکار رفته، در حین اقاله ده هزار ریال ارزش دارد و چون بصورت آلات زینت در آمده پانزده هزار ریال ارزش پیدا نموده، بنابراین مبلغ پنج‌هزار ریال آن زیادتی در اثر عمل مشتری حاصل شده است و بایع باید بمشتری بپردازد.

در صورتی که پس از اقاله مبیع نزد مشتری و ثمن نزد بایع بدون تعدی و تفریط تلف شود، چون بتراضی طرفین بیع فسخ و آثار بیع ادامه نخواهد داشت، مبیع

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۳

نزد مشتری و ثمن نزد بایع امانت خواهد بود و آن دو طبق مادهٔ «۶۱۴» قانون مدنی ضامن تلف یا نقصان نمیباشند مگر در صورت تعدی یا تفریط.

تبصره-

قانون مدنی فسخ را از اسباب سقوط تعهدات بشمار نیاورده و حال آنکه نتیجهٔ فسخ مانند نتیجهٔ اقاله است که معاملهٔ را بر هم میزند و از ادامهٔ اثرات عقد جلوگیری مینماید، بدین جهت کلیهٔ آثار آن دو یکسان میباشد. فرق بین آن دو آن است که در اقاله طرفین عقد بتراضی یکدیگر عقد را برهم میزند و لذا در مادهٔ «۲۸۳» قانون مدنی بکلمهٔ تفاسخ تعبیر نموده است و در فسخ یکی از طرفین باجازهٔ قانون یا شرط ضمن عقد بدون جلب رضایت طرف دیگر، عقد را برهم میزند. بنابراین مقتضی بود که قانون مدنی فسخ را نیز در ردیف اقاله از اسباب سقوط تعهد بشمار آرد.

۳- در ابراء

مادهٔ «۲۸۹» قانون مدنی میگوید: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود باختیار صرف نظر نماید» قول مشهور فقهای امامیه بر آن است که ابراء ایقاع میباشد و بدون موافقت مدیون و حتی بارد او تحقیق پیدا مینماید، زیرا چنانکه گفته شد حق دینی دارای چهار رکن میباشد که عبارت است از حقی که قائم بدائن و تکلیفی که قائم به مدیون و رابطهٔ بین آن دو و جزاء و با از بین بردن جنبهٔ مثبت آن از طرف دائن (یعنی بوسیلهٔ صرف نظر نمودن او از طلب خود) حق دینی ساقط میشود.

چنانکه از مادهٔ بالا معلوم میشود قانون مدنی از قول مشهور پیروی نموده است.

ابن ادریس و ابن زهره بر خلاف مشهور بر آنند که ابراء عقد است و بدون قبول مدیون محقق نمیگردد، زیرا ابراء موجب منت دائن بر مدیون میشود و نمیتوان آن را بدون موافقتش بر او تحمیل نمود.

ابراء مجانی است- حقوق‌دانان بر آنند که ابراء مجانی است و چنانچه عوض در مقابل قرار داده شود ابراء باطل میگردد. بنظر میرسد

که میتوان بر مدیون ضمن آن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۴

شرط عوض کرد و از این نظر احتیاج بقبول پیدا مینماید و ابراء، حقیقت حقوقی خود را از دست نمیدهد. تصور نرود که شرط عوض، خلاف مقتضای ابراء است، زیرا ابراء اسقاط حق است و با شرط عوض نیز اسقاط حق محقق میشود ولی هرگاه عوض مستقیماً در مقابل ابراء قرار گیرد تبدیل تعهد است و ابراء نمیباشد (تبدیل تعهد ملاحظه شود).

شرط صحت ابراء وجود دین سابق است و نمیتوان کسیرا از دینی که بعداً بجهتی از جهات باو مدیون میگردد ابراء نمود، زیرا ابراء اسقاط ما فی الذمه است و دین ثابت، خواه مستقر باشد یا متزلزل، در ذمهٔ مدیون است و میتوان آن را ساقط نمود و دینی که پیدایش نیافته و لو آنکه سبب آن حاصل شده باشد قابل اسقاط نیست. بنابراین پس از عقد جعاله و قبل از آنکه مال بجاعل تسلیم شود، عامل نمیتواند او را از حق الجعاله ابراء بنماید.

دینی میتواند مورد ابراء واقع شود که متعلق حق غیر قرار نگرفته باشد. بدین جهت دینی که مورد بازداشت اجرائی و یا تأمین مدعی به قرار گرفته باشد نمیتوان ابراء نمود، زیرا حق دائن پس از بازداشت مطلق نمیباشد و مورد حق شخص ثالث که بنفع او بازداشت شده قرار میگیرد، بنابراین چنین دینی را دائن نمیتواند اسقاط نماید مگر با اجازهٔ شخص ثالث که بنفع او بازداشت شده است.

دائن در اثر ابراء، در حقوق مالی خود تصرف مینماید لذا طبق مادهٔ «۲۹۰» قانون مدنی: «ابراء وقتی موجب سقوط تعهد میشود که متعهد له برای ابراء اهلیت داشته باشد». بنابراین هرگاه متعهد له محجور باشد ابراء او صحیح نیست، زیرا که تصرفات او چنانکه در شرائط صحت معاملهٔ بیان گردید، باطل و در بعض موارد غیر نافذ است.

طبق مادهٔ «۲۹۱» قانون مدنی: «ابراء ذمهٔ میت از دین صحیح است». مادهٔ مزبور در بادی نظر مورد ایراد میتواند قرار گیرد، زیرا دائن قائم بشخصیت حقوقی است و میت شخصیت حقوقی خود را از دست داده و مدیون شناخته نمی‌شود تا بتوان او را ابراء

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۵

نمود. از طرف دیگر در صورتی که متوفی اموالی از خود بگذارد طبق مادهٔ «۸۶۸» قانون مدنی دیون او بترکه تعلق میگیرد. ولی با توجه بجنبهٔ ادبی ماده که منظورش از ابراء ذمهٔ میت از دین، ابراء دینی است که متوفی در زمان حیات خود داشته است، ایرادی باقی نمی‌ماند، علاوه بر آنکه از نظر تاریخی و مذهبی تعبیر مزبور صحیح است، زیرا متوفی اگر چه دارای شخصیت حقوقی نیست، ولی شخصیت مذهبی خود را از دست نداده و در مقابل دائن خود بدهکار شناخته میشود.

در ابراء لازم نیست ابراءکننده عالم بوجود دین و همچنین مقدار آن و شناختن مدیون باشد، بلکه کسی که دارای معاملات عدیده با مردم بوده میتواند بگوید:

هر کس بمن بدهکار است طلب خود را نسبت باو ساقط نمودم و یا کسانی که بمن مدیون هستند آنها را ابراء نمودم.

ابراء بهر لفظ و فعلی که دلالت بر صرفنظر نمودن حق نماید محقق میشود، بنا بر این رد سند بمدیون میتواند حاکی از ابراء دین قرار گیرد، زیرا سندی که میتواند دلیل بر اثبات دعوی در دادگاه قرار گیرد از طرف دائن بمدیون رد نمیشود، مگر آنکه دین مذکور در آن ساقط شده باشد. صرف احتمال آنکه ممکن است دائن باعتماد مدیون سند را باورد نموده باشد، از امارهٔ قضائی نمیتوان صرف نظر کرد، مگر آنکه دائن ثابت کند که سند را از او بسرقت برده‌اند و یا باعمال زور اخذ شده و یا در دادن سند بمدیون منظور خاصی بوده و قصد ابراء نداشته است.

۴- تبدیل تعهد

اشاره

تبدیل تعهد چنانکه از نام آن معلوم میشود عبارت است از تبدیل تعهد سابق بتعهد دیگری که جانشین آن میگردد.

از نظر تحلیل حقوقی در اثر تبدیل تعهد که سند قضائی است، تعهد سابق ساقط میشود و تعهد دیگری بجای آن بوجود می‌آید. رابطهٔ بین سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد مجدد، رابطهٔ علت و معلول است، زیرا تعهد سابق موجب پیدایش تعهد جدید میگردد. بنابراین هرگاه بجهتی از جهات تعهد سابق باطل باشد، تعهد جدید بوجود

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۶

نمیآید، زیرا تعهدی موجود نبوده تا ساقط شود و بجای آن تعهد جدید بوجود آید، همچنانی که هرگاه تعهد جدید بجهتی از جهات قانونی باطل باشد معلوم میگردد تعهد سابق ساقط نشده و بحال خود باقی است. میتوان گفت که بین سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد جدید ملازمه است و علت تکوینی آن دو، اراده متعاملین میباشد چنانکه در عقد معوض است، که هر یک از دو مورد، عوض دیگری است و هر دو زائیده‌شدهٔ ارادهٔ متعاملین هستند. بنابراین هرگاه معلوم شود که یکی از دو تعهد باطل است معلوم میشود که علت ناقص بوده و نتوانسته تأثیر خود را بنماید بدین جهت تعهد دیگر که ملازمهٔ با آن دارد بوجود نیامده است.

اقسام تبدیل تعهد-

اشاره

مادهٔ «۲۹۲» قانون مدنی میگوید: «تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل میشود»:

۱- تبدیل تعهد باعتبار تبدیل دین.

۲- تبدیل تعهد باعتبار تبدیل مدیون.

۳- تبدیل تعهد باعتبار تبدیل دائن.

۱- تبدیل تعهد باعتبار تبدیل دین

اشاره

چنانکه شق ۱ مادهٔ «۲۹۲» قانون مدنی میگوید: «... ۱) وقتی که متعهد و متعهد له بتبدیل تعهد اصلی، بتعهد جدیدی که قائم مقام آن میشود بسببی از اسباب تراضی نمایند، در این صورت متعهد نسبت بتعهد اصلی بری میشود، و نسبت بتعهد جدید مدیون میگردد.

تبدیل تعهد باعتبار تبدیل دین بدو نحو حاصل میشود.

اول- بوسیلهٔ تبدیل مورد تعهد

چنانکه کسی بدیگری یکصد لیره مدیون باشد و دائن و مدیون بتراضی آن را بده هزار ریال تسعیر نمایند، در نتیجهٔ این امر یکصد لیرهٔ که مورد تعهد سابق بوده بده هزار ریال تبدیل شده و مورد تعهد جدید قرار میگیرد.

دوم- بوسیلهٔ تبدیل سبب تعهد

چنانکه کسی در مقابل خریدن اتومبیل

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۷

یکصد هزار ریال بفروشنده مدیون شود و پس از معاملهٔ آن دو با یکدیگر تراضی نمایند که مبلغ مزبور بعنوان قرض برای یک سال نزد خریدار بماند و از قرار صدی دوازده ربح آن را هر ماهه بفروشنده بپردازد. در فرض مزبور تعهد بپرداخت ثمن که در اثر بیع

حاصل شده بوده و تابع مقررات مخصوص بیع میبود ساقط میگردد و بتعهد جدیدی که از قرض حاصل شده است تبدیل میشود که تابع مقررات مخصوص قرض میباشد.

۲- تبدیل تعهد باعتبار تبدیل مدیون-

اشاره

چنانکه شق ۲ مادهٔ «۲۹۲» قانون مدنی میگوید: «وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را اداء نماید» تبدیل تعهد حاصل میگردد. تبدیل تعهد باعتبار تبدیل مدیون بر دو قسم است:

اول- با موافقت مدیون

چنانکه مستأجر خانه‌ای، اجاره خود را در تمامی مدت بدیگری واگذار نماید و با مستأجر جدید قرار دهد در مقابل مالک خانه تعهد کند که مال الاجاره را مستقیماً باو بدهد و تعهد مزبور انجام گیرد. در این فرض تعهد مستأجر اول در مقابل مالک خانه تبدیل بتعهد مستأجر دوم شده و تعهد او به پرداخت مال الاجاره ساقط میگردد.

دوم- بدون موافقت مدیون

چنانکه کسی بدیگری مدیون است، سپس پدر مدیون بطلبکار مراجعه بنماید و از او بخواهد که قبول کند بجای پسرش متعهد شود که طلب او را در سر موعد مقرر بپردازد، پس از قبول طلبکار، سندی جدیدی بین او و پدر تنظیم میشود و بدین وسیلهٔ تعهد پسر ساقط و تعهد پدر جانشین او میگردد.

تبدیل تعهد غیر از انتقال دین است اگر چه از نظر سطحی مانند یکدیگرند ولی از نظر حقوقی متفاوت و از حیث آثار مختلف میباشند.

انتقال دین و طلب، از قدیم زمانی موضوع بحث حقوقین بوده است. در حقوق ملل قدیمه تعهد و نفیاً و اثباتاً قابل انتقال نبوده و هرگاه متعهد بمیل خود تعهد را ایفاء نمینمود، ممتنع اجباراً بتأدیه میگردید که بمثله نمودن و یا فروش و بردگی مدیون منجر میشده و این امر قائم بشخص مدیون بوده است intuitu Personae ولی امروز از نظر

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۸

تحلیلی، حقوقیین بر آنند که تعهد نفیاً و اثباتاً جزء دارایی شخص محسوب است، و میتواند مورد انتقال قرار گیرد، همچنانکه دارائی متوفی بورثهٔ او منتقل میشود.

انتقال دین که بفرانسه آن را La cession de dette, la repirise de dette گویند عبارت از آنست که شخص ثالث، دین مدیون را بر ذمهٔ خود بگیرد، مثلًا هرگاه کسی بدیگری مدیون است بدرخواست مدیون شخص ثالث حاضر شود که دین (جنبهٔ منفی تعهد) او را بعهدهٔ خود بگیرد، در این صورت تعهد تبدیل نشده یعنی تعهدی ساقط و تعهدی دیگری جای او را نگرفته بلکه دین از ذمهٔ مدیون اصلی بذمهٔ دیگری نقل شده است. در انتقال دین رضایت دائن شرط است و بدون رضایت او انتقال نافذ نمیباشد، زیرا ارزش طلب بستگی بوضعیت مالی مدیون دارد و تغییر مدیون در بسیاری از موارد در ارزش طلب تأثیر مینماید.

یکی از عقود معینه که مبتنی بر انتقال دین میباشد ضمان عقدی است. قانون مدنی در مادهٔ «۶۸۴» میگوید: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی ثالثی مالی را که بر ذمهٔ دیگری است بعهدهٔ بگیرد». در اثر ضمان دینی که بر عهدهٔ مدیون بوده و با تمامی وضعیت خود، بذمه شخص ثالث که ضامن است تعلق میگیرد و تمامی تضمینات سابقه بحال خود باقی میماند، مگر خلاف آن شرط شود. همچنانی که ممکن است انتقال دین بوسیلهٔ عقد بعمل آید ممکن است قهراً نیز انتقال حاصل شود مانند مورد فوت که

دیون مورث بوارث منتقل میشود چنانچه ورثه ترکه را بدون شرط قبول کرده باشند.
حواله نیز مانند ضمان بر اساس انتقال دین استوار است، مادهٔ «۷۲۴» قانون مدنی میگوید: «حواله عقدی است که بموجب آن طلب شخصی از ذمهٔ مدیون بذمهٔ شخص ثالثی منتقل میگردد» و طبق مادهٔ «۷۲۵» قانون مدنی رضایت محتال (طلبکار) و محال علیه (مدیون جدید) شرط تحقق حواله میباشد. این امر در صورتی است که محال علیه مدیون محیل نباشد و الا هرگاه محال علیه مدیون محیل باشد عقد حواله عقدی است مرکب که باعتباری بر اساس انتقال دین و باعتبار دیگر بر اساس انتقال طلب گذارده شده است. بدین جهت بعضی از فقهای امامیه قبول محال علیه را در این صورت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۳۹

لازم ندانسته‌اند. قانون مدنی ایران چنانکه در مادهٔ «۷۲۷» میگوید: «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه، مدیون به محیل باشد ...». در صورت اخیر بدستور ماده «۷۲۵» نیز قبول محال علیه را لازم میداند. این امر از نظر آن است که عقد حواله یکی از عقود معینه میباشد و علاوه بر شرائط اساسی برای صحت معامله قبول محال علیه را نیز شرط دانسته است.
تبدیل تعهد بوسیلهٔ تبدیل مدیون را نباید با پرداخت دین بوسیلهٔ شخص ثالث که مورد مادهٔ «۲۶۷» قانون مدنی است اشتباه نمود، زیرا در مورد مزبور تعهد بوسیلهٔ شخص ثالث ایفاء میگردد، یعنی مورد تعهد بمتعهد له پرداخت میشود و بدون آنکه پرداخت‌کننده تعهد جدیدی نموده باشد و بعبارت حقوقی، ایفاء تعهد عمل قضائی است و تبدیل تعهد مانند انتقال دین سند قضائی میباشد.
در تبدیل تعهد بوسیلهٔ مدیون که تعهد سابق ساقط میشود و تعهد دیگری جای گزین او میگردد، متعهد له یکی از طرفین تعهد جدید است و تعهد بین او و شخص ثالث منعقد میشود، بنابراین متعهد له یکی از دو رکن اساسی تشکیل دهنده تعهد جدید میباشد.
قانون مدنی در شق ۲ مادهٔ «۲۹۲» که تبدیل تعهد بوسیلهٔ مدیون را تعریف مینماید و میگوید: «وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را ادا نماید» دچار اشتباه شده و انتقال دین را بیان کرده است، زیرا انتقال دین، بین مدیون اصلی و مدیون جدید واقع میشود و رضایت متعهد له شرط صحت آن است.

۳- تبدیل تعهد بوسیلهٔ تبدیل دائن-

مادهٔ «۱۲۷۱» قانون مدنی فرانسه بدین نحو آن را تعریف نموده است: «وقتی که در نتیجهٔ یک تعهد جدیدی، یک طلبکار جدیدی، جانشین طلبکار سابقی که مدیون در مقابل او بری شده است بشود» مثلًا هرگاه کسی که از دیگری طلبکار است و قصد مسافرت دارد، برای آنکه ترتیبی بکارهای خود بدهد از بدهکار بخود میخواهد که بوسیلهٔ سندی در مقابل پسرش تعهد پرداخت دین مزبور را بنماید، با موافقت آنان این عمل انجام میگیرد. در اثر تحقق

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۴۰

این عمل، تعهد بدهکار که سابقاً در مقابل پدر بوده ساقط میگردد و تعهد جدیدی بین بدهکار و پسر منعقد و جانشین آن میشود و در این صورت موافقت بدهکار یکی از دو رکن تعهد جدید میباشد، زیرا تعهد بوسیلهٔ توافق قصد و رضاء طرفین عقد حاصل میشود.
قانون مدنی ایران تبدیل تعهد بوسیلهٔ تبدیل دائن را با انتقال طلب که تأسیس حقوقی جداگانه است اشتباه نموده و بدین نحو تعریف کرده است، شق سوم مادهٔ «۲۹۲» قانون مدنی: «وقتی که متعهد له ما فی الذمه متعهد را بکسی دیگر منتقل نماید».
و بدین جهت هم رضایت مدیون را در تحقق آن لازم ندانسته است.
تبدیل متعهد بوسیلهٔ تبدیل دائن اگر چه از نظر سطحی مانند انتقال طلب است، ولی از نظر تحلیل حقوقی متفاوت و آثار و احکام آن دو مختلف میباشد. انتقال طلب که آن را بفرانسه(La cession de ereance)گویند عبارت است از آنکه طلبکار حق و

طلب خود (یعنی جنبهٔ مثبت تعهد) را بـدیگری انتقـال دهـد، در این امر رضایت مـدیون شـرط تحقق آن نمیباشـد، زیرا طلبکار که مالك طلب و حق مالی مزبور است میتواند در مال خود هر گونه تصـرفی بنماید. بنابراین هرگاه کسـی بوسیلهٔ سندی صد هزار ریال از دیگری طلب داشته باشد، میتواند در ظهر سند آن را بدیگری منتقل نماید (خواهد انتقال معوض باشد یا غیر معوض) و منتقل الیه میتوانـد بطرفیت بـدهکار اقامهٔ دعوی نموده و مطالبهٔ آن طلب را بنماید بدون آنکه مدیون با انتقال مزبور موافقت کرده باشد، زیرا منتقـل الیه قـائم مقـام قانونی طلبکار شـناخته میشود و طبق مادهٔ «۲۱۹» قـانون مـدنی عقود بین متعـاملین و قـائم مقام آنها لازم الاتباع است. بـدین جهت است که هرگاه مـدیون دین خود را بـدائن اول بپردازد ذمهٔ او بری نشـده اگر چه از انتقال طلب بی‌اطلاع باشـد، زیرا دین بغیر دائن تأدیه گردیـده است. متابعت از این قاعدهٔ حقوقی چون در عمل ایجاد اشـکال مینمود مادهٔ «۳۸» قانون اعسار «۲۰» آذر ۱۳۱۳ بکمك انتقال‌گیرنده آمده و مقرر میدارد: «کسی که طلب خود را بغیر مدیون انتقال داده و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۴۱

بعـد از انتقـال آن را از مـدیون سابق خود دریافت کرده و یا بـدیگری انتقال دهـد کلاهبردار محسوب میشود». از نظر مـدنی در بند دیگر مـادهٔ نـامبرده میگویـد: «هرگاه مـدیون بـدهی خود را بعـد از انتقال، بـدائن سابق تأدیه نمایـد منتقل الیه حق رجوع باو نخواهد داشت مگر اینکه ثـابت نمایـد که قبـل از تأدیـهٔ دین، انتقـال را باطلاـع مـدیون رسانیـده و یـا اینکه مـدیون بوسیلهٔ دیگری از انتقال مستحضر بوده است».

مادهٔ مزبور برای جلوگیری از تضـییع حق بـدهکار، در صورتی که مـدیون از انتقال طلب بـدیگری آگاه نباشد، رعایت اصل حقوقی که مبنای انتقال دین میباشد نکرده و بر خلاف آن، حق مطالبه را از منتقل الیه سلب نموده است.

آثار تبدیل تعهد–

اشاره

آثار تبدیل تعهد عبارت است از:

اول– سقوط تعهد سابق

در اثر تبدیل تعهد، تعهد سابق ساقط میشود و آثار آن خاتمه پیدا مینماید و آثار تعهد لاحق شـروع میگردد، بنابراین هرگاه پولی در بانک در حساب جاری باشـد و آن را در حساب ثابت که بآن سود تعلق میگیرد منتقل نماینـد، از تاریخ انتقال، بانک سود میپردازد، و همچنین هرگاه تعهـد سابق در شـرف آن باشد که مشـمول مرور زمان شود در اثر تبدیل تعهد مرور زمان جدیدی شـروع میگردد که ابتدای آن تاریخ تبدیل تعهد است.

دوم– سقوط تضمینات تعهد سابق

در تبـدیل تعهـد چون تعهـد سـابق از بین میرود و ساقط میشود طبق مادهٔ «۲۹۳» قانون مـدنی تضـمینات تعهد مزبور که جنبهٔ تبعی و فرعی نسـبت بآن دارد نیز از بین میرود و بتعهد لاحق که حادث میشود تعلق نخواهد گرفت، زیرا فرع در وجود و بقاء تابع اصل خود میباشد. مثلًا هرگاه تعهد سابق رهن و یا ضامن بطور تضامنی و یا با حق تقدم داشته است، تعهد جدید فاقد آن مزایا خواهد بود، زیرا آنها از توابع تعهـد سابق بوده و بتبع آن ساقط شده‌انـد، و همچنین است حق فسخ و شـرایط دیگر که در ضـمن تعهد سابق قرار داده شده است، ولی طرفین میتوانند در تعهد جدید هر شـرط و تضـمین و قیدی که بخواهند درج نمایند و بدین وسیله مزایای تعهد سابق یا مزایای بیشتر یا کمتری را در عقد جدید بیاورند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۴۲

اجرای مفاد مادهٔ «۲۹۳» نسبت بشق سوم مادهٔ «۲۹۲» قانون مدنی که تعریف انتقال طلب است بر خلاف قاعدهٔ حقوقی انتقال طلب میباشد، زیرا در انتقال طلب تضمینات پس از انتقال باقی میماند چه آنها متفرع بر تعهد میباشند و انتقال طلب موجب سقوط تعهد نمیشود و بحال خود باقی میماند. در صورتی که گفته شود شق سوم مادهٔ مزبور اگر چه در ظاهر، تعریف انتقال طلب است ولی منظور تبدیل تعهد بوسیلهٔ دائن میباشد، زیرا ماده در مقام بیان تبدیل تعهد است و میتوان شق سوم را با تفسیر مختصری از ظاهر خود نیز منصرف نمود، بنابراین ایرادی متوجه ماده نمیگردد. در پاسخ آن گفته خواهد شد اگر چه تفسیر شق سوم و انصراف آن بتبدیل تعهد انحراف از روش حقوقی است، ولی چنانکه گذشت در تبدیل تعهد موافقت مدیون شرط اساسی برای تحقق تعهد جدید میباشد، و حال آنکه قانون مدنی آن را در شق سوم شرط ننموده است و عدم احتیاج بموافقت مدیون در تحقق تبدیل تعهد بوسیلهٔ دائن، بر خلاف قاعدهٔ تبدیل تعهد و فرض حقوقی است.

باری با توجه بگفتار بالا نقص مادهٔ «۲۹۲» از نظر حقوقی ظاهر است و اصلاح آن باید در نظر گرفته شود.

۵- در تهاتر

اشاره

یکی از اقسام سقوط تعهد تهاتر میباشد و قانون مدنی آن را پنجمین قسم سقوط تعهد شمرده است. تهاتر بر سه قسم است:

۱- تهاتر قهری-

اشاره

مادهٔ «۲۹۴» قانون مدنی میگوید: «وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند بین دیون آنها بیکدیگر بطریقی که در مواد ذیل مقرر است تهاتر حاصل میشود».

طبق مادهٔ «۲۹۵» قانون مدنی: «تهاتر قهری است و بدون اینکه طرفین قصد سقوط تعهد را داشته باشند و یا بآن امر تراضی نمایند حاصل میگردد. تأسیس تهاتر برای جلوگیری از تکرار تأدیه و ایفاء تعهد است، زیرا در صورت عدم تهاتر لازم است

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۴۳

هر یک از طرفین تعهد خود را جداگانه ایفاء نماید و بطرف دیگر آن را عملًا تأدیه کند و این امر عمل زائدی را ایجاب و مدت وقتی را تفویت مینماید، ولی بوسیلهٔ تهاتر، روابط حقوقی دو نفر با یکدیگر آسان میشود و امور تجاری سریعتر جریان پیدا میکند.

برای آنکه بین دو دین تهاتر حاصل شود شرائط ذیل باید موجود باشد:

اول- موضوع دو دین کلی باشد،

زیرا فقط کلی میتواند در ذمه تعلق بگیرد و بوسیلهٔ تهاتر ساقط گردد، مانند گندم، جو، پول و امثال آنها.

دوم- دو دین از یک جنس باشند،

مثلا- هرگاه بدهی تاجری بدیگری از جنس ریال است طلب او از تاجر دیگر نیز باید از جنس ریال باشد تهاتر حاصل شود و الا هرگاه از جنس ارز خارجی مانند فرانک، دلار و لیره است تهاتر قهری حاصل نمیشود (مادهٔ «۲۹۶» قانون مدنی).

سوم- زمان تأدیه دو دین یکی باشد،

خواه این امر بموجب عقد باشد یا آنکه در اثر تأخیر پرداخت یکی از دو دین، موعد پرداخت دیگری رسیده باشد، زیرا دو دینی که زمان تأدیهٔ آن مختلف است ارزش آن دو متفاوت میباشد چون مدت تأدیه در ارزش طلب تأثیر دارد، چنانکه ارزش طلبی که موعد پرداخت آن یک ماه دیگر است با طلبی که بهمان مبلغ و موعد پرداخت آن پنج سال دیگر است اختلاف فاحش دارد. مثلا هرگاه تاجری از دیگری صد هزار ریال قرض نماید که پس از شش ماه تأدیه کند و پس از پنج ماه طلبکار، مال التجارهٔ از تاجر مزبور بمبلغ صد هزار ریال بخرد که پول آن را نقداً بپردازد تهاتر در آن زمان حاصل نمیشود مگر آنکه خریدار در پرداخت ثمن چندان تعلل ورزد تا موعد پرداخت قرض برسد، در این مورد چون در روز سر رسید قرض، تاجر و خریدار هر دو در یک زمان در مقابل یکدیگر مدیون و دائن میباشند، بین آن دو دین تهاتر حاصل میشود (مادهٔ «۲۹۶» قانون مدنی).

چهارم- محل تأدیهٔ دو دین یکی باشد،

زیرا هر مالی در محلی ارزش مخصوصی دارد، چنانکه قیمت گندم در تهران با گندم در بلوچستان متفاوت است و بدین جهت بین

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۴۴

دو دین مزبور وحدتی که موجب تهاتر شود فاقد میباشد (مادهٔ «۲۹۶» قانون مدنی).

پنجم- هیچیک از دو دین متعلق حق شخص ثالث قرار نگرفته باشد.

در صورتی که حق ثابت اشخاص ثالث بر یکی از دو دین تعلق بگیرد، آن دین آزاد نیست تا بتواند مورد تهاتر قرار گیرد، زیرا اثر تهاتر با ایفاء تعهد یکسان میباشد و همانگونه دینی که متعلق حق شخص ثالث است هرگاه بدائن ایفاء شود موجب تضییع حق شخص ثالث میگردد آن دین نیز هرگاه تهاتر گردد موجب تضییع حق شخص ثالث خواهد شد. بنابراین نمیتواند مدیون باستناد تهاتر از تأدیهٔ مال توقیف شده بشخص ثالث امتناع کند. (مادهٔ «۲۹۹» قانون مدنی) در دو مورد زیر، دین متعلق حق شخص ثالث میباشد:

الف- در موردی که دین بنفع شخص ثالث بازداشت شده باشد، خواه بازداشت در اثر قرار تأمین مدعی به بوده و یا در اثر صدور برگ اجرائی از دادگاه یا ثبت اسناد.

زیرا دینی که مورد بازداشت از طرف مقام صالحی قرار میگیرد متعلق حق کسی خواهد بود که بنفع او بازداشت شده است، بنابراین هرگاه پس از بازداشت دین، مدیون از دائن طلبکار گردد بین آن دو دین تهاتر حاصل نمیشود.

ب- در موردی که پس از ورشکستگی داین، مدیون از او طلبکار شود، بین آن دو دین تهاتر حاصل نمیگردد، زیرا از تاریخ حکم ورشکستگی کلیهٔ اموال ورشکسته متعلق حق طلبکاران او قرار میگیرد و همگی یکسان از آن بهره‌مند میشوند و تهاتر مانند تأدیه و ایفاء تعهد است و هیچ‌یک از طلبکاران ورشکسته نمیتوانند تمامی طلب خود را جداگانه اخذ نمایند.

ششم- دینی که قابل بازداشت نمیباشد نمیتواند مورد تهاتر قرار گیرد.

قانون مدنی ایران تهاتر را در مورد مزبور صریحاً منع ننموده ولی در قوانین کشورهای دیگر باین امر تصریح شده است، چنانکه قانون مدنی فرانسه در شق سوم از مادهٔ «۱۲۹۳» دین راجع بنفقه را غیر قابل تهاتر میشناسد. بنظر میرسد که بتوان گفت دینی را که قانون از دیون ممتازه شناخته است مانند نفقهٔ زوجه مذکور در مادهٔ «۱۲۰۶»

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۴۵

قانون مدنی ایران مورد تهاتر قرار نمیگیرد، زیرا از ممتازه بودن دین میتوان غیر قابل بازداشت و غیر قابل تهاتر بودن آن را استنباط

نمود، اگر چه استنباط مزبور بعید و دور از احتیاط و عمل قضائی است.

هفتم- دو دینی میتوانند تهاتر شوند که محقق و ثابت باشند

و الا هرگاه یکی از آن دو مورد اختلاف باشد تهاتر حاصل نمیگردد، مثلا هرگاه کسی بر علیه دیگری برگ لازم الاجراء بمبلغ ده هزار ریال دارد و در جریان اجراء، مدیون مدعی شود که از بابت معاملهٔ که قبلا ـ با طلبکار نموده و دفاتر تجاری طرفین حکایت مینماید، بمبلغ مزبور از دارنده برگ اجرائی طلبکار است و او منکر آن باشد، استماع این ادعا و رسیدگی بآن از عهدهٔ اجراء خارج و مدیون برگ اجرائی باید دین خود را بپردازد و میتواند در دادگاه صالح اقامهٔ دعوی نموده و مطالبهٔ دین تجاری خود را از او بنماید و یا آنکه قبل از خاتمه عملیات اجرائی در دادگاه اقامهٔ دعوی نموده و بوسیلهٔ قرار تأمین مدعی به، مورد اجرائی را بازداشت کند.

پس از آنکه شرائط لازم مذکور در بالا جمع گردید، دو دین تا اندازهٔ که با هم معادله نمایند، بطور تهاتر بر طرف شده و طرفین نسبت بیکدیگر بری میگردند.

در این امر فرقی نخواهد داشت که سبب دو دین متحد یا مختلف باشد، زیرا اختلاف سبب، موجب اختلاف مسبب نمیشود، بنابراین هرگاه یکی از آن دو دین از بیع حاصل شده باشد و دیگری از قرض یا از اجاره بین آن دو تهاتر حاصل میشود، مثلا هرگاه تاجری از دیگری یکصد هزار ریال قرض نماید که عندالمطالبه بپردازد و طلبکار، مال التجارهٔ بمبلغ هشتاد هزار ریال از او بخرد، طلب آن دو با یکدیگر تا مبلغ مزبور تهاتر شده و خریدار از تاجر فقط بیست هزار ریال طلب کار میماند (مادهٔ ۲۹۵ قانون مدنی).

خلاصه آنکه دو دین تا مقدار کمترین از آن دو، تهاتر شده و ساقط میگردد و زائد بر آن مقدار بعهدهٔ مدیون آن باقی میماند.

تبصره-

مادهٔ «۲۹۷» قانون مدنی: «اگر بعد از ضمان مضمون له به مضمون عنه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۴۶

مدیون شود، موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد». مادهٔ مزبور از فروعات ضمان عقدی است، بدین جهت برای شرح مادهٔ مزبور، ضمان عقدی بطور اختصار بیان میشود:

مادهٔ «۶۸۴» قانون مدنی میگوید: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمهٔ دیگری است بعهده بگیرد متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی میگویند». مثلا هرگاه حسن مبلغی بمحمد بدهکار باشد و سپس تقی بیاید و از حسن ضمانت نماید یعنی دین او را بمحمد بعهده بگیرد، حسن بری شده و بدهی بمحمد نخواهد داشت و فقط تقی در اثر ضمان بمحمد بدهکار میشود. پس از این امر هرگاه بجهتی از جهات مانند خرید جنس، محمد بحسن بدهکار گردد، تأثیری در بدهی تقی بمحمد نخواهد کرد و تهاتر حاصل نمیشود، بلکه تقی باید بدهی خود را که ناشی از ضمان است بمحمد بدهد و محمد هم بدهی خود را که از خرید جنس حاصل شده بحسن بپردازد. این است که مادهٔ بالا میگوید موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد، یعنی بین طلب حسن از محمد و طلب سابق محمد از حسن تهاتر حاصل نمیگردد تا در نتیجهٔ آن ضامن که تقی باشد بری شود.

قانون مدنی ایران مادهٔ بالا را به پیروی از قانون مدنی فرانسه ذکر نموده است، چه قانون مدنی فرانسه در مادهٔ «۱۲۹۴» بالعکس آنچه در قانون مدنی ایران است مدیون شدن مضمون له را به مضمون عنه پس از ضمان موجب فراغ ذمه ضامن میداند. علت این امر آن است که در قانون مدنی فرانسه ضمان موجب برائت ذمه مضمون عنه نمیگردد، بلکه مانند ضمان باعتقاد اهل سنت از مسلمین

موجب ضم ذمه میشود و ضامن مانند مضمون عنه در مقابل طلبکار نیز مدیون میگردد و آن دو متضامناً مسئول پرداخت دین مورد تعهد میباشند، و هر یک که آن را تأدیه کند ذمهٔ دیگری بری میشود. بنابراین هرگاه در ضمان تضامنی بعد از ضمان، مضمون له بمضمون عنه مدیون شود، موجب فراغ ذمهٔ ضامن خواهد بود. در قانون مدنی ایران هم در صورتی که در عقد ضمان شرط تضامن شود و یا تعهد بطور تضامن منعقد گردد مانند قانون مدنی فرانسه خواهد بود ولی در ضمان مطلق

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۴۷

حکم مادهٔ «۲۹۷» جاری میباشد.

۲- تهاتر قراردادی-

در مواردی که شرائط لازم برای تهاتر قهری موجود نباشد، چنانکه دو دین از یک جنس نبوده و یا زمان تأدیه و یا محل آن مختلف باشد، طرفین میتوانند بتراضی، خصوصیاتی که مانع از تهاتر دو دین است مرتفع نمایند تا بین آن دو دین تهاتر شود، بدین جهت است که آن را تهاتر قراردادی گویند. تهاتر قراردادی در موارد ذیل بعمل می‌آید:

اول- هرگاه دو دین از یک جنس نباشد. مثلا کسی بدیگری صد هزار ریال مدیون و هزار پوند از او طلبکار است برای آنکه بین دو دین تهاتر شود باید یکی از آن دو از جنس دیگری بشود، پس از آنکه یکی از جنس دیگری بشود تهاتر قهری حاصل میگردد.

دوم- هرگاه زمان تأدیهٔ دو دین مختلف باشد. مثلا کسی بدیگری هزار ریال نقداً بدهکار است و هزار ریال از او طلبکار میباشد که پس از دو ماه باید تأدیه شود، بدهکار اخیر میتواند با موافقت طرف خود از مدت استفاده نکند و آن را حال تلقی نماید.

بدین نحو زمان دو دین یکی شده و تهاتر قهری حاصل میشود.

سوم- هرگاه محل تأدیهٔ دو دین مختلف باشد. طبق مادهٔ «۲۹۸» قانون مدنی تهاتر وقتی حاصل میشود که با تأدیهٔ مخارج مربوطه بنقل موضوع دین از محلی بمحل دیگر یا بنحوی از انحاء مانند آنکه حق تأدیه در محل معین را ساقط نماید، خصوصیت تأدیه در محل از بین رفته و قهراً بین آن دو دین تهاتر واقع میشود.

۳- تهاتر قضائی

تهاتر قضائی در موردی است که یکی از دو دین ثابت و محقق است و دین دیگر مورد انکار میباشد، چنانکه مدعی در دادگاه طبق اجاره‌نامه مطالبهٔ مال الاجارهٔ خانهٔ خود را بنماید و مستأجر باستناد شرط مندرج در آن، مدعی شود که بمقدار خواسته در خانه تعمیر نموده و بین آن دو دین با یکدیگر تهاتر شده است و مدعی طلبی از او ندارد، و یا آنکه مستأجر دادخواست متقابل بدادگاه تقدیم و مطالبهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۴۸

هزینهٔ تعمیرات را بنماید. دادگاه در هر دو صورت پس از رسیدگی بدعوی طرفین، هرگاه دعوی مستأجر را ثابت دید و او را محقق دانست رأی بتهاتر آن دو دین میدهد و هرگاه اضافه‌ای بماند مدیون را نسبت بآن مقدار محکوم مینماید.

۶- در مالکیت ما فی الذمه

مالکیت ما فی الذمه عبارت از اجتماع دو عنوان دائن و مدیون در یک شخص نسبت بیک موضوع میباشد. مثلا در صورتی که کسی بپدر خود بدهکار و یا از او طلبکار باشد و پدر بمیرد، چون پسر بوسیلهٔ ارث در مورد دین بپدر خود، سمت طلبکاری او را و در مورد طلبکار و یا بخود بدهکار باشد، دین و یا طلب مزبور تا آن مقداری که در سهم الارث پسر قرار میگیرد ساقط میشود،

بنابراین هرگاه پسر وارث منحصر پدر است تمامی حق زائل میشود، و هرگاه پدر دارای وارث متعدد است بقدر سهم الارث او طلب یا دین ساقط میگردد.

مالکیت ما فی الذمه در مورد ورثه در صورتی است که وارث طبق مادهٔ «۲۴۸» قانون امور حسبی، ترکه را قبول نماید و الا هرگاه آن را رد کند مالکیت ما فی الذمه حاصل نمیشود، و وارث مزبور مانند اجنبی خواهد بود. در صورتی که وارث ترکه را مطابق صورت تحریر ترکه پذیرفته باشد، بهمان نسبتی که ترکه در مقابل طلب او قرار میگیرد دین ساقط میشود. این است که مادهٔ «۳۰۰» قانون مدنی میگوید: «اگر مدیون مالك ما فی الذمهٔ خود گردد ذمهٔ او بری میشود، مثل اینکه اگر کسی بمورث خود مدیون باشد پس از فوت مورث دین او بنسبت سهم الارث ساقط میشود».

موصی له مانند وارث است و در صورتی که بطور مشاع از ترکه باو وصیت شده باشد بهمان نسبت در اثر مالکیت ما فی الذمه دینی که بموصی دارد ساقط میشود، مثلا هرگاه کسی خمس دارائی خود را بصورت وصیت بدیگری تملیك نماید، بمقدار خمس از بدهی موصی له بموصی ساقط میشود. همچنین است هرگاه متوفی طلب معینی را که

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۴۹

از شخص ثالث دارد بوصیت ببدهکار خود واگذار نماید.

طلبی که مورد مالکیت ما فی الذمه قرار میگیرد نباید متعلق حق دیگری باشد. بدین جهت هرگاه طلب مزبور بوسیلهٔ یکی از مقامات صالحه بنفع شخص ثالث بازداشت شده باشد در اثر مالکیت ما فی الذمه ساقط نمیگردد، همچنانی که در تهاتر گذشت. در صورتی که مورث از وارث خود طلبکار باشد و دارائی دیگر متوفی کافی برای پرداخت دیون او نباشد، نسبت بآن مقدار از طلب که در مقابل دیون متوفی قرار میگیرد، مالکیت ما فی الذمه حاصل نمیشود و باید آن مقدار را وارث مدیون بطلبکاران مزبور تأدیه نماید، زیرا طبق مادهٔ «۸۶۹» قانون مدنی مالکیت ورثه نسبت بترکهٔ متوفی مستقر نمیشود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که بترکهٔ میت تعلق گرفته است.

۷- در تلف قهری موضوع تعهد

قانون مدنی فرانسه یکی از موارد سقوط تعهد را تلف قهری موضوع تعهد شمرده است. قانون مدنی ایران پیروی از قانون مزبور نموده و مادهٔ باین امر اختصاص نداده، ولی در موارد مختلفه حکم آن را بیان کرده است. در این مختصر برای آنکه ناگفته نماند بشرح آن مبادرت میگردد.

طبق قاعدهٔ حقوقی هر مالی که تلف شود بزیان مالك آن است،(Res perit domino)مگر آنکه بجهتی از جهات ضمان آن بعهدهٔ دیگری قرار داده شود، زیرا نمیتوان عقلا زیان تلف مال کسی را بعهدهٔ دیگری گذارد.

موارد مختلفهٔ تلف قهری موضوع تعهد عبارت است از:

اول- در صورتی که کسی تعهد بتسلیم مالی نموده باشد که نزد او امانت بوده و تلف شود مانند مورد عاریه، ودیعه و امثال آن تعهد ساقط میگردد، زیرا پس از تلف چیزی باقی نیست تا متعهد آن را تسلیم نماید. در صورتی که تلف مال مزبور در اثر تعدی و تفریط متعهد نباشد، زیان آن بعهدهٔ مالك آن است، زیرا مال باجازهٔ مالك نزد متعهد امانت بوده و هیچگونه تقصیری که موجب تجاوز از حدود اذن مالك باشد بعمل نیامده تا مسئول

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۵۰

تلف باشد. در صورتی که مال مورد تعهد در اثر تعدی و تفریط تلف شده باشد متصرف ضامن است و باید بدل آن را بمالکش بدهد، یعنی هرگاه مثلی است مثل آن و هرگاه قیمتی است قیمت آن. همچنین است در موردی که مال مورد تعهد نزد متصرف

ناقص یا معیوب گردد.

در صورتی که مال نزد متعهد باجازهٔ قانون امانت باشد مثل مورد لقطه و امثال آن، حکم آن مانند موردیست که از طرف مالک امانت بوده است (ماده «۶۱۴» در مورد ودیعه و ماده «۶۴۰» در مورد عاریه).

دوم- در صورتی که بوسیله عقد تملیکی مالی مورد انتقال قرار گیرد و آن قبل از تسلیم تلف شود تعهد بتسلیم مال مزبور ساقط میگردد، زیرا متعهد قادر بر تسلیم آن نمیباشد. و هرگاه ناقل نسبت بآن تعدی و تفریط نموده و یا مورد مطالبه قرار گرفته و در تسلیم آن تأخیر نموده باشد، او در مقابل مالک مسئول بدل آن از مثل یا قیمت است و الا هرگاه بدون تعدی و تفریط و تأخیر در تسلیم در اثر امر غیر مترقبه تلف گردد ناقل ضامن نخواهد بود زیرا متصرف مزبور مانند امین میباشد. در صورتی که عقد تملیکی معوض باشد منتقل الیه ملزم بتسلیم عوض خواهد بود، زیرا تلف یکی از عوضیین قبل از تسلیم موجب انحلال عقد نمیگردد.

بنظر میرسد که قاعدهٔ بالاـ در عقود تملیکی معوض بر خلاف مفهوم معاوضه میباشد، زیرا چنانکه در علت تعهد گذشت، عقد معوض دو تملیک است که یکی در مقابل دیگری قرار میگیرد و این امر ناشی از ربط و بستگی بین عوضین است که مورد قصد متعاملین میباشد. علت غائی در هر یک از متعاملین در تملیک و تسلیط مورد، تملیک و تسلیط عوض آن از ناحیهٔ طرف دیگر است بنحوی که هرگاه تملیک و تسلیط عوض نبود، مورد را تملیک و تسلیط نمینمود و چنانکه میدانست نمیتواند عوض را بدست آورد حاضر نمیشد مال خود را بطرف دیگر تملیک بنماید. بدین جهت است که هرگاه یکی از متعاملین امتناع از تسلیم مورد تعهد خود بنماید طرف دیگر میتواند طبق مستفاد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۵۱

از مادهٔ «۳۷۷» قانون مدنی تا تسلیم آن از قبض عوض خودداری کند. از مادهٔ «۳۴۸» و مادهٔ «۳۷۲» قانون مدنی که قدرت بر تسلیم شرط صحت معامله قرار داده شده مستفاد میگردد که هرگاه مورد معامله قبل از تسلیم تلف گردد کشف میشود که معامله باطل بوده، این است که طبق مستفاد از مادهٔ «۴۹۶» گفته میشود: تلف عین مستأجره قبل از تسلیم موجب بطلان اجاره است. و هم چنین است هرگاه مال مورد انتقال از جریان تجاری خارج شود چنانکه نقل و انتقال آن قانوناً ممنوع گردد و یا مفقود شود بنحوی که از وجود و محل آن بی‌اطلاع باشند، زیرا متعهد قدرت قانونی بر تسلیم مال مورد معامله ندارد. بنابراین باید بر آن بود که تلف قهری یکی از عوضین قبل از قبض کشف از بطلان عقد مینماید.

قاعدهٔ مزبور در مورد بیع جاری نمیگردد، مادهٔ «۳۸۷» قانون مدنی میگوید:

«اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید بمشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم بحاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.» برای آنکه حکم مزبور با قواعد حقوقی تطبیق گردد، فرض میشود که چون مبیع نزد بایع تلف گردد، کشف میشود که قبل از تلف مبیع، در یک لحظهٔ تصوری بیع فسخ شده و مبیع بملکیت بایع در آمده و سپس تلف شده است، زیرا طبق قاعدهٔ حقوقی، زیان مال بعهدهٔ مالک آن است و نمیتواند مال در ملکیت مشتری تلف شود و زیان آن بعهدهٔ بایع قرار گیرد. قانون مدنی بهمان جهتی که تلف مبیع را قبل از قبض موجب انفساخ بیع دانسته و شرح آن خواهد آمد. در مورد نقص مبیع قبل از قبض رعایت قاعدهٔ (تلف مال بزیان مالک است) را نیز ننموده و بمشتری حق فسخ داده است. این است که مادهٔ «۳۸۸» ق. م. میگوید:

«اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید» تفصیل تلف و نقص مبیع قبل از تسلیم در بیع خواهد آمد.

سوم- هرگاه تعهد بانتقال مال معین باشد و قبل از ایفاء تعهد مال تلف شود، چنانکه کسی تعهد نماید که اتومبیل سواری خود را بدیگری در ظرف ده روز انتقال

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۵۲

دهد و قبل از انتقال اتومبیل دچار حریق شود (خواه این امر قبل از موعد مقرر باشد و خواه پس از موعد) زیان آن طبق قاعده، بعهدهٔ مالک متعهد است و طبق مستفاد از مادهٔ «۲۴۰» قانون مدنی (در مورد شرط) تعهد ساقط و عقد منفسخ میشود و هرگاه عقد معوض بوده و متعهد له عوض را داده است آن را مسترد میدارد. فرقی نمینماید که تلف مال عمداً باشد و یا غیر عمد، همچنین است هرگاه متعهد مورد تعهد را بدیگری انتقال داده باشد، زیرا تعهد بانتقال، ایجاد حق عینی برای متعهد له نسبت بمورد تعهد نمینماید تا انتقال دوم باطل باشد، و چنانچه از این امر خسارت بمتعهد له متوجه شده است او میتواند خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد را بخواهد، زیرا متعهد سبب توجه خسارت بمتعهد له میباشد.

تبصره- در صورتی که تعهد بتسلیم مال کلی باشد، چنانکه کسی تعهد نماید که ده خروار گندم بدیگری بدهد، سپس بر طبق قانون تمامی گندم بانحصار دولت در آید، بدین نحو که خریدوفروش آن برای غیر دولت قدغن شود، اگر چه مادهٔ صریحی حکم مورد مزبور را بیان ننموده است، ولی میتوان از مواد «۲۴۰» و «۳۴۸» و «۳۷۲» قانون مدنی حکم بفسخ معاملهٔ مزبور را استنباط کرد. همچنین هرگاه مورد تعهد انجام فعل در مدت معینی باشد، چنانکه گویندهٔ تعهد نماید که در مقابل مبلغی در ساعت معین در جمعیتی سخنرانی کند و در آن ساعت مریض شود و یا فیلمبرداری تعهد نماید که در مقابل اجرتی معین در جشن دانشگاه فیلمبرداری نماید و در آن جشن حاضر نشود، تعهد ساقط میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۵۳

باب دوم در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل میشود

اشاره

الزامات عبارت از تکالیفی است که بجهتی از جهات برای افراد مقرر شده است.

سبب پیدایش الزامات گاه عقد است که مولود ارادهٔ افراد میباشد و آن را الزامات ناشی از عقد یا مسئولیت قراردادی گویند. و گاه سبب آن غیر از عقد میباشد و آن الزاماتیست که بدون قرارداد حاصل میشود که مسئولیت غیر قراردادی هم نامیده میشود.

سبب الزاماتی که بدون قرار داد حاصل میشود ممکن است شبه عقد، جرم، شبه جرم یا قانون باشد. قانون مدنی الزاماتی که خارج از قرارداد حاصل میشود در دو فصل بیان نموده است.

فصل اول در کلیات

اشاره

قانون مدنی ایران فصل مزبور را مانند بعض قسمتهای دیگر از قانون مدنی فرانسه پیروی نموده است و مواردی را از قاعدهٔ (دارا شدن غیر عادلانه)(Enrichissement injuste)بدون آنکه قاعدهٔ مزبور را متذکر شود بیان کرده است.

قاعدهٔ دارا شدن غیر عادلانه- از نظر حفظ نظم اجتماعی و احترام بحقوق افراد، هیچ‌کس نمیتواند بدون علت بزیان دیگری دارا شود. حقوقدان مشهور رومی پومپونیوس(Pomponius(Digeste ۵۰, ۱۷. fr. ۲۰۶ قاعدهٔ مزبور را مبتنی بر انصاف قضائی و حق طبیعی میداند و ارزش یک دستور اخلاقی بیش بآن نمیدهد. قاعدهٔ مزبور، در قرآن مجید در سوره نساء آیه ۲۸: لَا تَأْكُلُوا

أَمْوالَكَمْ بَيْنَكَمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَكَونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ ببیانی رساتر بصورت دستور حقوقی آمده است. از نظر تحلیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۵۴

حقوقی کاملترین طرزی که ممکن بود از جنبهٔ منفی و مثبت قاعدهٔ مزبور بیان شود، آیهٔ نامبرده بطور موجز بیان نموده است.

قاعدهٔ مزبور اگر چه قاعده مستقلی در حقوق مدنی بشمار میرود، ولی بر اساس نظریه علت تعهد، پایهٔ خود را گذارده است، که بدون هیچ علت قانونی کسی بزیان دیگری نمیتواند دارا شود.

شرائط قاعدهٔ دارا شدن غیر عادلانه عبارت است از:

۱- دارا شدن

دارا شدن شخص با مقایسهٔ وضعیت دارائی فعلی و وضعیت دارائی سابق او معلوم میشود، چنانکه هرگاه وضعیت مالی فعلی او بهتر از سابق شده باشد گفته میشود دارا شده است. در دارا شدن شخص فرقی نمینماید که بر دارائی او افزوده شود و یا از دیون او کاسته گردد.

۲- دارا شدن از زیان دیگری باشد

دارا شدن شخص باید نتیجهٔ مستقیم کاسته شدن دارائی دیگری باشد. آن در صورتیست که بین افزوده شدن دارائی شخص و کاسته شدن دارائی دیگری رابطهٔ علت و معلول موجود باشد و بهمان مقدار که شخص مزبور دارا میشود و از دارائی طرف دیگر کاسته گردد. بنابراین در صورتی که دارا شدن شخص از زیان دیگری حاصل نشود، مشمول قاعدهٔ نامبرده نخواهد بود، چنانکه هرگاه کسی برای جلوگیری از خرابی مزرعهٔ خود سدی جلوی سیل ببندد و سیل باراضی مجاور که شوره‌زار است برگردد و اراضی مزبور در اثر رسوب و ماندن آب، شیرین و قابل کشت شود. این افزایش دارائی مالك زمین از زیان مالك سد حاصل نشده اگر چه موجبش او بوده است.

در اثر دارا شدن شخص از زیان دیگری، رابطهٔ حقوقی بین آن دو نفر ایجاد میگردد، که شخص مزبور را ملزم مینماید آنچه را از زیان دیگری بدست آورده باو رد کند.

الزام مزبور از اقسام شبه عقد بشمار می آید.

۳- دارا شدن شخص از زیان دیگری باید بدون مجوز قانونی باشد

این امر

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۵۵

در موردی است که شخص بطریق غیر قانونی و بدون آنکه علت مشروع مؤثری موجود باشد مالی را بدست آورد.

موارد دارا شدن بدون علت عبارت است از:

الف- دریافت مال در اثر اشتباه،

حیله یا اکراه.

ب- دریافت مال در اثر عقد معاوضی باطل

مادهٔ «۳۶۶» ق. م. میگوید: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را بصاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود» مادهٔ مزبور اگر چه در مورد بیع است ولی از نظر بطلان معاملهٔ معاوضی میباشد و الا خصوصیتی در بیع نیست که این امر را ایجاب کند.

فرقی نمینماید که بطلان معامله در اثر غیر مشروع و یا بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی بودن مورد معامله باشد، یا آنکه یکی از شرائط اساسی دیگر صحت معامله را فاقد باشد، همچنانی که فرقی نمینماید مورد معامله که عمل نامشروع و بر خلاف اخلاق حسنه بوده انجام شده یا نشده باشد، زیرا انجام عملی که قانوناً ممنوع است و در نظر قانون ارزشی ندارد تا در مقابل آن فاعل، مستحق عوض گردد. همچنین فرقی نخواهد داشت که طرفین یا یکی از آنها عالم و یا جاهل ببطلان معامله باشد، زیرا موجب عدم استحقاق گیرنده مال، عدم تحقق معامله است که در نتیجهٔ آن ملتزم برد مال مزبور میگردد که در اصطلاح فقهی آن را ضمان مقبوض بعقد معاوضی فاسد گویند، بر خلاف مقبوض بعقد فاسد غیر معاوضی، مانند آنکه متهب مالی را بعقد فاسد قبض نماید و نزد او تلف شود ضامن عوض او نمیباشد، ولی چنانچه عین موجود است باید بمالکش رد نماید، زیرا انتقال حاصل نشده است. در صورتی که کسی مالی را بگیرد تا ملاحظه نماید و یا بقصد آنکه آن را بخرد و تلف شود ضامن میباشد (صفحه «۱۶۹» جلد دوم حقوق مدنی در مأخوذ بالسوم رجوع شود).

ج– استیفاء منافع از عمل یا مال دیگری

اشاره

که شرح آن خواهد آمد. (مادهٔ «۳۳۶ و ۳۳۷» ق. م)

ایفاء ناروا

اشاره

یکی از موارد دارا شدن غیر عادلانه که بسیاری از مجموعه‌های قوانین

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۵۶

مدنی متذکر شده‌اند، ایفاء ناروا Le payement de i'indu میباشد که قانون مدنی فرانسه مواد جداگانهٔ بآن اختصاص داده و قانون مدنی ایران از آن اقتباس نموده است. موارد ایفاء ناروا عبارت است:

اول– تأدیهٔ دینی که وجود نداشته است

چنانکه کسی بتصور آنکه دین سابق خود را بتاجر تأدیه ننموده آن را بپردازد و بعداً که بمحاسبات خود مراجعه مینماید متوجه میشود که دین مزبور در صورت محاسبات پرداختی بحساب آمده و تصفیه شده است. شخص مزبور میتواند آنچه را بتاجر پرداخته مسترد دارد، زیرا گیرنده مستحق مال نبوده و بوسیلهٔ گرفتن آن بزیان دیگری دارا شده است. مادهٔ «۲۶۵» قانون مدنی این فرض را میرساند. مادهٔ «۲۶۵» قانون مدنی: «... اگر کسی چیزی بدیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد میتواند آن را استرداد کند».

دوم– تأدیهٔ دین بغیر دائن یا قائم مقام او

چنانکه کسی بوسیلهٔ وکالت نامهٔ مجعولی طلب دیگری را از مدیون دریافت دارد و دائن عمل مزبور را تنفیذ ننماید، مدیون میتواند

آنچه را که بشخص مدعی الوکاله داده است استرداد کند، زیرا شخص مزبور آن را بدون استحقاق اخذ نموده است. مادهٔ «۳۰۱» قانون مدنی میگوید: «کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را بمالک تسلیم نماید». مادهٔ مزبور را میتوان در مورد شق اول (تأدیهٔ دینی که وجود نداشته است) استناد نمود، چنانکه میتوان در مورد مزبور نیز بذیل مادهٔ «۲۶۵» قانون مدنی مذکور در بالا استناد جست.

سوم– تأدیهٔ دین بوسیلهٔ غیر مدیون

اشاره

چنانکه کسی فوت کند و نوه با بودن پسر برای متوفی، تصور نماید که او قائم مقام پدر خود که سابقاً مرده است میباشد و از متوفی ارث میبرد، سهمی از دین متوفی را ادا نماید، بعداً مطلع میشود که در قانون مدنی ایران نوه با بودن پسر ارث نمیبرد. نوه چون مدیون نبوده و قصد تبرع هم در پرداخت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۵۷

دین متوفی نداشته است میتواند آنچه را که پرداخته مسترد دارد، زیرا این امر دارا شدن غیر عادلانه بزیان دیگری میباشد. مادهٔ «۳۰۲» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی که اشتباهاً خود را مدیون میدانست آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید».

از کلمهٔ «آن دین» میتوان استظهار نموده که دین حقیقتاً موجود بوده ولی دهندهٔ وجه، مدیون آن نبوده است. با تفسیر متناسب میتوان بدو مادهٔ «۲۶۵» و «۳۰۱» قانون مدنی نیز در این مورد استناد نمود.

قانون مدنی در فصل مزبور چهار امر دیگر را مورد نظر قرار داده است:

اول- مسئولیت متصرف مال غیر

تصرف در مال غیر بدون مجوز قانونی طبق قسمت اخیر مادهٔ «۳۰۸» قانون مدنی در حکم غصب است و متصرفات ضامن عین و منافع آن میباشد. این است که مادهٔ «۳۰۳» قانون مدنی میگوید: «کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه بعدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل». (تفصیل آن در مبحث غصب ذکر خواهد شد). در صورتی که متصرف جاهل بعدم استحقاق خود باشد و مالک برضاء خود مال را باو داده است، متصرف مسئول منافع غیر مستوفات نمیباشد.

دوم- معامله بر مال غیر

چنانکه در قسمت معاملهٔ فضولی گذشت، کلیهٔ معاملات بر مال غیر فضولی محسوب و نفوذ آن منوط باجازهٔ مالک میباشد. این است که مادهٔ «۳۰۴» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی که چیزی را بدون حق دریافت کرده است خود را محق میدانسته لیکن در واقع محقق نبوده و آن چیز را فروخته باشد معامله فضولی و تابع احکام مربوطهٔ بآن خواهد بود». ذکر مادهٔ مزبور در این مورد، در مقابل مادهٔ «۱۳۸۰» قانون مدنی فرانسه است که میگوید: «هرگاه کسی که با حسن نیت (چیزی را) گرفته آن چیز را بفروشد، او نباید مسترد کند (بمالک) مگر ثمن فروش را».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۵۸

سوم- هزینهٔ نگاهداری مال غیر

طبق مادهٔ «۳۰۵» قانون مدنی در مورد مواد فوق صاحب مال باید از عهدهٔ مخارج لازمه که برای نگاهداری آن شده است برآید،

زیرا هزینهٔ نگاهداری مال بعهدهٔ مالک آنست و متصرف میتواند آن را از مالک بخواهد مگر در صورت علم او بعدم استحقاق خود که در صورت مزبور آنچه مخارج نموده اقدام بضرر خود کرده است و قانون برای جلوگیری از تصرف در مال غیر، متصرف را محروم از مطالبهٔ هزینهٔ مزبور نموده است.

چهارم- ادارهٔ اموال غیر

مادهٔ «۳۰۶» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی اموال غائب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازهٔ مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است حق مطالبهٔ مخارج نخواهد داشت ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت‌کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است» قانون مدنی ایران در مادهٔ بالا تأسیسی را که قانون مدنی فرانسه(Gestion d'affaires)مینامد و میتوان آن را ادارهٔ اموال غیر نامید بیان میکند و آن عبارت است از عملیاتی که کسی برای اداره اموال دیگری انجام میدهد. ادارهٔ اموال غیر مانند وکالت است با این فرق که وکیل با اختیار قبلی از طرف مالک، اموال او را اداره مینماید، و اداره کنندهٔ اموال غیر، بدون داشتن اختیار و یا اجازه از طرف مالک اموال او را اداره میکند.
تأسیس مزبور وکالت فضولی نیست، زیرا در وکالت فضولی موکل میتواند وکالت را تنفیذ و یا رد نماید ولی در ادارهٔ اموال غیر بوسیلهٔ ذات عمل، بین اداره‌کننده و کسی که اموال او اداره شده است، ایجاد تعهد میشود و آن یکی از اقسام شبه عقد است. برای آنکه ادارهٔ اموال غیر، ایجاد تعهد نماید باید دارای شرایط ذیل باشد:

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۵۹

۱- عملیات محدود بادارهٔ اموال باشد. منظور از ادارهٔ اموال نگاهداری و حفاظت و جلوگیری از تضییع آن است. بنابراین اداره‌کننده میتواند اموال غیر را هرگاه خراب شده و یا تعمیر بخواهد آن را ساخته و یا تعمیر نماید، همچنانی که میتواند آنها را باجاره واگذار کند. اداره‌کننده در عملیات خود رعایت نفع مالک را باید بنماید و مانند وکیل امین، مسئول میباشد.

۲- عدم دخالت اداره‌کننده و یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال گردد.

بنابراین هرگاه برف پشت‌بامهای خانهٔ کسی که بمسافرت رفته روبیده نشود اطاقهای آن خراب میشود، همسایهٔ او میتواند برفهای آن را بدهد بروبند و اگر بستان و باغ کسی تشنه شده و احتیاج بآب دارد یکی از دوستان او میتواند آن را آب دهد، زیرا تأخیر در آن امور موجب زیان مالک میگردد.

۳- هرگاه تحصیل اجازه از مالک یا کسی که حق دادن اجازه را دارد غیر مقدور باشد و یا تا حصول اجازه ضرر متوجه مالک میگردد. این امر در موردیست که مالک غائب باشد یا محجور بوده و ولی و قیم نداشته یا غائب باشد. بنابراین هرگاه کسی به مسافرت رفته و استجازهٔ از او در اثر نداشتن آدرس ممکن نباشد و یا جنگ مانع از داشتن رابطهٔ با او گردد، دیگری میتواند اموال او را اداره نماید، همچنانی که هرگاه کسی بمیرد و صغاری از خود بگذارد و یا وارث معلومی نداشته باشد که ترکهٔ او را جمع‌آوری بنماید، میتوان ترکهٔ او را جمع‌آوری و اداره نمود تا بمقامات صالحه اطلاع داده شود.

۴- در صورتی که مالک، اداره‌کننده را از مداخله و ادارهٔ اموال خود منع ننموده باشد و الا در حکم غاصب است، زیرا با تصریح مالک بعدم مداخله تعهد برای او بتأدیه مخارج نگاهداری ایجاد نمیشود.

تکالیف اداره‌کننده و مالک بشرح زیر است:

اول- اداره‌کننده باید حساب زمان تصدی خود را بمالک بدهد

و آن عبارت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶۰

از صورت درآمدها و هزینه‌هائیست که برای نگهداری اموال شده است.

دوم- مالک ملزم است مخارج ضروری که برای ادارهٔ اموال او شده است،

و همچنین اجرت المثل اداره‌کننده را بپردازد و او نمیتواند باستناد وکالت نداشتن اداره‌کننده، از تأدیهٔ مخارج امتناع نماید. مالک میتواند مخارج زائد را مانند مخارج تزیینات و نقاشی و امثال آن که برای نگاهداری دارائی، غیر ضروری است نپذیرد، زیرا از حدود ادارهٔ اموال خارج است و عمل فضولی میباشد.

تبصره- اهلیت اداره‌کننده در تصرفاتی که شرط صحت آن اهلیت است مانند اجاره دادن و امثال آن، لازم میباشد در غیر این امور، ادارهٔ اموال غیر، احتیاج به اهلیت قانونی ندارد، چنانکه هرگاه محجور باغ همسایه خود را مشروب نماید یا برف پشت بام او را بروبد، ولی یا قیم او میتواند اجرت المثل عمل محجور را از مالک مطالبه بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶۱

فصل دوم ضمان قهری

اشاره

ضمان در لغت بمعنی پذیرفتن، پناه دادن و ملتزم شدن بچیزی یا امری میباشد.

در اصطلاح حقوقی چنانکه ذیلًا دیده میشود از معنی لغوی دور نیفتاده است.

ضمان بر دو قسم است: ضمان عقدی و ضمان قهری.

ضمان عقدی چنانکه مادهٔ «۶۸۴» قانون مدنی میگوید: «عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمهٔ دیگری است بعهده بگیرد».

و آن نوعی از انتقال دین است که مختصر آن گذشت و شرح آن در دو جلد دوم بیان شده است.

ضمان قهری عبارت است از مسئولیت بانجام امری و یا جبران زیانی که کسی در اثر عمل خود بدیگری وارد آورده. چون مسئولیت مزبور در اثر عمل قضائی و بدون قرارداد و عقد حاصل میشود آن را قهری میگویند.

قانون مدنی در مادهٔ «۳۰۷» امور ذیل را موجب ضمان قهری میداند.

۱- غصب و آنچه که در حکم غصب است.

۲- اتلاف.

۳- تسبیب.

۴- استیفاء.

مبحث اول در غصب

اشاره

قانون مدنی ایران به پیروی از حقوق امامیه مبحث مزبور را بیان نموده است حقوق اروپای کنونی باین تأسیس آشنا نیست. در

حقوق رومی تأسیس حقوقی غصب وجود بوده و کائیوس حقوقدان مشهور رومی آن را یکی از الزامات ناشیه از جرم میداند.

غصب در لغت بمعنی ظلم و قهر آمده و گاه بر استیلاء بر مال غیر گفته میشود. در

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۶۲

اصطلاح حقوقی نیز از معنی لغوی پیروی نموده‌اند، چنانکه مادهٔ «۳۰۸» قانون مدنی میگوید: «غصب استیلاء بر حق غیر است بنحو عدوان ...»

بنابر تعریف بالا شرائط تحقق غصب عبارت است از: ۱- استیلاء ۲- بنحو عدوان- ۳- بر حق غیر.

اول- استیلاء

یکی از شرائط تحقق غصب، مسلط شدن بر مال غیر میباشد.

که لازمهٔ آن تصرف در آن است، خواه آن مال منقول باشد یا غیر منقول بنابراین هرگاه کسی مالك را از تصرف در مالش مانع شود بدون آنکه تسلط بر آن مال پیدا کند، غاصب محسوب نمیشود اگر چه در مورد اتلاف و تسبیب ضامن آن خواهد بود (مادهٔ «۳۰۹» قانون مدنی) زیرا غصب سبب منحصر ضمان نمیباشد. این است که هرگاه کسی در وسط کوچه بن‌بست نهری بکند که اتومبیلهای کرایه نتوانند از گاراژ خود خارج شوند کسی که نهر را کنده غاصب نمیباشد ولی از نظر جلوگیری انتفاع از اتومبیلها ضامن خواهد بود.

در غصب لازم نیست که غاصب استقلال در تصرف داشته باشد، چنانکه بعض از فقها آن را در تعریف غصب قید نموده‌اند، بنابراین هرگاه کسی استقلال و انحصار در تصرف مال نداشته باشد، مانند آنکه غصبا با مالك در خانه سکونت نماید غاصب نصف خانه است، مگر آنکه تصرف مالك چندان ضعیف باشد که عرفاً غاصب، متصرف تمام خانه شناخته شود که در این صورت نسبت بتمامی خانه غاصب است.

۲- بنحو عدوان

یعنی بظلم و آن در موردی است که متصرف بداند مال متعلق بغیر است و اجازه تصرف آن را ندارد، بنابراین چنانچه متصرف بر یکی از آن دو جاهل باشد غاصب محسوب نمیگردد، چنانکه کسی بتصور آنکه اتومبیلی که پدرش سوار میشده متعلق بپدرش بوده و اکنون که مرده است، جزء ترکه و متعلق باو است، سوار آن بشود و حال آنکه پدرش اتومبیل را عاریه گرفته بوده است و یا آنکه کسی از مالك اتومبیلی اجازه میگیرد که اتومبیل او را از گاراژ عمومی بردارد و سوار شود، چون بگاراژ میرود اشتباهاً اتومبیل دیگری را که شباهت

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۶۳

باتوموبیل او دارد سوار میشود. تصرف در دو مورد مزبور اگر چه بدون مجوز قانونی میباشد و در احکام و آثار با غصب یکسان است ولی اصطلاحاً غصب گفته نمیشود و در حکم غصب یا شبه غصب نامیده میشود این ستکه قانون مدنی در ذیل مادهٔ «۳۰۸» میگوید: «... اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است».

همچنین در حکم غصب است هرگاه کسی مالی را بجهتی از جهات باجازه قانونی در تصرف داشته باشد و بعداً اجازه مرتفع شود و تصرف خود را بدون مجوز قانونی ادامه دهد، چنانکه کسی مالی را که در اجاره دارد پس از انقضاء مدت و مطالبهٔ مؤجر تخلیه ننماید، مستأجر از تاریخ امتناع در حکم غاصب است و یا چنانکه مادهٔ «۳۱۰» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی که مالی بعاریه و یا بودیعه و امثال آنها در دست او است منکر گردد از تاریخ انکار در حکم غاصب است».

۳- بر حق غیر

شرط مزبور مرکب از دو امر میباشد که بصورت اضافهٔ ترکیبی ذکر گردیده است، و حق و غیر.
الف- حق علاوه بر آنکه ممکن است مال، مورد تصرف غاصبانه قرار گیرد چیزهای دیگری نیز ممکن است مورد غصب واقع شود که عرفاً مال بآنها گفته نمیشود، مانند حق تحجیر در اراضی موات، حق انتفاع از مشترکات عمومی همچنین است چیزهائی که ملک اشخاص میباشند ولی مال نیستند مانند قوطی کبریت خالی که مالیت ندارد.
این است که قانون مدنی مورد غصب را منحصر بمال ننموده و بکلمه حق تعبیر کرده است.
ب- غیر- مورد غصب باید متعلق بغیر باشد، بنابراین هرگاه کسی بدون مجوز قانونی در ملک خود که متعلق حق غیر است تصرف نماید غاصب آن نمیباشد، مثلًا هرگاه مالک راهن بر عین مرهونه که در تصرف مرتهن است بدون موافقت او استیلا یابد، نسبت بملک خود غاصب شناخته نمیشود ولی باعتبار آنکه تصرف مزبور ملازمهٔ با تصرف در حق مرتهن نیز دارد، غاصب حق غیر میباشد.
در حقوق امامیه حکم غصب مبتنی بر حدیث نبوی: علی الید ما اخذت حتی تؤدیه میباشد. قاعدهٔ مزبور تصرف در حق غیر را بدون مجوز اگر چه بعدوان و غاصبانه
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶۴
نباشد ضمان‌آور میداند و آن در موارد ذیل است:
۱- در موردی که مالی نزد کسی باجازهٔ قانونی امانت (امانت شرعیه) باشد و بعداً آن اجازه سلب گردد، مانند مورد لقطه که پیداکننده پس از پیدا شدن مالک، منکر وجود مال نزد خود گردد و یا از دادن آن امتناع نماید.
۲- در موردی که کسی مالی را باجازهٔ مالک در دست دارد، مانند مورد عاریه و ودیعه که آن را امانت مالکانه گویند و پس از مطالبهٔ مالک ندهد، خواه منکر گردد و یا تأخیر در تسلیم آن نماید.
۳- در موردی که کسی مالی را در اثر عقد معوض فاسد در تصرف داشته باشد.
۴- در موردی که کسی در اثر اشتباه مال غیر را در تصرف داشته باشد چنانکه کسی لباس دیگری را اشتباهاً بجای لباس خود بپوشد.

مغصوب.

مغصوب چیزی است که مورد غصب قرار میگیرد و آن را میتوان بچهار دسته تقسیم نمود:
۱- عین و منفعت- مالی که مورد غصب قرار میگیرد هرگاه منافع آن تفکیک و بغیر انتقال داده نشده باشد و متعلق بمالک عین باشد، عین و منفعت از یک نفر غصب شده است، و در صورتی که منافع آن متعلق بدیگری غیر از مالک عین باشد، مانند خانهٔ که در اجارهٔ غیر است و مورد غصب شخص ثالث قرار گیرد، عین مال از مؤجر و منفعت از مستأجر غصب شده است.
۲- منفعت- مورد غصب ممکن است فقط منفعت باشد، چنانکه موجر در مدت اجاره مستأجر را از خانه بیرون کند و بر منفعت خانه مستولی گردد. موجر در تمامی بقیهٔ مدت اجاره، غاصب منفعت شناخته میشود.
۳- عین- مورد غصب ممکن است فقط عین قرار گیرد، چنانکه مستأجر خانهٔ را که برای سکونت خود اجاره نموده مورد تعدی و تفریط قرار دهد. در این صورت
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶۵

مستأجر عین موجر را غصب نموده است.

۴- حق- همچنانی که عین و منفعت میتواند مورد غصب قرار گیرد، حق نیز میتواند مورد غصب واقع شود، مثلًا هرگاه کسی بر زمین مواتی که دیگری تحجیر نموده استیلاء یابـد، حق تحجیر را غصب نموده است. همچنین هرگاه راهن ملك مورد رهن را از تصـرف مرتهن بنحو عدوان خارج نماید، حق مرتهن را غصب نموده است.

از این قبیـل است غصب حق منتفع در مشترکـات عمومی، ماننـد آنکه کسـی دست دیگری را که از روی پـل بـاریکی عبور میکند بگیرد و از روی پل رد کند و خود عبور نماید و یا کسـی دیگری را که در روی نیمکت عمومی در باغ ملی نشسـته، بزور بلند نماید و خود بنشـیند. استیلاء بر حق غیر را اگر چه اصـطلاحاً غصب نامنـد، در تمامی موارد موجب ضـمان نخواهـد بود، بدین تفصـیل که هرگاه حق، اختصاصـی غیر باشـد ماننـد حق تحجیر و حق مرتهن، غاصب ضامن آن میباشد، ولی هرگاه حق، اختصاصـی غیر نباشـد ماننـد مشترکـات عمومی، ضـمان بوجود نمیآیـد، زیرا غـاصب اگر چه حق را از متصـرف اول غصب نموده است ولی چون خود نیز مانند متصرف اول، حق استفاده از مشترکات عمومی را دارد ضامن منافع مدت تصرف نمیباشد.

احکام غصب

اشاره

احکام غصب بر دو قسم است: تکلیفی، وضعی

اول- حکم تکلیفی

حکم تکلیفی در غصب عبارت از رد عین بمالك آن است، یعنی کسـی که مال دیگری را غصب مینمایـد باید فوراً آن را بمالکش رد کند اگر چه پس از غصب از مالیت بیفتد و یا از طرف قانون دادوستد آن ممنوع گردد، زیرا حق مالکیت مالك نسبت بآن باقی است و اطلاق مادهٔ «۳۱۱» قانون مدنی که میگوید:

«غاصب باید مال مغصوب را عیناً بصاحب آن رد نماید» ناظر بمورد مزبور میباشد.

در صورتی که مالك دارای اهلیت قانونی نباشـد چنانکه صـغیر یا مجنون باشـد، غاصب باید مال را بولی یا قیم آنها رد کند اگر چه از آنان غصب نموده است و هرگاه آن را بتصرف

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶۶

محجور بدهد، رفع مسئولیت از غاصب نخواهد شد.

دوم- حکم وضعی-

اشاره

و آن در دو قسمت بیان میگردد:

۱- ضمان غاصب نسبت بعین مال مغصوب-

اشاره

در صورتی که مـال مغصوب تلف شود غـاصب بایـد بـدل آن را بمالـك بدهـد. این است که قسـمت دوم مـادهٔ «۳۱۱» قانون مدنی

میگوید: «... و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد ...».

منظور از تلف مال آنست که بخودی خود یا در اثر امر خارجی که مربوط بغاصب نباشد معدوم و از بین برود. بنابراین هرگاه گوسفندی مورد غصب قرار گیرد و غاصب آن را در طویلهٔ خود که در همسایگی مالك گوسفند است نگهدارد و شب سیل بیاید و طویلهٔ غاصب و طویلهٔ همسایه و تمامی گوسفندهای آنها را ببرد، غاصب ضامن تلف گوسفند مورد غصب است، اگر چه هرگاه گوسفند مزبور غصب نمیشد و در طویلهٔ مالکش میبود نیز تلف میگشت.

حکم مزبور اگر چه در ظاهر خلاف انصاف قضائی است، ولی برای جلوگیری از ارتکاب غصب که موجب اخلال نظم اجتماعی میگردد، ناچار احکام سخت وضع شده است، بدین جهت در حقوق رومی چنانکه گذشت جنبهٔ جزائی بغصب داده شده و مقرر بوده که غاصب چند برابر مال مغصوب را بمالك آن رد نماید.

در مسئولیت غاصب فرقی نمینماید که تلف در اثر علتی باشد که قبل از غصب موجود بوده و یا در اثر علتی باشد که در زمان تصرف غاصب حاصل شده است.

در صورتی که غاصب مال مغصوب را اتلاف نماید و یا سبب تلف آن شود چنانکه گوسفند را کشته و یا دستور بدیگری داده و او را کشته است و دوستان خود را میهمان نموده است، بعنوان غصب ضامن نمیباشد، بلکه در اثر اتلاف و تسبیب ضامن خواهد بود و مانند مورد غصب باید بدل آن را بمالك بدهد.

در صورتی که مال نزد غاصب تلف نشود ولی بجهتی از جهات رد عین بمالك ممکن نباشد در حکم تلف خواهد بود، چنانکه مال در رودخانه یا چاه بسیار عمیق

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶۷

بیفتد که در آوردن آن ممکن نباشد و یا دزد آن را برباید و نتوان بآن دسترسی پیدا نمود. این است که قسمت اخیر مادهٔ «۳۱۱» قانون مدنی میگوید: «... و اگر بعلت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد». فقهای امامیه بدل مزبور را (بدل حیلوله) میگویند، زیرا در موردی که عین تلف نشود ولی بجهتی از جهات دسترسی بآن نباشد تا بتوان آن را بمالك رد نمود، غاصب در اثر عمل خود بین مال و مالك حایل و مانع شده که او نمیتواند از مال خود استفاده نماید، بر خلاف مواردی که (بدل تلف) داده میشود که آن در عوض مالی است که از ملکیت مالك آن خارج شده است.

پرسشی که در مورد بدل حیلوله پیش می‌آید آن است که هرگاه کسی پس از دادن بدل مزبور بمالك، مال مغصوب بدست آید، آیا متعلق بچه کسی خواهد بود؟ در پاسخ گفته میشود: مالی که بجهتی از جهات رد آن بمالکش ممکن نباشد از ملکیت مالك آن خارج نمیشود و همچنان در ملکیت او باقی است و الزام غاصب بدادن بدل، در مقابل محرومیت مالك از انتفاع آن است بنابراین پس از پیدا شدن و بدست آمدن مال مغصوب، باید آن مال بمالکش رد شود و بدل بمالك آن که غاصب است مسترد گردد، زیرا پس از رد مال مغصوب بمالکش هرگاه بدل نزد او باقی بماند بدل و مبدل منه نزد یك نفر جمع شده و موجب استفادهٔ بلا جهت خواهد بود.

در صورتی که مال مغصوب در بنا بکار رفته باشد که جدا نمودن آن موجب نقص و معیوب شدن آن مال و خرابی محل گردد، عین مال باید جدا شده و بمالك آن رد شود و نمیتوان آن را در حکم تلف دانست، زیرا بکار رفتن در بنا مانع از رد نمیباشد. این است که مادهٔ «۳۱۳» قانون مدنی میگوید: «هرگاه کسی در زمین خود با مصالح متعلقه بدیگری بنائی سازد یا درخت غیر را بدون اذن مالك در آن زمین غرس کند، صاحب مصالح یا درخت میتواند قلع یا نزع آن را بخواهد مگر اینکه باخذ قیمت تراضی نمایند».

مثلًا هرگاه تیر آهن یا ستون یا درب و امثال آن را کسی از دیگری غصب کند و در زمین خود بکار برد، مالك آنها میتواند از مالك زمین و بنا بخواهد که آنها را از بنای خود جدا و باو رد کند. مخارجی که برای جدا نمودن آن لازم است بعهدهٔ غاصب

خواهد بود،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶۸

زیرا غـاصب سـبب توجه خسارت بخود شـده است. در صورتی که در اثر جـدا نمودن مال مغصوب از بناء آن مال از مالیت بیفتـد و هیچ‌گونه ارزشـی نداشته باشد، مال مزبور در حکم تالف است و مالک نمیتواند جدا نمودن آن را بخواهد و غاصب ضامن پرداخت بـدل آن خواهد بود، مانند آنکه مصالح غصب شده و آجر و سیمان و ماسه بوده و در بنا بکار رفته است که هرگاه بخواهند آنها را جدا نمایند هیچ‌گونه قیمتی بعداً نخواهد داشت.

میتوان گفت که در این مورد مالک نیز میتوانـد جـدا نمودن مال خود را بخواهد، زیرا حق مالکیت او در اثر وضع در بنا سـلب نشده است.

بدل مال تالف

بدل عبارت از مثل مال است در صورتی که مال مغصوب مثلی باشد و قیمت آن است در صورتی که مال مغصوب قیمی باشد.

مادهٔ «۹۵۰» قـانون مـدنی تعریف مثلی و قیمی را نموده میگویـد: «مثلی عبـارت از مالی است که اشـتباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است، مع ذلک تشخیص این معنی با عرف میباشد».

منظور قانون از جبران زیان مالک، عودت دادن وضـعیت اقتصادی او بحالت قبل از تلف عین میباشد، و نتیجهٔ آن ترمیم نقصی است که از نظر مالی در اثر تلف عین ایجاد شده است. بنابراین در صورتی که نتوان عین مال مغصوب را بمالک آن رد نمود، هرگاه مال مغصوب دارای اشباه و نظایر زیاد باشد که مثلی نامیده میشود، باید مثل آن بمالک داده شود، زیرا بهترین طریق ترمیم است و میتوان بدین وسـیله کاملًا وضـعیت اقتصادی مالک را بحالت قبل از تلف در آورد، و هرگاه اشباه و نظائر مال تلف شده زیاد و شایع نباشد، آن مـال قیمتی نامیـده میشود و برای ترمیم و عودت وضـعیت اقتصـادی مالـک، جز پرداختن قیمت مال تالف، طریق دیگری متصور نیست. این است که قسمت دوم مادهٔ «۳۱۱» قانون مدنی میگوید: «... اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد ...».

منظور مـاده در تعریف مثلی از (اشـباه و نظـائر آن نوعـاً زیـاد و شـایع باشـد) زیـاد بودن آن مال در محل تلف است، زیرا مسئولیت غاصب در آن محل از عین ببدل تبدیل و بذمهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۶۹

غاصب تعلق میگیرد. بنابراین هرگاه مال در محلی غصب شود که مثلی بوده و غاصب آن را منتقل بشـهر و کشوری نمایـد که قیمی است و در آن شهر تلف شود او باید قیمت آن را بپردازد.

در صورتی که مال تالف قیمی باشد، قیمت زمان تلف در نظر گرفته میشود، زیرا تا حین تلف، مسئولیت غاصب نسبت برد عین بوده و در اثر تلف تبـدیل بقیمت شـده است، این است که قیمت آن زمان در مورد ضـمان غاصب قرار میگیرد. بنابراین هرگاه قیمت مال مزبور قبل از تلف یا بعد از تلف تا زمان پرداخت، ترقی و تنزل نماید، در مقدار مدیونیت غاصب تأثیر نخواهد داشت.

در صـورتی که مـال در محلی غصب شـود و بمحـل دیگری منتقـل و در آن تلف گردد، قیمت محـل تلف پرداخته میشود، چنـانکه هرگـاه قیمت مال در محل غصب یکصـد ریال و در محل تلف پنجاه ریال باشـد بایـد پنجاه ریال بپردازد زیرا تبـدیل ضـمان از عین بقیمت در آن محل شـده است و غاصب اضافه بر قیمت مزبور اجرت المثل حمل آن قیمت را بمحل غصب نیز بمالک میدهـد. و از این نظر است که هرگـاه مـال مغصوب در حین تلف قیمی بوده و در زمـان تـأدیه مثلی باشـد، نمیتوان مثـل را پرداخت، اگر چه بهتر بتوانـد وضـعیت اقتصادی مغصوب منه را ترمیم کنـد، زیرا غاصب در اثر تلف عین ضامن قیمت حین تلف میشود و آن ضـمان ادامه پیـدا مینمایـد تا غاصب خود را بری کنـد، این است که هرگاه مال تلف شده در حین تأدیه مثلی گردد موجبی ندارد که مورد تعهد

غاصب، از قیمت تبدیل بمثل شود.

در صورتی که مال مغصوب تلف شـده مثلی باشـد، باید غاصب مثل آن را بهر قیمتی که دارد تهیه نموده بمالک آن رد نماید. چند فرض بر این امر متفرع میشود:

الف- مـال مغصوب تلف شـده مثلی است ولی غـاصب در پرداخت مثـل اهمـال نموده تـا موقعی که میخواهـد بپردازد و یا از طرف مقامات صالحه ملزم بپرداخت میگردد، مثل آن در بازار یافت نمیشود، مانند کاسه و بشقاب مرغی چینی و گل سرخی پاریسی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۷۰

که اکنون در بـازار ایران اشبـاه و نظـایر آن نـادر است و بلکه یـافت نمیشود که در این صورت قیمت حین الاـداء را بمالک میدهـد: اینست که قانون مدنی در مادهٔ «۳۱۲» میگوید:

«هرگاه مال مغصوب مثلی بوده، و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین الاداء را بدهد.»

منظور مـاده از حین الاـداء زمـان تأدیه قیمت بمالک است، زیرا در اثر تلف مثلی، مثل آن بر ذمـهٔ غاصب مسـتقر میگردد و مادام که ذمـهٔ غاصب بنحوی از انحاء بری نشود، او مدیون مثل آن بمالک میباشد، این سـتکه هرگاه در حین اداء مثل آن در بازار یافت شود بهر قیمتی که باشـد غاصب خریـداری مینمایـد و میپردازد، ولی اکنون که مثل آن یافت نمیشود بایـد قیمت آن را در بازار (بر فرض یافت شدن) تعیین نموده و بمالک بپردازد، بنابراین مسئولیت غاصب از مثل بقیمت تبدیل میگردد. منظور از یافت نشدن مثل، آنست که عرفاً گفته شود در محل تأدیه مثل آن یافت نمیشود و این امر باعتبار زمان از حیث ضیق و وسعت دائره محل تأدیه، فرق مینماید.

ب- در صورتی که مال مغصوب مثلی باشـد و تلف شود و سـپس امثال آن مال ارزش معاوضه را فاقد گردد، طبق قسـمت اخیر مادهٔ «۳۱۲» قـانونی مـدنی که میگویـد: «... و اگر مثـل موجود بوده و از مالیت افتاده باشـد بایـد آخرین قیمت آن را بدهـد» عمل میشود. منظور از آخرین قیمت، نـازل‌ترین قیمتی است که پس از آن دیگر مورد معـاوضه قرار نگرفته، مثلاـ هرگـاه قبل از جنگ بین المللی ۱۹۱۴ کسـی مقداری روبل روسـی یا مارک آلمانی غصب نموده و مصـرف کرده است، چون مثلی بوده‌اند مثل آنها بعهدهٔ غاصـب قرار میگیرد، و اکنون که میخواهـد بپردازد و در اثر عوامـل اقتصـادی که در نتیجـهٔ جنـگ پیش آمـده آنهـا از بازار دادوسـتد خارج شده‌انـد. بایـد از دفـاتر بانگهـا تحقیق نموده و آخرین قیمـتی که بانـک آن را میفروخت و دیگر بفروش نرفت دانست، آنچه بـانگها میگوینـد از نظر کارشناسـی مورد اعتمـاد میباشـد و غـاصب بایـد بهمان مبلغ، قیمت روبل و مارک را بمالک بپردازد، زیرا بی‌ارزش شدن مال در عالم حقوق مانند تلف آن در عالم مادی می‌باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۷۱

در صورتی که مـال مغصوب باعتبـار فصول سـال از مالیت بیفتـد و دو باره مالیت پیـدا نمایـد، ماننـد یـخ که در تابسـتان قیمت پیـدا مینماید و در زمستان ارزشی ندارد، وضعیت زمان دادن بدل، در نظر گرفته میشود و مالک میتواند امتناع از اخذ آن نماید تا تابستان برسد. میتوان بنابر مستنبط از ملاک مادهٔ «۳۱۲» ق. م. بر آن بود که مالک میتواند آخرین قیمت آن را بخواهد.

ج- در صورتی که مـال مغصوب مثلی باشـد و پس از تلف بوسـیلهٔ قـانون جدیـدی خریـدوفروش آن ممنوع گردد بطریق ذیل رفتار میشـود: هرگـاه مـال مزبور در انحصـار دولت در آمـده است غـاصب بایـد قیمت انحصـاری را در حین اداء بـپردازد و هرگـاه اصلا خریـدوفروش آن ممنوع و در انحصـار دولت هم نیست مثـل تریـاک و مسـکرات (در صورتی که سـاختن و معامله آن ممنوع شود) ماننـد مـالی خواهـد بـود که از مـالیت افتـاده است و غـاصب بایـد آخرین قیمت قبـل از ممنوعیت آن را بـپردازد. ولی چنـانچه مـال مغصوب مثلی باشد و قبل از تلف ارزش معاوضه را از دست بدهد، بنابر مستنبط از ماده «۳۱۲» ق. م. باید آخرین قیمت آن را بدهد.

نقص و عیب

طبق مادهٔ «۳۱۵» قانون مدنی: «غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او بمال مغصوب وارد شده باشد هر چند مستند بفعل او نباشد» زیرا نقص و عیب در مال در اثر تلف جزء، یا تلف وصف آن حاصل میشود و چون این امر در زمان تصرف غاصب بوجود آمده، غاصب باید علاوه بر آنکه عین مال مغصوب را در هر وضعیتی که هست بمالکش رد نماید و در عوض نقص و عیب آن باید که تفاوت قیمت مال مغصوب قبل از نقص و عیب و بعد از آن را، نیز باو بپردازد.

در مسئولیت و ضمان غاصب، فرقی نمی‌نماید که نقص و عیب حاصل در زمان غصب، در اثر علتی باشد که قبل از غصب موجود بوده و یا در اثر علتی باشد که در زمان تصرف غاصب حاصل شده است، چنانکه در مورد تلف گفته شد.

در صورتی که عیب حاصل نزد غاصب ساری باشد، چنانکه گوسفندی را کسی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۷۲

غصب نماید و گوسفند نزد غاصب مبتلا بگری قسمتی از صورت بشود، غاصب فقط ارش آن را در زمان رد عین خواهد پرداخت، اگر چه پس از رد آن بمالک، گری بنقاط دیگر بدن گوسفند سرایت بنماید و موجب تلف عین مال بشود، زیرا غاصب مسئول بیش از آنچه در زمان تصرف او بوجود آمده نمیباشد، ولی هر گاه عیب بخودی خود حاصل نشده بلکه در اثر عمل غاصب بوده است و پس از رد، بنقاط دیگر مال مغصوب سرایت بنماید، و یا شدت کند که موجب تلف عین گردد از نظر تسبیب، غاصب، ضامن عیب سازی یا تلف عین خواهد بود.

۲- ضمان غاصب نسبت بمنافع مال مغصوب-

غاصب چنانکه ضامن عین مال مغصوب است، ضامن منافع آن در مدت غصب نیز میباشد. مادهٔ «۳۲۰» قانون مدنی میگوید: «نسبت بمنافع مال مغصوب هر یک از غاصبین باندازهٔ منافع زمان تصرف خود و ما بعد خود ضامن است اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد ...». چنانکه ماده مزبور تصریح میکند، فرقی نمینماید که منافع را غاصب استیفاء نموده باشد مانند آنکه کسی خانهٔ را غصب کند و در آن سکونت نماید و یا آنکه استیفاء نکرده باشد مانند آنکه کسی اتومبیل تاکسی دیگری را که هر روز کار میکرده توقیف نماید و کلید آن را در جیب خود بگذارد، زیرا غاصب اگر چه استیفاء منفعت از اتومبیل ننموده ولی آن را معطل گذارده و سبب تفویت منفعت مالک شده است. در مورد بالا غاصب ضامن اجرت المثل منافع مال مغصوب از زمان غصب تا زمان رد عین بمالک یا تلف آن خواهد بود.

غاصب ضامن منافع پس از تلف مال تا زمان رد مثل یا قیمت نمیباشد، زیرا منافع تابع عین است و پس از تلف عین، منافعی موجود نیست تا غاصب مسئول آن باشد.

در صورتی که مال مغصوب دارای منافع متعددی باشد که بتناوب بتوان از آن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۷۳

بهره‌مند شد، چنانکه مال مغصوب اتومبیل باشد که میتوان آن را برای باربری باجاره واگذار نمود و یا آن را برای بردن مسافر اجاره داد، غاصب ضامن اجرهٔ المثل منافع متعارفهٔ آن میباشد. در صورتی که تمامی انواع منافع آن متعارف باشد هر گاه اجرهٔ المثل آنها مساوی است، چنانکه برای باربری اتومبیل روزی یک هزار ریال و برای سواری نیز بهمین مقدار باجاره میرود، غاصب روزی یک هزار ریال ضامن اجرت المثل اتومبیل خواهد بود، ولی هر گاه اجرت المثل بعض از منافع متعارفه بیش از بعض دیگر است، چنانکه برای باربری روزی یک هزار و پانصد هزار ریال باجاره میرود، غاصب باید اجرت المثل مزبور را بدهد، اگر چه غاصب آن را در سواری بکار برده باشد، زیرا منافع مزبور مورد تفویت قرار گرفته است، چه ممکن بود مالک، اتومبیل خود را برای استفادهٔ که بیشتر اجرت می‌آورد بکار برد. این امر را میتوان با دقت بیشتری از عبارت (باندازهٔ زمان تصرف خود) مندرج در مادهٔ «۳۲۰» قانون مدنی

استنباط نمود.

مسئولیت ایادی متعاقبه در مورد غصب

۱– رابطهٔ مالک با غاصبین

اول – ضمان غاصبین نسبت بعین –

مادهٔ «۳۱۶» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی مال مغصوب را از غاصب غصب کند آن شخص نیز مثل غاصب سابق ضامن است اگر چه بغاصبیت غاصب اولی جاهل باشد.» زیرا شخص اخیر که بر مال غیر عدواناً استیلا یافته مثل غاصب شناخته میشود و لو آنکه تصور کرده مال متعلق بکسی است که از او غصب کرده است، زیرا شناختن مالک، تأثیری در عنوان غصب که ملاک آن استیلاء بر مال غیر عدواناً میباشد نمیکند.

همچنین در حکم غاصب است کسی که اثبات ید بر مال غیر بنماید، اگر چه جاهل باشد که مالک آن دیگری است، چنانکه متصرف تصور نماید که مال متعلق بخود او است (مستفاد از قسمت اخیر مادهٔ «۳۰۸» قانون مدنی) بنابراین هر چند نفر که یکی بعد از

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۷۴

دیگری مال مغصوب را تصرف نماید غاصب، یا در حکم غاصب است و تمامی آنان در مقابل مالك ضامن میباشند و مالك میتواند عین مال خود را از هر یک از آنان مطالبه نماید، زیرا طبق قاعدهٔ (علی الید ما اخذت حتی تؤدیه) هر کس مال غیر را تصرف کند مسئول رد آن میباشد و هر یک از غاصبین بنوبه خود مال مغصوبه را در تصرف داشته است.

این است که مادهٔ «۳۱۷» ق. م. میگوید: «مالك میتواند عین و در صورت تلف شدن عین مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغصوب را از غاصب اولی یا از هر یك از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند». میتوان گفت که مالك از نظر حق مالکیتی که نسبت بعین مال دارد و باو حق تعقیب میدهد، میتواند مال خود را در دست هر یک از غاصبین که باشد مطالبه و اخذ نماید و نمی‌تواند بغاصبی که مال در ید او نیست مراجعه و مال را از او بخواهد، زیرا مطالبه از کسی که مال نزد او نیست غیر عقلائی میباشد و میتوان عبارت مادهٔ «۳۱۷» قانون مدنی را تفسیر نمود که اجازه مطالبهٔ عین فقط از متصرف است و در صورت تلف آن مطالبهٔ بدل از هر یک از غاصبین بعمل می‌آید.

در صورتی که مالك، دادخواست بر علیه غاصبین بدادگاه تقدیم و استرداد عین مال مغصوبه را بخواهد، غاصب میتواند باستناد آنکه دیگری آن را از او غصب و یا خریداری کرده منکر وجود مال نزد خود شود و او را جلب کند تا پاسخ دعوی را بدهد.

در صورتی که مال مغصوب نزدیکی از غاصبین تلف شده باشد و یا رد عین بجهتی از جهات ممکن نباشد، طبق مادهٔ «۳۱۷» مذکور در بالا تمامی غاصبین در مقابل مالك نسبت بمال مزبور ضامن میباشند و ضمان آنان در مقابل مالك تضامنی است.

یعنی مالك میتواند نسبت بمثل یا قیمت بهر یک از غاصبین مراجعه کند و بطرفیت تمامی یا یکی از آنان اقامهٔ دعوی بنماید و از دادگاه بخواهد که آنان را متضامناً محکوم بپرداخت مثل یا قیمت نماید. هرگاه مالك، بدل مال خود را از یکی از آنان دریافت دارد ذمهٔ تمامی بری خواهد شد، زیرا در مسئولیت تضامنی دین واحدی

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۷۵

است که افراد متعددی نسبت بآن مدیون میباشند.

همچنانی که مالك میتواند تمامی مثل یا قیمت را از هر یک از غاصبین متعدد (در مورد تعاقب ایادی) مطالبه نماید، میتواند قسمتی

از آن را از یکی از غاصبین و بقیهٔ آن را از دیگران بطور متساوی یا غیر متساوی مطالبه کند. طبق مادهٔ «۳۱۹» قانون مدنی: «اگر مالک تمام یا قسمتی از مال مغصوب را از یکی از غاصبین بگیرد حق رجوع بقدر مأخوذ بغاصبین دیگر ندارد». زیرا نسبت بآن مقدار ذمهٔ غاصبین دیگر بری میشود.

مالک میتواند ذمهٔ یکی از غاصبین را نسبت بمثل یا قیمت مال مغصوب که تلف شده است ابراء کند. در این صورت حق رجوع بغاصبین دیگر نخواهد داشت، زیرا ابراء از موجبات سقوط تعهد است. قسمت اول مادهٔ «۳۲۱» قانون مدنی میگوید:

«هرگاه مالک ذمهٔ یکی از غاصبین را نسبت بمثل یا قیمت مال مغصوب ابراء کند حق رجوع بغاصبین دیگر نخواهد داشت ...» این امر مانند آن است که ایفاء تعهد بعمل آمده و مالک آن را اخذ نموده باشد، ولی هرگاه مالک تعهد نماید که از یکی از غاصبین مطالبهٔ مثل یا قیمت نکند و یا حق مطالبهٔ خود را از یک یا چند نفر از آنان ساقط نماید، میتواند آن را از بقیه غاصبین مطالبه نماید، زیرا عمل مزبور ابراء دین نمیباشد.

مالک میتواند حق خود را (نسبت بعین یا بدل) بیکی از غاصبین یا شخص ثالث بنحوی از انحاء (معوض و یا غیر معوض) انتقال دهد. در این صورت منتقل الیه قائم مقام مالک میشود و دارای همان حقی میگردد که مالک دارا بوده است قسمت اخیر مادهٔ «۳۲۱» قانون مدنی میگوید: «... ولی اگر حق خود را بیکی از آنان بنحوی از انحاء انتقال دهد آن کس قائم مقام مالک میشود و دارای همان حقی خواهد بود که مالک دارا بوده است». تصریح این امر در مادهٔ «۳۲۱» قانون مدنی برای آن است که

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۷۶

تصور نرود چون هر یک از غاصبین در مقابل مالک مدیون میباشند هرگاه مالک حق خود را بیکی از آنان انتقال دهد، عنوان دائن و مدیون در او جمع شده و مالکیت ما فی الذمه حاصل و دین ساقط میگردد و منتقل الیه نمیتواند قائم مقام دائن شناخته شود.

در صورتی که مال مغصوب تلف شده باشد و مالک قبلا بغاصبی که مال در دست او تلف شده است از جنس بدل (مثلی یا قیمی) بدهکار بوده و یا بعداً بدهکار شود، بین طلب مالک و طلب غاصب تا اندازهٔ که معادله نماید بدستور مادهٔ «۲۹۴- ۲۹۶» ق. م. تهاتر حاصل میگردد. هرگاه طلب مالک بیکی از غاصبین دیگر (که مال در دست او تلف نشده است) از جنس بدل بدهکار باشد، بین طلب مالک و طلب غاصب مزبور نیز تا اندازهٔ که آن دو دین معادله نمایند تا تهاتر میشود و غاصب مزبور نسبت بآن مقدار قائم مقام مالک میگردد و میتواند از غاصبین لاحق یا کسی که مال در دست او تلف شده آن مقدار از بدل مال مغصوب را بخواهد، زیرا تهاتر مانند ایفاء دین است. یعنی همانگونه که هرگاه یکی از غاصبین قسمتی از بدل را بمالک میپرداخت میتوانست از غاصبین لاحق و یا کسی که مال در دست او تلف شده است آن را بخواهد، در مورد مزبور نیز میتواند از آنها مطالبه نماید.

دوم- ضمان غاصبین نسبت بمنافع-

در صورتی که مال مورد تعاقب ایادی دارای منافعی است، هر یک از غاصبین مستقلا ضامن منافع مدت تصرف خود میباشد، مثلا هرگاه خانهٔ در مدت پنج ماه مورد غصب پنج نفر قرار گیرد و هر یک از آنها یک ماه خانه را در تصرف غاصبانه خود داشته باشد، هر یک از آنها برای مدت یک ماه مستقلا ضامن منافع خانه است، بنابراین مالک میتواند برای اجرت المثل خانهٔ خود بهر یک از غاصبین بمقدار زمان تصرف او مراجعه نماید. و از نظر آنکه غاصب سابق مال را بمالک رد ننموده تا آنکه بدست غاصبین لاحق افتاده است، غاصب سابق مانند مورد تلف عین، مسئولیت مدنی دیگران را نیز بعهده دارد. مسئولیت مزبور نسبت بمنافع

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۷۷

مدتی که غاصبین لاحق در تصرف داشته‌اند تضامنی است. چنانکه مثال بالا مورد نظر قرار گیرد غاصب اول مسئولیت منافع پنج ماه خانه را دارد، و غاصب دوم چهار ماه، و غاصب سوم سه ماه و بالاخره غاصب چهارم دو ماه. این است که مادهٔ «۳۲۰» قانون مدنی

میگوید: «نسبت بمنافع مال مغصوب هر یک از غاصبین باندازهٔ منافع زمان تصرف خود و ما بعد خود ضامن است اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد ...»

بنابراین غاصب میتواند بطرفیت هر یک از غاصبین، نسبت بمنافع مدت تصرف او از نظر مسئولیت استقلالی و نسبت بمنافع مدت تصرف غاصبین لاحق از نظر مسئولیت تضامنی اقامهٔ دعوی بنماید.

همچنانی که مالک میتواند عوض منافع مدت تصرف هر یک از غاصبین را از آن غاصب مطالبه نماید، میتواند ذمه او را نسبت بآن بری کند، در این صورت طبق قسمت اول مادهٔ «۳۲۲» قانون مدنی: «ابراء ذمه یکی از غاصبین نسبت بمنافع زمان تصرف او موجب ابراء ذمهٔ دیگران از حصه آنها نخواهد بود ...» زیرا مورد ابراء عوض منافع مدت تصرف او میباشد و نمیتواند سرایت بموارد دیگر کند، مگر آنکه دائن نسبت بآن موارد نیز ابراء بنماید، بنابراین هرگاه مالک یکی از غاصبین سابق را نسبت بمنافع عین (یعنی تمامی منافع مدت تصرف غاصب مزبور و تصرف غاصبین لاحق) بری نماید چنانکه قسمت اخیر مادهٔ «۳۲۲» قانون مدنی میگوید: «... حق رجوع بلاحقین نخواهد داشت» و ذمه آنان نیز بری میشود، زیرا غاصب مزبور نسبت بمدت تصرف خود مستقلا و نسبت بمدت تصرف غاصبین لاحق متضامناً مسئولیت دارد و هرگاه مالک یکی از غاصبین را نسبت بمدیون او (مستقلا و متضامناً) بری نماید دیونی که غاصب مزبور نسبت بمنافع عین مغصوبه بعهده داشته ساقط میشود.

در صورتی که مالک حق خود را نسبت بعوض منافع عین (یعنی منافع تمام مدت غصب) بیکی از غاصبین انتقال دهد، دین استقلالی غاصب مزبور، از نظر مالکیت ما فی الذمه ساقط میگردد و منتقل الیه نسبت بمنافع مدت تصرف غاصبین دیگر، چه لاحق

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۷۸

و چه سابق، قائم مقام مالک میگردد.

در صورتی که مالک بجهتی از جهات بیکی از غاصبین بدهکار باشد، و غاصب مزبور در اثر تصرف مال مغصوب بوسیلهٔ خود و غاصبین لاحق بر خود، بمالک مدیون گردد، و هرگاه دو دین از یک جنس باشند تا آنجائی که دو دین با یکدیگر تکافؤ نمایند بدستور مادهٔ «۲۹۴ و ۲۹۶» ق. م. تهاتر حاصل میگردد و چون تهاتر مانند ایفاء دین است، غاصب مزبور میتواند نسبت بمنافع مدت تصرف غاصبین لاحق بآنها مراجعه نماید.

۲- رابطه غاصبین با یکدیگر -

اشاره

آنچه در بالا شرح داده شد راجع بمسئولیت غاصبین نسبت بعین یا منافع در مقابل مالک است و در این قسمت رابطهٔ بین غاصبین با یکدیگر پس از مراجعه مالک بآنها بیان میشود.

اول- بدل مال مغصوب-

چنانکه در مورد تلف مال در تعاقب ایادی گذشت، مالک میتواند برای گرفتن بدل بهر یک از غاصبین مراجعه نماید و هرگاه بغاصبی رجوع نمود که مال مغصوب در ید او تلف شده و آن را دریافت داشت، غاصب مزبور نمیتواند بغاصبین دیگر برای آنچه پرداخته رجوع کند، زیرا در اثر تلف مال نزد او مسئولیتش ثابت و مستقر شده است، و هرگاه مالک برای گرفتن بدل بیکی از غاصبین دیگر رجوع و آن را اخذ نماید چون مسئولیت غاصب مزبور مستقر و ثابت نمیباشد و در اثر مسئولیت تضامنی مالک باو رجوع نموده است، او میتواند مستقیماً بکسی که مال نزدش تلف شده و دین مستقر گردیده رجوع کند، و میتواند بیکی از غاصبین لاحق خود رجوع نماید. این است که مادهٔ «۳۱۸» قانون مدنی میگوید: «هرگاه مالک رجوع کند بغاصبی که مال مغصوب در ید او

تلف شـده است آن شـخص حق رجوع بغاصب دیگر نـدارد ولی اگر بغاصب دیگری بغیر از آن کسـی که مال در یـد او تلف شـده است رجوع نمایـد مشار الیه نیز میتوانـد بکسـی که مال در ید او تلف شده است رجوع کند و یا بیکی از لاحقین خود رجوع کند تا منتهی شود بکسی که مال در ید او تلف

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۷۹

شده است و بطور کلی ضمان بر عهدهٔ کسی مستقر است که مال مغصوب در نزد او تلف شده است».

دوم- منافع مال مغصوب-

طبق قاعـدهٔ (ضـمان بر عهـدهٔ کسـی مسـتقر میشود که مـال مغصوب نزد او تلف شـده است) که مبنـای مادهٔ «۳۱۸» قانون مـدنی قرار گرفته، ضـمان منافع مال مغصوب نیز بعهدهٔ کسـی مستقر میگردد که منافع نزد او تلف شده باشد. بنابراین پس از رجوع مالک بیکی از غـاصبین برای عوض منـافع مال خود (نسـبت به زمان تصـرف او و غاصبین لاحق)، غاصب مزبور که از عهـدهٔ منافع زمان تصـرف غاصبین لاحق بر خود بر آمده است، طبق قسمت اخیر مادهٔ «۳۲۰» قانون مدنی میتواند بهر یک از غاصبین مزبور نسبت بزمان تصرف او رجوع کند.

پرسشـی که با مقایسهٔ مفاد مادهٔ «۳۱۸» و «۳۲۰» قانون مـدنی پیش می‌آیـد آنست که آیا در موردی که مالک برای منافع عین رجوع بیکی از غاصبین مینمایـد، غاصب مزبور فقط میتواند بهر یک از غاصبین لاحق بر خود باندازهٔ منافع زمان تصـرف او رجوع نماید، یا آنکه میتوانـد کلیـهٔ منافع مـدت تصـرف غاصبین لاحق بر او را نیز مطالبه کند؟ پاسخ: چنانکه، از مادهٔ «۳۲۰» که در مقـام بیان حکم مسئولیت غاصبین نسبت به منافع میباشد و این امر را بسکوت برگزار نموده استظهار میشود، آنست که از نظر قضائی نمیتوان بغاصب مزبور اجازهٔ رجوع بغاصبین دیگر نسـبت بمنافع زائد بر مدت تصرف هر یک داد ولی از نظر حقوقی بنابر وحدت ملاک مادهٔ «۳۱۸» قانون مدنی، غاصب نیز میتواند مانند مورد تلف عین، بغاصب لاحق بر خود رجوع نموده و منافع مدت تصـرف او و تصرف غاصبین لاحق بر او را بخواهد.

معامله بر مال مغصوب-

اشاره

معامله بر مال مغصوب از اقسام معاملـهٔ بر مال غیر میباشد و در مبحث معاملات فضولی شـرح آن بیان گردید، ولی چون قانون مدنی موادی را در مبحث غصب، بمعامله بر مال مغصوب اختصاص داده است، لذا بشرح آن مبادرت میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۸۰

معـامله بر مال مغصوب از اقسام معاملـهٔ فضولی است و تمامی احکام فضولی بر آن جاری میباشـد. بنابراین در صورتی که غاصب بر مال مغصوب معامله نمایـد و مالک آن را اجازه دهد معامله تنفیذ شده و صـحیح شـناخته میشود و کلیهٔ احکام و آثار معامله از زمان عقـد بر آن مترتب میگردد، و هرگـاه آن را اجـازه ندهـد و رد کنـد، آن معامله فاسـد و کان لم یکن شـناخته میشود و هیـچ‌گونه اثر حقوقی نخواهد داشت. قانون مدنی در مورد بیع در مادهٔ «۳۶۵» میگوید: «بیع فاسد اثری در تملیک ندارد». بین بیع و معاملات دیگر فرقی از حیث بطلان نمیتوان گـذارد، زیرا آثار هر معاملـهٔ متفرع بر صـحت آن میباشـد. این است که مادهٔ «۳۲۷» قانون مدنی پس از بیان مواد «۳۲۳» تا «۳۲۶» در مورد بیع بر مـال مغصوب میگویـد: «اگر ترتب ایادی بر مال مغصوب بمعاملـهٔ دیگری غیر از بیع باشـد احکام راجعه ببیع مال غصب که فوقاً ذکر شده مجری خواهد بود».

بنـابر آنچه گـذشت هرگاه کسـی مالی را غصب نمایـد و آن را بفروشـد و بقبض مشتری بدهـد در صورتی که مالک اجازه ندهـد،

خریـدار نیز مانند غاصب ضامن است اگر چه عالم بغصب مبیع نباشد، زیرا عقد مزبور هیچ‌گونه اثری نخواهد داشت و طبق قسمت اخیر مادهٔ «۳۰۸» قانون مدنی: «اثبات ید بر مال غیر هم بدون مجوز در حکم غصب است».

شرح این امر در دو قسمت گفته میشود:

۱- رابطهٔ مالک با بایع و مشتری.

۲- رابطهٔ مشتری با بایع.

۱- رابطهٔ مالک با بایع و مشتری

مادهٔ «۳۲۳» قانون مدنی میگوید:

«اگر کسی مال مغصوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک میتوانـد بر طبق مقررات مواد فوق بهر یک از بایع و مشتری رجوع کرده عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نمایـد». منظور از کلمهٔ در هر حال، حال علم و جهل خریدار است، زیرا پس از آنکه مالک بیع مال

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۸۱

مغصوب را تنفیذ ننمود آن معامله کان لم یکن شناخته میشود و کلیهٔ مقررات مربوطه بتعاقب ایادی بین مالک و هر یک از غاصبین جاری خواهد بود و مشتری غاصب و یا در حکم آن میباشد. مادهٔ «۳۲۳» قانون مدنی طبق قاعدهٔ کلی (علی الید ما اخذت حتی تؤدیه) بمالک اجازه داده است در صورتی که عین مال موجود باشد بتواند بهر یک از بایع و مشتری رجوع نماید و آن را بخواهد و چنانکه در تفسیر مادهٔ «۳۱۷» قانون مدنی گفته شد از نظر تحلیلی ایراد شده که مادام عین موجود است مالک فقط میتواند بکسی که مال در دست او است رجوع نمایـد، زیرا معقول نیست از کسی که مال نزد او نمیباشد آن را مطالبه نمود، بنابراین هر گاه عین در دست مشتری است مالک آن را از او مطالبه مینمایـد و چنانچه تلف شده باشد از بایع و مشتری بدل را میخواهد چون هر دو متضامنا مسئول آن میباشند.

بنابر آنچه گذشت، در مورد معاملهٔ مال مغصوب، در مطالبهٔ عین یا بـدل، مفاد مواد «۳۱۷»، «۳۱۸»، «۳۱۹» و در مطالبهٔ منافع، مفاد مادهٔ «۳۲۰» قانون مدنی اجرا میشود.

۲- رابطهٔ مشتری با بایع-

اشاره

و آن در دو قسمت بیان میگردد.

اول- ثمن معامله-

چنانکه گذشت در صورتی که مالک، بیع مال مغصوب را اجازه ندهد، بیع کان لم یکن خواهد بود و مشتری میتواند هر گاه ثمن را نپرداخته از تأدیهٔ آن خودداری نماید و هر گاه ثمن را پرداخته آن را مسترد دارد، زیرا بایع مستحق آن نمیباشد.

در این امر فرقی نمینمایـد که مالک، عین مال مغصوبه یا بـدل آن را از مشتری اخذ نموده یا هنوز نزد او باقی باشـد، زیرا با بطلان معامله، موردی برای بقاء ثمن نزد بایع نمیمانـد و موجبی برای تملیک آن نیست و از طرف دیگر رابطهٔ بین مثمن و ثمن در معاملهٔ باطل ایجاد نمیشود تا تأدیهٔ یکی فرع بر تسلیم دیگری باشد. در استرداد ثمن از طرف مشتری در مورد جهل او بغصب هیچ اشکالی بنظر نمیرسد، ولی استرداد آن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸۲

در مورد علم مشتری بمغصوب بودن مورد معامله مواجه با اشکال حقوقی شده است و آن این ستکه مشتری با آنکه میدانسته مبیع را نمیتواند تملک نماید، ثمن را ببایع داده و بدون بدست آوردن هیچ‌گونه عوضی او را بر آن مسلط نموده است، بنابراین مشتری خود اقدام بتفریط ثمن کرده است. قول مشهور فقهای امامیه عدم جواز استرداد ثمن در مورد علم مشتری بغصب است ولی بر خلاف قول مشهور قانون مدنی در قسمت اخیر مادهٔ «۳۲۶»: «... ولی نسبت بمقدار ثمن حق رجوع دارد» تصریح مینماید که مشتری عالم بر غصب، میتواند ثمنی را که ببایع مال مغصوب پرداخته استرداد بنماید، زیرا با بطلان بیع موجبی برای تملک ثمن نخواهد بود و در تأدیهٔ ثمن هم مشتری قصد هبه یا اباحهٔ مجانی و یا اعراض آن را نداشته است تا نتواند استرداد آن را از بایع بخواهد، بلکه آن را پرداخته تا بوسیلهٔ آن ملکیت مال غیر را بدست آورد، بنابراین با نبودن علت مشروع، بودن ثمن از آن بایع از مصادیق دارا شدن غیر عادلانه و اکل مال بباطل میباشد.

دوم- خسارات ناشیه از بیع مال مغصوب-

منظور از خسارات که در مادهٔ «۲۶۳» قانون مدنی بنام غرامات و در مادهٔ «۳۲۵» قانون مدنی خسارات نامیده شده، چیزیست که در اثر بطلان معامله، مشتری متضرر شده است و آن عبارت است از:

۱- فرق بین ثمن و آنچه بعنوان بدل بمالک تادیه شده است و آن در موردی است که عین تلف شده و مشتری بدل آن را بمالک داده باشد مثلا هرگاه مال مسروقه را کسی بیک هزار ریال بخرد و آن مال تلف شود و در عوض آن، خریدار سه هزار ریال بمالک تأدیه نماید (خواه قیمی بوده و سه هزار ریال بمالک داده و یا آنکه مثلی بوده و آن را در بازار سه هزار ریال خریداری نموده است) دو هزار ریال مزبور تفاوت بین ثمن و مبلغی میباشد که خریدار بمالک داده است.

۲- هزینه‌های لازم برای انجام معامله از حق دلالی و تنظیم سند و مالیات و امثال آن.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸۳

۳- عوض منافع مال مغصوب در مدتی که در تصرف مشتری بوده است.

۴- هزینهٔ نگاهداری و حفاظت مال مغصوب.

۵- هزینهٔ دادرسی و حق الوکاله و خسارت محاکمه، هرگاه در اثر اقامهٔ دعوی مالک، عین یا بدل از طرف مشتری پرداخت شده است.

سؤالی که پیش می‌آید آن است که آیا خسارت مزبور بعهدهٔ مشتری است یا آنکه او میتواند از بایع آن را بخواهد؟ پاسخ این پرسش در دو قسمت بیان میشود:

الف- مشتری- جاهل بغصب- قانون مدنی در مادهٔ «۳۲۵» میگوید: «اگر مشتری جاهل بغصب بوده و مالک باو رجوع نموده باشد او نیز میتواند نسبت بثمن و خسارات ببایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت بمثل یا قیمت رجوع ببایع کند بایع حق رجوع بمشتری را نخواهد داشت».

قانون مدنی در مادهٔ مزبور فرض نموده که مشتری ثمن را ببایع پرداخته است، بنابراین در صورتی که مشتری جاهل بغصب بوده و مالک باو رجوع نموده و عین مال را از او اخذ کرده است مشتری ببایع مراجعه و آنچه ذیلا ذکر میشود مطالبه می‌نماید:

۱- ثمن پرداخت شده ببایع فضولی که بدون استحقاق دریافت داشته است.

۲- هزینه‌های لازم برای انجام معامله. ۳- هزینه‌های لازم برای نگاهداری مال مغصوب. ۴- هزینه دادرسی و حق الوکاله و خسارات محاکمه. ۵- عوض منافع مدت تصرف خود که بمالک پرداخته است اگر چه مشتری خود استیفاء منافع نموده باشد، زیرا مشتری

جاهل بتصور آنکه در مقابل ثمن پرداختی میتواند منفعت را مجاناً استیفاء نماید مال را خریداری کرده است. ۶- در صورتی که عین تلف شده و مشتری بدل آن را بمالک پرداخته باشد و آنچه پرداخته بیش از ثمن آن است، فرق بین ثمن و آنچه بعنوان بدل پرداخته شده نیز دریافت میدارد. بمقدار ثمن که بمالک پرداخت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸۴

میشود بعهدهٔ مشتری میباشد، زیرا مال نزد او تلف شده و ضمان بهمان مقدار بر عهدهٔ او مستقر میگردد.

مطالبهٔ خسارات مزبور از بایع از نظر آن است که جهل مشتری بآنکه مال متعلق بغیر است موجب توجه خسارت مزبور باو گردیده و بایع سبب آن میباشد که در زمان عقد، فضولی بودن آن را متذکر نشده است.

هرگاه در صورت موجود نبودن مال مغصوب، مالک رجوع ببایع کند و بدل را اخذ نماید، بایع حق رجوع در آنچه پرداخته بمشتری نخواهد داشت، زیرا آنچه از بایع اخذ شده عبارت است از: ۱- ثمن (که قبلا آن را مشتری باو تأدیه نموده است و اگر تأدیه ننموده و یا استرداد کرده باید آن را ببایع بدهد، چون مال مغصوب نزد مشتری تلف شده و آن مقدار بعهدهٔ او مستقر شده است) ۲- فرق بین ثمن و بین آنچه بعنوان بدل بمالک پرداخته شده است و همچنین عوض منافع مال مغصوب تا زمان تلف، که بعنوان خسارات هرگاه مشتری بمالک میپرداخت میتوانست استرداد آن را از بایع بخواهد.

ب- مشتری عالم بغصب- مادهٔ «۳۲۴» قانون مدنی میگوید: «در صورتی که مشتری عالم بغصب باشد حکم رجوع هر یک از بایع و مشتری بیکدیگر در آنچه که مالک از آنها گرفته است حکم غاصب از غاصب بوده تابع مقررات فوق خواهد بود». مقررات فوق عبارت از مقررات مذکور در مواد «۳۱۷» و «۳۱۸» و «۳۲۰» قانون مدنی میباشد.

چنانکه گذشت فرض قانون مدنی در موردیست که مشتری ثمن را ببایع فضولی پرداخته است، بنابراین مشتری فقط میتواند ثمنی را که ببایع فضولی پرداخته از او بخواهد، زیرا عقد باطل اثری در تملک ندارد و طبق مادهٔ «۳۶۶» ق. م. آنچه را که هر یک از طرفین معامله قبض نموده باید بصاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود. بنابراین هرگاه مالک بمشتری مراجعه نماید و عین مال خود را اخذ نماید مشتری نمیتواند از بایع غیر از ثمن پرداختی چیزی بخواهد و هرگاه عین نزد مشتری تلف شده باشد و او بدل را بمالک رد نماید، مشتری نمیتواند ببایع رجوع نماید و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸۵

بدل را از او بخواهد زیرا مال مغصوب نزد او تلف شده و ضمان تلف بر ذمهٔ او مستقر گردیده است. اما راجع بخسارات که مشتری در مورد جهل خود میتوانست از بایع بخواهد، در مورد مزبور که با علم بمستحق للغیر بودن مبیع اقدام به هزینه‌های مذکور در بالا نموده است، بر عهدهٔ خود او خواهد بود. مادهٔ «۳۲۶» قانون مدنی میگوید:

«اگر عوضی که مشتری عالم بر غصب در صورت تلف مبیع بمالک داده است زیاده بر مقدار ثمن باشد بمقدار زیاده نمیتواند رجوع ببایع کند ولی نسبت بمقدار ثمن حق رجوع دارد».

هرگاه مالک ببایع فضولی رجوع نماید و بدل مال خود را بگیرد، بایع برای مطالبهٔ آنچه بمالک داده است بمشتری مراجعه می‌نماید، زیرا مال نزد او تلف شده است و ضمان بر عهدهٔ او مستقر گشته و ضمان را تحمل مینماید، زیرا مال نزد او تلف شده که در جریان امر از بایع فضولی در اثر بطلان اخذ میگردد مانند خسارت محاکمه و امثال آن، بایع خود تحمل مینماید، زیرا غاصب با علم بآنکه مورد معامله متعلق بغیر است آن را واگذار نموده و در مطالبه مالک از او مقاومت کرده دادرسی نموده است.

فرع- در صورتی که بایع جاهل بر غصب باشد مانند آنکه کسی مالی را بتصور آنکه از آن پدرش بوده و جزء ترکه باو رسیده است بفروشد و سپس کشف شود که مال غیر است و در جریان امر خساراتی متوجه بایع شده باشد، چنانچه جهل بایع در اثر اغوای مشتری باشد، مشتری از باب تسبیب مسئول پرداخت خسارات بایع خواهد بود ولی هرگاه جهل او در اثر اغوای مشتری نباشد،

مشتری مسئول آن خسارات نخواهد بود، زیرا بدون جهت بار زیان کسی را دیگری نباید متحمل گردد.

ترتب ایادی بر مال مغصوب بمعاملهٔ دیگری غیر از بیع–

طبق مادهٔ «۳۲۷» قانون مدنی: «اگر ترتب ایادی بر مال مغصوب بمعاملهٔ دیگری غیر از بیع باشد احکام راجعه ببیع مال غصب که فوقا ذکر شده مجری خواهد بود».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸۶

منظور ماده از احکام راجعه به بیع مال غصب، احکامی است که در روابط بین مالک و بین مشتری و بایع و در روابط بین مشتری و بین بایع ذکر شده است، زیرا هر یک از معاملات که بر مال مغصوب واقع شود و مالک آن را اجازه ندهد کان لم یکن است و متصرف در صورتی که عالم بمستحق للغیر بودن مورد معامله باشد، غاصب و در صورت جهل، در حکم غاصب میباشد. بنابراین چنانکه از اطلاق مادهٔ بالا فهمیده میشود فرقی نخواهد داشت که معامله بر مال مغصوب معوض باشد مانند معاوضه، اجاره یا غیر معوض باشد مانند عاریه، ودیعه، هبه و امثال آنها.

زیاد شدن قیمت مال مغصوب در اثر عمل غاصب–

اشاره

مادهٔ «۳۱۴» قانون مدنی میگوید: «اگر در نتیجهٔ عمل غاصب قیمت مال مغصوب زیاد شود، غاصب حق مطالبهٔ قیمت زیادی را نخواهد داشت مگر اینکه آن زیادتی عین باشد که در این صورت عین زائد مطلق بخود غاصب است».

زیاد شدن قیمت مال مغصوب بر سه قسم است:

۱– در اثر عمل غاصب تغییری در صورت مال پیدا شده بدون آنکه مادهٔ بر آن افزوده گردد،

چنانکه غاصب شمش طلا را بصورت دستبند و گوشواره در آورده و یا اسب را سواری آموخته و یا گندم را آرد کرده است. در این صورت غاصب باید آن مال را بهمان وضعیت بمالکش رد نماید و نمیتواند زیادتی قیمت حاصل از عمل خود را از مالک مطالبه کند و یا برای عمل خود اجرت بخواهد، زیرا عمل غاصب در مال غیر بدون اذن مالک آن میباشد و قانون احترام و ارزش برای عمل عدوانی نشناخته است.

همچنین است در صورتی که کسی زمینی را غصب نماید و با مصالح ساختمانی متعلق بمالک زمین، بنائی در آن بسازد، باید از ساختمان و زمین رفع ید نموده بتصرف مالکش بدهد بدون آنکه حقی بر مالک یا بر مال داشته باشد.

غاصب نمیتواند مالی که در اثر عمل او تغییر صورت پیدا کرده و زیادتی قیمت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸۷

پیدا نموده بصورت قبل از غصب در آورده، چنانکه دو باره، دستبند و گوشواره‌های ساخته شده از شمش مغصوب را ذوب کرده بصورت شمش در آورد اگر چه نقص و عیبی در آن طلا حاصل نگردد مگر با اجازهٔ مالک، زیرا عمل مزبور مانند عمل او تصرف در مال غیر است و موجب ضمان جدیدی میگردد، بنابراین هرگاه غاصب بدون اذن مالک، دستبند و گوشواره‌های ساخته شده را ذوب کند و بصورت شمش در آورد باید علاوه بر شمش مزبور فرق قیمت بین آلات ساخته شده و شمش را نیز بمالک رد نماید، زیرا پس از تصرف و تغییر شمش بدستبند و گوشواره، آنها متعلق بمالک شمش میشود و اکنون که آنها را تغییر میدهد دستبند و گوشواره مالک را تغییر داده است. مالک میتواند هرگاه غرض عقلائی داشته باشد، غاصب را مجبور نماید مال مغصوب را که تغییر

صورت داده بهمان حالت اولی درآورد و هرگاه در اثر عمل مزبور نقص و عیبی در مال مغصوب حاصل شود بعهدهٔ غاصب است، اگر چه بامر مالک عمل انجام شده باشد، زیرا سبب تغییر اولی غاصب بوده است.

۲- در اثر عمل غاصب زیادی مادی در مال مغصوب حاصل شده است،

چنانکه کسی گندم یا اصلهٔ دیگری را غصب و در زمین خود بکارد و آن بذر محصول دهد و یا اصله درخت شود، آن محصول و درخت متعلق بمالک بذر واصله خواهد بود و غاصب مستحق اجرهٔ المثل زمین خود نمیباشد، زیرا غاصب بذر و اصله بدون اجازهٔ مالک، اقدام بکشت آنها در زمین خود نموده و منافع زمین را تفویت کرده است. هر یک از مالک و غاصب میتواند برداشت محصول و قلع درخت را بخواهد و هزینهٔ آن بعهدهٔ غاصب است. اما در صورتی که کسی زمینی را غصب نماید و در آن بذر بیفشاند و یا اصلهٔ بکارد، محصول و درخت متعلق بمالک بذر و اصله است زیرا آنها از بذر و اصله متعلق باو حاصل شده است. قسمت اخیر مادهٔ «۳۳» که میگوید: «... در این صورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد» حکایت از این امر مینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸۸

در این صورت غاصب باید اجرهٔ المثل زمین که عوض منافع مال مغصوب است بمالک آن بدهد. مالک زمین میتواند غاصب را الزام نماید که محصول و درختان خود را کنده و ببرد، اگر چه موقع برداشت محصول نرسیده باشد و یا موقع قلع درخت نشده باشد، زیرا بقاء آنها در ملک غیر بدون اجازه مالک غصب است، مگر آنکه طرفین تراضی به بقاء آنها در زمین مجاناً یا در مقابل پرداخت عوض بنمایند و همچنین مالک زمین میتواند غاصب را مجبور نماید که زمین را بصورت اولیه در آورده و نهرهائی را که حفر شده و گودیهائی که در اثر قلع درختان پیدا و زمین ناصاف شده مسطح و هموار نماید. و همچنین است هرگاه کسی پنبهٔ دیگری را غصب بنماید و با پارچهٔ خود لحاف بدوزد، مالک پنبه میتواند شکافتن لحاف را بخواهد همچنانی که غاصب میتواند آن را بشکافد و پارچه را بمالک آن رد کند.

۳- در اثر عمل غاصب زیادی شبیه بماده در مال مغصوب حاصل شده است،

چنانکه کسی پارچهٔ را غصب نموده و آن را رنگ کند و یا ساختمانی را غصب نماید و اطاقهای آن را رنگ و یا نقاشی نماید و یا آنکه پرده نقاشی و پارچه بدیوارها بچسباند فرض مزبور دو صورت دارد:

الف- زیادی مزبور قابل انفصال است و میتوان هر یک را از دیگری جدا نمود، مانند مورد الصاق پرده نقاشی و پارچه بدیوار. در این صورت مالک ساختمان میتواند از غاصب بخواهد که کاغذ و پارچهٔ خود را از ساختمان جدا کند، همچنانی که غاصب میتواند پارچه و کاغذ خود را هرگاه پس از جدا شدن از مالیت نیفتد از ساختمان جدا نماید و مالک ساختمان نمیتواند او را از این عمل منع کند. در هر دو صورت خسارتی که از جدا نمودن کاغذ یا پارچه بساختمان متوجه میشود، بعهدهٔ غاصب است، زیرا الصاق پارچه و کاغذ بوسیلهٔ او بوده است. هیچیک از مالک و غاصب نمیتواند دیگری را مجبور نماید که با گرفتن عوض از حق خود صرف نظر نماید.

ب- زیادتی از مال مغصوب قابل انفصال نیست، مانند رنگ نمودن پارچه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۸۹

بوسیلهٔ غاصب. در این صورت غاصب نسبت بارزش رنگ خود در پارچه مزبور شریک میباشد، و پس از فروش، ثمن را بهمان نسبت بین خود تقسیم خواهند نمود، و هرگاه در اثر عمل غاصب از ارزش مال مغصوب کاسته شود آن مال بمالکش رد میشود و

کسر قیمت بعنوان خسارت بعهدهٔ غاصب است.

اختلاط و امتزاج-

در صورتی که مال مغصوب با مال دیگری مخلوط شود، هرگاه بتوان آن دو را از یکدیگر تفکیک نمود، چنانکه گندم و جو یا عدس و ماش با یکدیگر مخلوط شده باشند، هر یک از غاصب و مالک میتواند جدا نمودن آن دو را از یکدیگر بخواهد و لو آنکه عمل دشوار و هزینه‌های زیادی را در برداشته باشد، زیرا مخلوط شدن دو مال، تلف شناخته نمیشود، و غاصب مکلف برد عین مال مغصوبه است و هزینهٔ انجام تکلیف بعهدهٔ مکلف میباشد. در صورتی که تمیز دو مال مخلوط شده از یکدیگر ممکن نباشد، هرگاه مال مغصوب در عرف تلف شده محسوب گردد، غاصب ضامن بدل آن از مثل یا قیمت میباشد، مانند آنکه کسی شیشهٔ عطر دیگری را در حوض خانهٔ خود خالی نماید. و هرگاه مال مغصوب در عرف تلف شده محسوب نشود مانند آنکه مقدار گندمی غصب و با گندمهای غاصب ممزوج شده است و یا مادهٔ مایعی مانند بنزین غصب شده و با بنزین غاصب مخلوط گردیده، مالک مال مغصوب بمقدار آن مال در مخلوط شریک خواهد بود، زیرا امتزاج و اختلاط موجب تلف عین نمیشود و رفع مالکیت مالک را از عین نمینماید، بنابراین مالک مال مغصوب میتواند افراز سهم خود را بنسبت قیمت آن از مخلوط بخواهد و یا پس از فروش بمقدار قیمت سهم خود از ثمن دریافت دارد، در این امر فرق نمینماید که هر دو مال از یک جنس باشند یا مختلف، همچنانی که فرق نمینماید مال مغصوب با جنس بهتر مخلوط گردد یا با جنس بدتر و چنانچه در اثر اختلاط خسارتی متوجه مالک گردد آن خسارت بعنوان تسبیب بعهدهٔ غاصب است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۹۰

مبحث دوم مسئولیت ناشی از جرم و شبه جرم

اشاره

کسی که موجب زیان دیگری میشود مسئول جبران آن است. مسئولیت مزبور در اصطلاح حقوق اروپا بمسئولیت جرمی La respohs abili te delictuelle نامیده شده که در موارد جرم و شبه جرم ممکن است پیش آید و آن از اقسام مسئولیت خارج از قرارداد است که در حقوق ملل متنوعه در ادوار مختلفه دیده می‌شود.

در مسئولیت ناشی از جرم دو نظریهٔ علمی موجود است:

۱- نظریهٔ تقصیر -(L'idee de faute)

اشاره

بنا بر نظریهٔ مزبور، فاعل زمانی مسئول خسارت ناشیه از عمل خود است که در ارتکاب آن تقصیر نموده باشد. بنابراین نظریه، تقصیر شرط اساسی مسئولیت مدنی میباشد. تقصیر دارای دو جزء است.

اول- قابلیت مسئولیت(Imputabilite)

کسی را میتوان مسئول دانست که دارای قوهٔ ممیزه(Discernement)باشد یعنی بتواند آثار عمل خود را بداند.

بنابراین صغیر و مجنون مسئول شناخته نمیشوند. عدم مسئولیت آنان فقط از نظر کیفری نیست، بلکه از نظر مدنی نیز میباشد. نظریهٔ

مزبور سر چشمهٔ خود را از نظر حقوقیین رومی گرفته است.

Ulpien

میگوید: (۲)،

(۵, ۲. D. ad legem Aquilium, IX Quoe enim in eo culpa sit'cum suoe mentis non sit.

در حقوق مدنی فرانسه مادهٔ صریحی راجع باین امر موجود نیست ولی در عمل پیروی از نظریهٔ مزبور شده است.

دوم – تقصیر –(Culpabilite)

حقوقیین فرانسه برای کلمهٔ مزبور تفسیری ننموده‌اند و آن را بوضوحش برگزار کرده‌اند. چنانکه از کلمه تقصیر فهمیده میشود، آن عبارت است از رفتار ننمودن آن گونه که باید رفتار شود، یعنی انجام ندادن امری

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۹۱

که باید انجام داده شود و یا خودداری ننمودن از امری که باید خودداری گردد.

برای تشخیص تقصیر بایـد عملی که در اثر آن خسارت بدیگری وارد شده با عمل اشـخاص محتاط مقایسه نمود، چنانچه فاعل در انجام عمل رعایت احتیاطاتی را ننموده باشد که هر شخص محتاط در این گونه اعمال مینماید، آن فاعل، مسئول شناخته میشود و الا هرگاه فاعل رعایت احتیاطات لازمه را در انجام عمل نموده است، مسئول خسارت وارده بغیر نخواهد بود.

بنابراین نظریه کسی که مطالبهٔ خسارت از عمل دیگری مینماید باید ثابت کند که فاعل در عمل خود تقصیر نموده است.

فاعل میتواند برای رفع مسئولیت خود یکی از امور ذیل را ثابت نماید:

الف- در اثر اعمال و اجرای حق قانونی خسارت متوجهٔ طرف شده است.

ب- علت حقیقی عملی که موجب خسارت شده است فورس‌ماژور میباشد.

ج- علت خسارت عمل متضرر است.

با اثبات یکی از امور بالا فاعل مسئول زیان طرف نخواهد بود.

۲- نظریهٔ مسئولیت –(Systeme de La responsabilite objective)

اشاره

در سالهـای اخیر قرن نـوزدهم نظریـهٔ دیگری بوجـود آمـد کـه دایرهٔ مسـئولیت مـدنی را توسـعه داد. نظریـهٔ مزبـور، تقصـیر را شـرط مسئولیت فاعـل نمیدانـد و هر کس که بـدیگری خسـارتی وارد آورد او را مسـئول جبران آن میشـناسد. بنـابراین نظریه برای مطالبهٔ خسارت کافی است که متضرر ثابت کند که خسارت، ناشی از فعل طرف میباشد.

در قانون مدنی ایران به پیروی از قانون امامیه: مسئولیت ناشی از جرم تحت دو عنوان اتلاف و تسبیب بیان شده است.

اتلاف

مادهٔ «۳۲۸» قانون مـدنی: «هر کس مال غیر را تلف کنـد ضامن آن است و بایـد مثل یا قیمت آن را بدهـد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۹۲

عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است».

تسبیب

مادهٔ «۳۳۱» قانون مدنی: «هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهدهٔ نقص قیمت آن برآید».

فرق بین اتلاف و تسبیب

اشاره

بین اتلاف و تسبیب دو فرق اساسی موجود میباشد:

اول– در اتلاف،

اشاره

فعل مثبت، بدون واسطه موجب تلف مال میباشد، چنانکه کسی با سنگ، شیشهٔ اطاقی را بشکند و یا شوفری کسی را زیر بگیرد، فعل مزبور که از فاعل ناشی میشود بدون هیچ واسطهٔ علت توجه ضرر بغیر میگردد. در تسبیب، فعل بواسطه امری موجب تلف مال میشود و آن بر دو قسم است:

1- فعل مثبت

– و آن فعلی است که انجام آن سبب تلف مال گردد، چنانکه کسی سنگی و یا پوست خربوزهٔ در شارع عام بیندازد و رهگذری بلغزد و پایش بشکند و یا لباسش پاره شود. در فرض مزبور فعل مستقیماً و بدون واسطه سبب ضرر نشده بلکه در اثر لغزیدن و افتادن که از گذاردن سنگ و پوست خربوزهٔ میباشد به رهگذر ضرر متوجه شده است.

2- فعل منفی

و آن فعلی است که ترک آن سبب تلف مال شود، خواه فعل مزبور تکلیف ناشی از قرارداد باشد، مانند آنکه سوزنبان راه‌آهن در اثر تغییر ندادن سوزن، سبب تصادم دو قطار بیکدیگر بشود و یا از عدم انجام تعهد خسارت متوجهٔ متعهد له گردد، خواه تکلیف قانونی باشد، مانند خسارتی که در اثر اهمال ولی، در نگاهداری اموال مولی علیه متوجه او شود، چنانکه ملك او باجاره نرود و یا دیگران

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۹۳

سوء استفاده کنند. در دو فرض مزبور ترک عمل مستقیماً علت توجه خسارت نمیباشد، بلکه در فرض اول ترک تغییر سوزن سبب شده که قطار در غیر مسیر معین حرکت کرده و با قطار دیگر تصادم نموده و در اثر تصادم خسارت متوجه شده است همچنانی که در اثر عدم انجام تعهد از طرف متعهد، متعهد له بمورد تعهد نائل نمیشود و در نتیجهٔ آن متضرر میگردد. در فرض دوم اهمال ولی، موجب شده است که مالك صغیر باجاره نرفته و یا دیگری سوء استفاده از مال او نموده است و نتیجه صغیر متضرر شده است.

دوم– در تسبیب

کسی که مالی را از روی عمد یا غیر عمد تلف کند مسئول است اگر چه فاعل تقصیر ننموده و رعایت احتیاطات لازمه را کرده

باشد، بنابراین هرگاه کسی با رعایت دقتهای لازم شکاری را هدف و نشانه روی کند و گلوله از شکار بگذرد و بگوسفندی که در پشت سنگ پنهان بوده اصابت نماید، شکارچی مسئول میباشد اگر چه تقصیری ننموده است، زیرا منطق ساده عرف شکارچی را علت توجه خسارت بمالك گوسفند میداند و از طرف دیگر دور از انصاف و عدالت حقوقی میباشد که عدم تقصیر فاعل را موجب تحمیل خسارت بر متضرر دانست. بعبارت دیگر اتلاف مبنی بر نظریه مسئولیت میباشد.

در تسبیب، کسی که سبب تلف مال و اضرار دیگری شده در صورتی مسئول میباشد که در فعل خود تقصیر نموده باشد یعنی احتیاطات لازمه را نکرده و آن در موردی است که عواقب عمل خود را که نوعاً پیش‌بینی میشده، از نظر دور داشته و یا با توجه بآن مرتکب عملی شده که موجب خسارت گردیده است. اینست که مادهٔ «۳۳۴» قانون مدنی میگوید: «مالك یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیهٔ آن حیوان وارد میشود مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشند لیکن در هر حال اگر حیوان بواسطهٔ عمل کسی منشأ ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود». چنانکه نوکر درب خانه را بازگذارد و سگ درنده بدون پوزه‌بند از خانه خارج شود و لباس عابری را پاره کند. در صورتی که مسبب

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۹۴

تقصیری نکرده باشد یعنی با آنکه تمامی احتیاطات لازمه را در کار خود نموده خسارت بدیگری وارد شده است ضامن آن نمیباشد مانند آنکه سگ گله که هیچ زمان دیده نشده کسیرا بگیرد، غفلتاً هار شود و عابری را مجروح کند. بعبارت دیگر تسبیب مبنی بر نظریه تقصیر است.

تسبیب مانند اتلاف ممکن است از روی عمد و یا غیر عمد باشد مثلا کسی در زمستان سرد، آب در معبر بریزد و در اثر یخ زدن عابری زمین بخورد و پایش بشکند، مسئول خسارت واردهٔ بر او است خواه عمداً این عمل را کرده باشد و یا بدون توجه بآنکه در زمستان سرد آب یخ میزند و ممکن است کسی در اثر آن بزمین بخورد. اطلاق و عدم ذکر تفصیل مزبور در مادهٔ «۳۴۱» ق. م. گواه بر این امر میباشد. موجب آنکه در اتلاف، تقصیر شرط مسئولیت قرار داده نشده و در تسبیب شرط مسئولیت میباشد آنست که منطق حقوقی که بر تشخیص ساده عرف و عقل استوار است، تلفی که مستقیماً و بلا واسطه از فعل کسی بوجود آید، چنانکه در اتلاف است، فاعل را علت تلف و مسئول آن میشناسد، اگر چه هیچ‌گونه تقصیری هم نداشته باشد. ولی تلفی که بواسطه، از فعل کسی حاصل شود، چنانچه در تسبیب است، فاعل را وقتی مسئول میداند و تلف را باو نسبت میدهد که تقصیر کرده باشد و الا هرگاه احتیاطات لازمه را نموده باشد فاعل را مسئول نمیداند و تلف را هم باو نسبت نمیدهد.

نظر بجهات مذکور در بالا قانون مدنی هر یک از اتلاف و تسبیب را در مبحث جداگانه بیان نموده است.

مسئول کیست؟-

طبق قاعدهٔ عقلی که مفاد نبوی مشهور (لا ضرر و لا ضرار) حاکی از آن است، هر کسی زیانی بدیگری وارد آورد باید آن را جبران بنماید. بنابراین در صورتی که زیان بوسیلهٔ یک نفر وارد آید خسارت را او باید جبران کند، و چنانچه زیان بوسیلهٔ چند نفر وارد آید، هرگاه تمامی آنان در پیدایش آن متساوی تأثیر داشته باشند بتساوی مسئول خسارت وارده میباشند، مثلا هرگاه پنج نفر مردان قوی سنگی را از دامنهٔ کوه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۹۵

بغلطانند و سنگ حرکت کند و در جاده‌ای که از پای کوه میگذرد بر اتومبیلی بیفتد و آن را بشکند و دو هزار تومان تعمیر لازم داشته باشد، هر یک از آنان مسئول چهار صد تومان از آن میباشند، ولی هرگاه قدرت تأثیر آنان در پیدایش ضرر متفاوت باشد، نمیتوان تمامی آنان را مانند مورد مثال بالا بتساوی مسئول خسارت دانست، زیرا تأثیر هر یک در ایجاد فعلی که موجب خسارت

شـده متفـاوت بوده و مسـئولیت بتساوی ایجاب مینمایـد که یکی بیش از آنچه خسارت وارد آورده متحمل گردد و دیگری کمتر از آنچه سـبب شده است. بنابراین ناچار باید هر یک را بمقدار قوهٔ تأثیرش در فعل، مسـئول خسارت دانست. اشکالی که در عمل پیش می‌آید، تشخیص مقدار تأثیر هر یک از افراد میباشد.
تشخیص این امر را باید بعهدهٔ دادگاه گذارد و در صورتی که دادگاه لازم بداند از کارشناس کمک بخواهد. در قانون مدنی راجع بموردی که خسارت ناشی از عمل چند نفر باشد مادهٔ موجود نیست.

تزاحم–

اشاره

در صورت تزاحم و اجتماع سبب و مباشر، مادهٔ «۳۳۲» قانون مدنی میگوید: «هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد بنحوی که عرفاً اتلاف مستند باو باشد».
در تزاحم سه فرض پیش می‌آید:

اول- سـبب اقوی از مباشر باشـد-

چنانکه شـهردار بر خلاف قانون بمأمورین خود دسـتور دهـد که بنائی را خراب نماینـد و مأمورین آن را خراب کنند، مسئولیت آن بعهدهٔ شـهردار است، زیرا مأمورین مطیع اوامر او هستند و تشخیص قانونی بودن عمل بعهدهٔ او میباشد. همچنین هرگاه کسی مالی را بتصـرف صـغیر غیر ممیز یـا مجنون بدهـد و آن را ناقص یا تلف کنـد طبق مادهٔ «۱۲۱۵» قانون مـدنی آنان مسـئول نخواهند بود بلکه مسئول کسـی است که مال را بآنها داده است. در این امر فرقی نمینمایـد که دادن مال در اثر معامله باشـد یا غیر آن، چنانکه کسـی اتومبیل خود را بمجنونی بفروشد

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران – ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج ۱، ص: ۳۹۶
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۹۶
و آن را بتصـرف او بدهد و مجنون آن را بدیوار زده خورد کند، معامله با مجنون باطل است و مجنون مسئول خسارت ناشی از عمل خود نمیباشد، این امر در صورتیست که کسـی با علم بمجنون بودن طرف مال خود را بتصـرف او بدهد، زیرا با علم بر این امر اقدام بضـرر خود نموده و مـال خود را تفریـط کرده است، ولی هرگـاه جاهل بمجنون بودن طرف باشـد مجنون ضامن است، زیرا با جهل بجنون نمیتوان تصـرف دهنده را مقدم بر ضـرر خود دانست و هر کس ضرری بدیگری بزند مسئول آن میباشد، همچنانی که هرگاه صغیر و مجنون مـال دیگری را بـدون اجـازهٔ مالـک اتلاـف نمایـد و یـا سـبب تلف آن گردد. اینست که مـادهٔ «۱۲۱۶» قانون مـدنی میگوید: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر غیر شود ضامن است».

دوم- مباشر اقوی از سبب باشد

چنانکه کسـی دوست خود را بگمارد که مزرعـهٔ دیگری را آتش بزند. در این صورت ضامن خسارت وارده بر مزرعه، کسـی است که آتش افروخته و بارادهٔ خود موجب ضـرر شده است، ولی هرگاه دوست مزبور شخصـی ساده بوده و آمر از ضـعف نفس او سوء استفاده نموده باشد، سبب اقوی از مباشر شناخته میشود و آمر مسئول خسارت میباشد.

سوم- سبب و مباشر متساوی باشند

در این صورت مسؤلیت متساوی خواهد بود.

تصادم

مادهٔ «۳۳۵» قانون مدنی میگوید: «در صورت تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن یا دو اتومبیل و امثال آنها، مسئولیت متوجهٔ طرفی خواهد بود که تصادم در نتیجهٔ عمد یا مسامحهٔ او حاصل شده باشد و اگر طرفین تقصیر یا مسامحه کرده باشند هر دو مسئول خواهند بود». در صورت وقوع تصادم باید قبلا تشخیص داد که در اثر تقصیر کدامیک از آن دو تصادم حاصل شده است و هرگاه معلوم شد که یکی از آن دو تقصیر کرده، او مسئول خسارت طرف خود است، مثلا رانندهٔ اتومبیلی که مقررات شهربانی ایجاب مینماید از طرف دست راست برود و یا با اجازهٔ پاسبان یا چراغ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۹۷

هدایت از چهار راه بگذرد، بدون رعایت آن میگذرد و باتومبیل یا گاری تصادم میکند، راننده اتومبیل مزبور مسئول خسارت واردهٔ بطرف دیگر خواهد بود، و هرگاه هر دو تقصیر نموده‌اند هر یک مسئول خسارت وارده بطرف دیگر میباشد، زیرا او سبب خسارت مزبور شده است.

شرایط مسئولیت

مسئولیت و ضمان مدنی برای جبران ضروریست که بمتضرر وارد شده است، بدین جهت عدم اهلیت فاعل از حیث رشد و عقل تأثیر در امر نمی‌نماید و نمیتوان کسی را که صغیر یا مجنون است غیر مسئول شناخت و بی‌عدالتی که در نتیجهٔ اضرار آنها در جامعه پیدا شده است بدون جبران گذارد. این است که مادهٔ «۱۲۱۶» قانون مدنی میگوید: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر غیر شود ضامن است». در این صورت چنانچه آنان اموالی از خود دارا باشند ولی و قیم از آن میپردازد و الا دین بر ذمهٔ آنان ثابت و باقی است تا آنکه دارائی پیدا نمایند.

مسئولیت مدنی صغیر و مجنون مذکور در مادهٔ بالا در صورتیست که اولیاء و مستحفظین در نگاهداری آنان تقصیر ننموده باشند و الا چنانچه اولیاء و مستحفظین آنان را با احتمال بآنکه ممکن است موجب اضرار و خسارت شوند آزاد بگذارند و نگاهداری نکنند، اولیاء و مستحفظین از نظر تسبیب ضامن میباشند.

هرگاه کسی مالی را بتصرف صغیر غیر ممیز و مجنون بدهد طبق مادهٔ «۱۲۱۵» قانون مدنی صغیر و مجنون مسئول تلف و یا نقص آن مال نخواهند بود. در صورتی که دهندهٔ مال، مالک آن باشد، بار زیان را خود متحمل میشود و اگر از آن شخص ثالث باشد دهندهٔ مال در مقابل مالک ضامن است، زیرا با وضعیت روحی صغیر غیر ممیز و مجنون، دهنده، آن مال را در معرض تلف قرار داده و سبب زیان غیر شده است و سبب اقوی از مباشر میباشد.

هر صغیری غیر ممیز محسوب است تا ممیز بودن او ثابت شود. ممیز بودن صغیر را میتوان از گفتار و کردار او تشخیص داد. بنابراین هرگاه کسی مال خود را بصغیری بدهد و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۳۹۸

او آن را تلف کند، مالک نمیتواند از او مطالبهٔ بدل بنماید، مگر آنکه ثابت کند که صغیر مزبور ممیز بوده است. بر عکس هر کس که بسن ۱۸ سال تمام رسیده باشد عاقل محسوب است مگر آنکه جنونش ثابت گردد، بنابراین هرگاه کسی مال خود را بدیگری بدهد و او تلف کند مسئول است مگر آنکه ثابت شود که گفتار و رفتار گیرنده مال طوری بوده که در ملاقات عادی و معمولی

میتوان از جنون او آگاه گردید، یا دهنده از آن آگاه بوده است. در صورتی که در ملاقات عادی نتوان جنون گیرنده مال را تشخیص داد و دهنده آن را نمیدانسته، گیرندهٔ مال ضامن میباشد، زیرا سبب را نمیتوان در مورد مزبور اقوی از مباشر دانست. اما صغیر ممیز و غیر رشید چنانکه از مفهوم مادهٔ بالا فهمیده میشود، مطلقا مسئول تلف و نقص میباشند اگر چه دیگری مال را بتصرف آنان داده باشد، زیرا وضعیت روحی آنان طوری نیست که دهندهٔ مال مسئول شناخته شود و سبب اقوی از مباشر باشد.

ضرر باید ناشی از فعل باشد

اشاره

فعلی که موجب ضرر غیر میگردد بر دو قسم است: مثبت و منفی.

1- فعل مثبت

اشاره

و آن فعلی است که بوسیلهٔ حرکت عضلات انسان موجود میشود و در اثر آن مالی تلف میگردد، چنانکه کسی بوسیلهٔ حرکت انگشت دست که بر پاشنه تفنگ میگذارد تیری بیندازد و گوسفندی را بکشد و یا آئینهٔ را بشکند.

فعل مثبت بر سه قسم است: اول- فعل غیر مجاز- دوم- فعل مجاز- سوم- فعل مباح.

اول- فعل غیر مجاز

هرگاه کسی در اثر فعلی که قانوناً ممنوع است بدیگری خسارت وارد آورد ضامن آن میباشد، خواه آن فعل جرم باشد چنانکه کسی درختان شوارع عمومی را قطع یا تلف کند (مادهٔ «۱۲۸» قانون مجازات عمومی) و خواه آنکه آن فعل جرم نباشد چنانکه رانندهای در تاریکی شب بدون توجه با اتومبیل خود

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۳۹۹

از مزرعهٔ کسی بگذرد و بزراعت او خسارت وارد آورد.

دوم- فعل مجاز

و آن فعلی است که فاعل بوسیلهٔ آن حق قانونی خود را اعمال مینماید. مسئولیت خسارت وارده در اثر اجرای حق، در این اواخر یکی از مسائلی بوده که مورد تحقیقات علمی و گفتگوی بسیار قرار گرفته است و عدم مسئولیت نزد حقوقیین اروپا مدت مدیدی امر مسلم و غیر قابل خدشه میبود، نظریهٔ مزبور از مثل سائری که در فصل دیژست Digeste یافت میشود سرچشمه میگیرد.

-

Meminem Ioedit, nemo damnum facit, quo Suo jure uti tur(۲۶ D. de damno in fecto, xx ۱ x, .(۲, ۲۴. D. ed. lit; ۵۵ et ۱۵۵, D. de reg. jur. L. ۱۷

ر ۱

یعنی- کسی که با احتیاط و دقت حق خود را اعمال میکند مسئول خساراتی که ممکن است بدیگری وارد آورد نمیباشد.

بعضی از حقوقیین فرانسه بر آنند که استنباط عدم مسئولیت بطور مطلق از مثل سائر مذکور در بالا اشتباه محض است، زیرا هرگاه

بدقت در مفاد آن مطالعه شود غیر از آنچه گفته‌اند فهمیده میشود و Ulpien هم در قطعه(۲۶ D. de damno in fecto)
متذکر شده است که هرگاه مالکی در ملک خود چاهی بکند که رشته‌های چشمهٔ آب همسایه را قطع کند مسئول خسارات واردهٔ بمالک چشمه نمیباشد، ولی هرگاه چاه را چنان عمیق بکند که دیوار همسایه برگردد و خراب شود مسئول است.

در (۳ ر ۱۲ X ۱ xx D de aqua et aquoe pluvare ر ۱) اولپین Ulpien

متذکر میشود که مارسل Marcellus در فرض بالاـ معتقد است که چنانچه مالک بقصد اضرار Animo vcino nocendi همسایه، چاه حفر نکرده باشد بلکه برای بهبود زمین خود حفر چاه کند مسئول نیست.

در سیر تاریخی عدم مسئولیت مدنی در اعمال حق، محدود گردید و منحصر بموردی شده است که فاعل در اجرای حق، قصد اضرار بغیر نداشته باشد. در قانون مدنی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۰۰

ایران مادهٔ صریحی راجع باین امر موجود نیست، ولی چنانکه از روح و ملاک مادهٔ «۱۳۲» قانون مدنی استنباط میشود، در صورتی که اعمال حق بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد و خسارت بکسی وارد آید، فاعل ضامن آن نخواهد بود. مادهٔ «۱۳۲» قانون مدنی: «کسی نمیتواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». بنابراین در موارد ذیل فاعل مسئول خسارات وارده میباشد:

الف- در موردی که از حد متعارف تجاوز نماید- چنانکه کسی در خانهٔ خود بیش از حد متعارف آتش بیفروزد که شاخه‌های درخت همسایه بسوزد، فاعل ضامن آنست ولی هرگاه بقدر متعارف و برای رفع ضرر و یا رفع حاجت باشد ضامن خسارت وارده بر همسایه نمیباشد.

ب- در موردی که عمل برای رفع حاجت نباشد- چنانکه کسی که با کندن چاه غیر عمیق میتواند خانه خود را مشروب نماید، بکندن چاه عمیق مبادرت کند و در اثر آن آب چاه همسایه نقصان پذیرد کندن چاه عمیق از طرف مالک در مورد مزبور برای رفع احتیاج نبوده است لذا مسئول نقصان آب چاه همسایه میباشد، ولی هرگاه حفر چاه عمیق برای رفع احتیاج خانه باشد او ضامن خسارت همسایه نیست.

ج- در موردی که برای رفع ضرر از خود نباشد- بنابراین هرگاه کسی برای رفع ضرر از خود عملی بنماید که موجب تضرر غیر گردد، مسئول آن نخواهد بود، این است که مادهٔ «۳۳۰» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی حیوان متعلق بغیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته آن را بدهد و اگر کشتهٔ آن قیمت نداشته باشد باید تمام قیمت حیوان را بدهد. و لیکن اگر برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند ضامن نیست». زیرا فاعل برای دفاع از نفس که حق قانونی او است عملی نموده که منجر بقتل حیوان یا نقص او شده است. محقق است این عمل باید از حد متعارف تجاوز ننماید، چنانکه هرگاه کسی که مورد حمله حیوان قرار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۰۱

گرفته بوسیلهٔ زدن و یا ناقص کردن حیوان، میتواند از خود دفاع کند و آن حیوان را بکشد، ضامن خواهد بود، زیرا در اعمال حق از متعارف تجاوز نموده است.

سوم- فعل مباح-

فعل مباح، فعلی است که مورد امر و نهی قانونی قرار نگرفته و وسیلهٔ اجرای حق نیز نباشد، مانند کندن چاه و نهر در اراضی موات. فعل مزبور مادامی مباح است که موجب خسارت بغیر نشود و الا ممنوع و فاعل آن مسئول خسارات وارده بر غیر میباشد. این است

که در مبحث حریم املاک، قانون مدنی پس از ذکر مقدار حریم چاه و قنات در ذیل مادهٔ «۱۳۸» میگوید: «... لیکن اگر مقادیر مذکوره در این ماده و مادهٔ قبل برای جلوگیری از ضرر کافی نباشد، باندازهٔ که برای رفع ضرر کافی باشد بآن افزوده میشود» بنابراین هرگاه کسی چاه قناتی بکند بفاصلهٔ ۱۰۰۰ متر از چاه قنات دیگری و آب قنات سابق نقصان پذیرد باید علاوه بر پر کردن آن خسارت صاحب قنات سابق را جبران بنماید اگر چه در اراضی موات باشد.

2- فعل منفی-

ترک هیچ فعلی بخودی خود نمیتواند موجب مسئولیت مدنی گردد مگر آنکه بوسیلهٔ قانون و یا قرارداد انجام آن الزامی باشد و آن نسبت بفعل مخصوص خواهد بود، زیرا افراد در افعال خود آزادند و نمیتوان کسی را بدون مجوز قانونی بانجام فعل مخصوصی اجبار نمود که در صورت تخلف مسئول خسارات ناشیه از عدم انجام آن باشد. فعلی که ترک آن ممکن است موجب خسارت شود بر دو قسم است:

یک فعلی که قانون انجام آن را لازم دانسته است مانند مورد مادهٔ «۱۱۸۳» قانون مدنی که میگوید: «در کلیه امور مربوطه باموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی نماینده قانونی او میباشد» و چنانچه ولی در نگاهداری اموال و حقوق مولی علیه اهمال نماید مسئول خساراتی است که بمولی علیه وارد شده است.

دو- فعلی که تعهد بانجام آن شده است مانند موردی که کسی بوسیلهٔ عقد یا قرارداد تعهد بانجام امری بنماید، در این صورت چنانچه متعهد آن را انجام ندهد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۰۲

یا تاخیر در انجام آن بنماید و در اثر آن خسارتی متوجه متعهد له، شود، متعهد باید آن را جبران نماید (مواد «۲۲۶ و ۲۳۰» قانون مدنی). همچنین است در صورتی که سوزنبان راه آهن وظیفهٔ خود را در تغییر سوزن انجام ندهد و در اثر آن دو قطار با یکدیگر تصادم نمایند.

از اقسام ترک فعل، مسئولیت شخص بوسیلهٔ اشیاء و یا حیوانات و یا اشخاص دیگر میباشد.

الف- مسئولیت شخص بوسیلهٔ حیوانی که مالک است و یا در تصرف دارد.

مادهٔ «۳۳۴» قانون مدنی: «مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد میشود مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان بواسطهٔ عمل کسی منشأ ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود».

مسئولیت مالک حیوان در مورد بالا از نظر تکلیفی است که در حفاظت حیوان ملک خود بعهده دارد و الا مالکیت بتنهائی نمیتواند ایجاد مسئولیت بنماید. بنابراین در صورتی که مالک حیوان در حفاظت حیوان تقصیر کند یعنی احتیاطات لازمه را که شخص معتدل مینماید رعایت نکند، وظائف خود را ترک کرده است و مسئول خسارت ناشیه از عمل آن حیوان میباشد، زیرا در عرف و منطق سادهٔ اجتماع در صورتی میتوان مالک را ضامن خسارت دانست که بر خلاف آنچه (از عمل یا ترک عمل) که بر عهده دارد، رفتار نماید.

مثلا کسی که دارای سک درنده‌ای است باید درب خانهٔ خود را همیشه ببندد تا آن سک از خانه خارج نشود و یا سک را با زنجیر ببندد که آزاد نباشد، و در صورتی که رعایت این امر را نکند و سک لباس دیگری را پاره کند مالک آن مسئول خسارات وارده میباشد. همچنین است کسی که حیوانی را در تصرف دارد اگر چه مالک آن نباشد، زیرا کسی که حیوانی را متصرف است ملزم بحفاظت او میباشد و هرگاه تقصیری در حفاظت آن بنماید مسئول خسارات وارده خواهد بود. مثلا کسی با علم بآنکه اسب

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۰۳

از صدای بوق اتومبیل میترسد او را از مالکش عاریه و سوار شود و از خیابانهائی که اتومبیل میگذرد عبور کند و اسب از صدای بوق فرار بنماید و خسارت بعابرین وارده آورد، سوار ضامن است نه مالک اسب مگر آنکه سوار علم بروحیهٔ اسب نداشته و مالک او را از این امر مطلع نکرده باشد که در این صورت مالک ضامن خسارات وارده میباشد. در صورتی که مالک یا متصرف حیوان در حفاظت آن کمال احتیاط را بنماید و بدون تقصیر آنها حیوان موجب خسارت دیگری بشود، مالک یا متصرف مسئول آن نخواهد بود، چنانکه هرگاه اسبهای درشکهٔ کرایه که در کنار خیابان ایستاده و هیچ سابقهٔ دندان گرفتن ندارد غفلهٔ یکی از آنها بازوی عابری را بگیرد، درشکه‌چی مسئول نمیباشد ولی هرگاه اسب معتاد باین عمل بوده و درشکه‌چی چی بدون پوزه‌بند آن را بدرشکه بسته است، ضامن میباشد. همچنین است هرگاه گله گوسفندی را مالک شب در زاغه جای دهد و درب زاغه را به بندد و برود، نیمه شب کسی بیاید در زاغه را باز بکند و گوسفندهای بیرون آیند و در مزرعهٔ مجاور بریزند و خسارت وارد آورند، مالک گله، مسئول خسارات وارده نمیباشد، بلکه مسئول خسارت مزرعه، کنندهٔ در است.

ب- مسئولیت صاحب بنا نسبت بخسارتی که در اثر خرابی آن متوجه غیر میشود.

مادهٔ «۳۳۳» قانون مدنی: «صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد میشود مشروط بر اینکه خرابی در نتیجهٔ عیبی حاصل گردد که مالک مطلع بر آن بوده و یا از عدم مواظبت او تولید شده است.»

چنانکه از مفاد مادهٔ بالا معلوم میشود مالکیت دیوار یا عمارت یا کارخانه بتنهائی کافی برای مسئولیت خساراتی که بوسیلهٔ آن ملک بغیر وارد میشود نیست، بلکه باید مالک آگاه از خرابی باشد و در تعمیر آن اهمال بنماید، بنابراین مالک زمانی مسئول خسارت ناشیه از ملک خود خواهد بود که تکلیفی بر عهده داشته و آن را ترک و یا در انجام آن اهمال نموده باشد. مثلًا هرگاه دیوار خانهٔ مشرف بخرابی باشد و مالک با

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۰۴

علم بآن دیوار را تعمیر ننماید و یا جلوگیری از برگشتن آن نکند و دیوار خراب شود و خسارتی بدیگری وارد آورد، مالک دیوار مسئول آن میباشد. ولی هرگاه عالم باین امر نبوده و یا با علم بآن سعی و کوشش کافی برای جلوگیری از انهدام نموده و دیوار خراب شود و خسارتی بدیگری وارد آورد مالک ضامن آن نمیباشد، زیرا نمیتوان مالک را بدون علم بخرابی و یا عدم قدرت بر جلوگیری سبب توجه خسارت دانست و عرف و منطق حقوقی او را مسئول نمیداند.

در قوانین ملل دیگر موادی موجود است که مسئولیت اشخاص را نسبت بکسانی که تحت مراقبت آنها قرار گرفته و یا از طرف آنها گمارده شده‌اند تصریح مینماید، مانند:

الف- مسئولیت پدر و یا مادر نسبت باولاد صغیر خود که با آنها زندگی می‌نمایند.

ب- مسئولیت معلم و یا ناظم مدرسه نسبت بدانش‌آموزان در مدتی که تحت مراقبت آنها هستند.

ج- مسئولیت پرستار و لله و دایه نسبت بکودکانی که تحت مراقبت آنها قرار دارند.

مسئولیت اشخاص مزبور، از نظر آن است که حفاظت و نگهبانی کسانی که تحت مراقبت آنها هستند بعهدهٔ آنها گذارده شده است و باید احتیاطات لازمه را در نگهداری آنها بنمایند. هرگاه در اثر تقصیر اشخاص مزبور، کسانی که تحت مراقبت آنها هستند، خسارتی بدیگری وارد آورند آنها مسئول میباشند.

دستهٔ از اشخاص نیز هستند که خسارات ناشیهٔ از اعمال دیگران بعهدهٔ آنان است:

الف- ارباب نسبت بنوکر و خدمتکار در اعمالی که بدستور آنان انجام میدهند.

ب- استاد فنی نسبت بشاگرد خود در افعالی که او را بر آن میگمارد و در مدتی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۰۵

که در کارگاه او خدمت میکند.

مسئولیت ارباب و استاد مذکور در بالا از نظر آن است که آنان رعایت احتیاطات لازمه را در استخدام و رجوع کار بآنها ننموده‌اند و عملی که موجب خسارت شده است بدستور و امر ارباب و استاد انجام شده. بنابراین هرگاه شاگرد دکان جوش اکسیژن در اثر روشن نمودن آن بی‌احتیاطی بنماید و موجب حریق و یا انفجار گردد خسارات ناشیه را استاد او ضامن میباشد.

ج- دولت نسبت بخسارات ناشیه از اعمال مأمورین در امور مربوطه بوظایف آنها. چنانکه هرگاه مأمورین ثبت املاک در ثبت ملک یا سند اشتباهی بنمایند و در اثر آن خسارتی بافراد وارد آورند، دولت مسئول آن خسارات است. همچنین است هرگاه مأمور وصول مالیات پس از انفصال از خدمت با لباس رسمی خود مالیاتهائی را دریافت بنماید پرداخت‌کننده بری خواهد بود.

مسئولیت دولت منافات ندارد که مأمورین نیز متضامنا در مقابل متضرر مسئول باشند و یا دولت بتواند خسارت وارده بر افراد را پس از پرداخت از مأمورین خود مطالبه نماید.

فعل باید علت پیدایش ضرر باشد

اشاره

فعل بر دو قسم است:، مثبت و منفی.

فعل مثبت-

فاعل وقتی مسئول خسارت وارده بدیگری است که فعل ناشی از او، بواسطه یا بلاواسطه علت پیدایش خسارت گردد.

وجود واسطه بین فعل و زیان، مادام که رابطهٔ علیت بین آن دو موجود باشد، مانع از مسئولیت نمیگردد، چنانکه در تسبیب است، ولی هرگاه واسطه طوری باشد که عرفاً نتوان ضرر را ناشی از فعل فاعل دانست، او مسئول خسارت نخواهد بود. این است که مادهٔ «۳۳۲» ق. م. میگوید: «هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود مباشر مسئول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد بنحوی که عرفاً اتلاف مستند باو باشد». مثلا هرگاه کسی تفنگی را بدیوانهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۰۶

بدهد و او را برانگیزد که گوسفند دیگری را بکشد، مسئول خسارت ناشیه از قتل گوسفند دهندهٔ تفنگ خواهد بود اگر چه خسارت با واسطهٔ دیگری بمالک گوسفند وارد آمده است.

ملاک تشخیص آنکه فعل معین علت توجه خسارت بوده، یا علت دیگری داشته، منطق سادهٔ عرف است و تشخیص آن بعهدهٔ دادگاه میباشد.

مثال- خلبان در اثر تمام شدن بنزین هواپیما ناچار میشود قبل از رسیدن بفرودگاه در مزرعهٔ بنشیند، ساکنین قراء اطراف برای تماشای هواپیما بمزرعه هجوم آورده و موجب خسارت صاحب مزرعه میشوند. در این مورد خلبان مسئول خسارت وارده از ناحیه تماشاچیان نیست، زیرا خسارت از فعل خلبان ناشی نشده بلکه در اثر عمل خلاف قانون تماشاچیان است و عرف و منطق حقوق اینان را سبب توجه خسارت میداند، اگر چه هرگاه هواپیما در آنجا فرود نمیآمد تماشاچیان نمیآمدند و خرابی بمزرعه وارد نمیساختند.

فعل منفی-

در صورتی که کسی در اثر ترک انجام تکلیفی که بعهده دارد زیانی بدیگری وارد آورد ملزم بجبران آن میباشد، خواه تکلیف

مزبور قانونی باشد و یا بوسیلهٔ قرارداد بعهده گرفته است. در مورد فعل منفی زمانی فاعل مسئول زیان میباشد که ضرر بلاواسطه از ترک انجام عمل متوجه صاحب حق شده باشد، زیرا در این صورت است که عرف و منطق ساده فاعل را مسئول میداند و میتوان او را سبب زیان وارده دانست. این است که ماده «۷۲۸» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید «در مورد مادهٔ فوق در صورتی دادگاه حکم خسارت میدهد که مدعی خسارت ثابت کند که ضرر باو وارد شده و این ضرر بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تاخیر آن یا عدم تسلیم محکوم به بوده است. ضرر ممکن است بواسطهٔ از بین رفتن مالی باشد یا بواسطهٔ فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل میشده است.»

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۰۷

ضرر-

اشاره

چنانکه ذیل مادهٔ «۷۲۸» قانون آئین دادرسی مدنی تذکر میدهد: «.

ضرر ممکن است بواسطه از بین رفتن مالی باشد یا بواسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل میشده است».

ضرر بر دو قسم است:

الف- تلف مال

و آن عبارت از نابود شدن مالی است که قبلا موجود بوده مثلا کسی خرمن زارعی را آتش میزنند و آن را میسوزاند. خرمن قبل از آتش زدن در ملکیت زارع بوده و بواسطهٔ آتش‌سوزی از بین رفته است، علت نابود شدن خرمن متعلق بزارع، آتش زدن است. چنانکه ماده «۳۲۸» و «۳۳۱» قانون مدنی متذکر میشود، کسی که مالی را تلف کند و یا ناقص و معیوب نماید و یا سبب تلف و نقص و عیب آن شود ضامن میباشد.

ب- تقویت منفعت.

اشاره

منفعتی که در اثر پیدایش فعلی تفویت میشود بر دو قسم است: محقق و محتمل.

اول- منفعت محقق

و آن منفعتی است که هرگاه فعل معین موجود نمیگشت محققاً آن منفعت بمتضرر میرسید و فعل مزبور علت منحصر نرسیدن منفعت شده است. مثلًا چنانچه کسی در خیابان در جلوی گاراژ دیگری جوی عمیق بکند و مانع از خروج اتومبیل کرایهٔ بشود، کننده جوی مانع رسیدن منفعتی شده است که اتومبیل از کار کردن بدست می‌آورد، و همچنین هرگاه کسی عملهٔ را بازداشت نماید و از کار روزانه بازدارد، مانع از رسیدن مزد او که منفعت محقق میباشد شده است. مثال دیگر- کسی تفنگ شکاری در دست داشته بزمین میخورد و در اثر خرابی ماشه در میرود و دست جراحی را طوری ناقص میکند که پس از بهبودی از کار بازمیماند و از عایداتی که از عمل جراحی بدست می‌آورد محروم میگردد. کسی که تفنگ در دست داشته باشد عایداتی را که جراح در اثر نقص عضو، از آن محروم شده، باو بدهد. خسارت مزبور بوسیله کارشناس تعیین میشود، کارشناس وضعیت شهرت

پزشک و عایدات متوسط سنوات گذشته او را

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۰۸

در نظر میگیرد و مقداری که در سال باو عاید میشده تخمین میزند و به نسبت مدتی که پزشک زنده و قدرت بر جراحی دارد باید باو داده شود.

در قانون مدنی ایران ماده صریحی برای جبران خسارت در مورد تفویت منفعت محقق، موجود نیست و دو ماده «۳۲۸» و «۳۳۱» شامل آن نمیشود، زیرا خسارت مزبور تلف مال نیست، ولی با توجه بمفاد ماده «۱۲» آئین دادرسی کیفری که بر لزوم جبران ضرر و زیان ناشی از جرم صراحت دارد و با استفاده از وحدت ملاک ماده «۷۲۸» قانون آئین دادرسی مدنی در مورد خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد و یا تأخیر آن، کسی که موجب تفویت منفعت محقق شده باشد آن را باید جبران نماید.

دوم- منفعت محتمل

و آن عبارت از منفعتی است که هرگاه فعل معین موجود نمیگشت احتمال داشت که آن عاید طرف گردد، فاعل ضامن منفعت مزبور نخواهد بود، زیرا رابطهٔ علت بین فعل و عدم پیدایش منفعت موجود نیست، و بر فرض هم که فعل ایجاد میگشت احتمال داشت منفعت حاصل نشود.

مثال- موزع روزنامه، روزنامهٔ را که در او اعلان مزائده ملکی درج شده است.

بمشترک آن روزنامه نمیرساند و او در مزایده شرکت نمیکند. مشترک پس از اطلاع بر این امر اقامهٔ دعوی بر علیه موزع مینماید و خسارات واردهٔ خود را از او میخواهد، بدین تقریب که هرگاه روزنامه را موزع باو میرسانید او در مزایده که وزارت دارائی اعلان نموده بود شرکت میکرد و برنده شناخته میشود و از آن مبلغی استفاده مینمود و چون روزنامه را موزع نرسانیده باید خسارت وارده را بمشترک بپردازد. مشترک حق خواستن آنچه را خسارت میپندارد نخواهد داشت، زیرا منفعت مزبور محتمل میباشد و ممکن بود مشترک در صورت پیشنهاد برندهٔ مزایده نمیشد.

لزوم جبران ضرر-

اشاره

در اثر پیدایش ضرر وضعیت اقتصادی متضرر تغییر میابد و دارائی او نقصان میپذیرد و چون این امر بدون مجوز قانونی بوسیلهٔ غیر بعمل می‌آید، نظم اجتماعی متزلزل میگردد. قانون برای برقراری نظم اجتماعی بحمایت متضرر

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۰۹

آمده و جبران خسارت را از ناحیهٔ فاعل آن لازم میداند و در این امر سعی و کوشش میکند تا آن قدر که ممکن باشد وضعیت اولیه متضرر بصورت قبل از پیدایش ضرر عودت یابد.

جبران ضرر بطریق ذیل بعمل می‌آید:

1- در مورد تلف مال-

اشاره

در صورتی که کسی مالی را نابود سازد باید هرگاه مثلی است مثل آن و هرگاه قیمی است قیمت آن بصاحب مال داده شود.

مادهٔ راجع باین امر در مبحث تسبیب موجود نیست و قانون مدنی اکتفا بدو مادهٔ «۳۱۱ و ۳۱۲» مذکور در مبحث غصب و مادهٔ «۳۲۸»

مذکور در مورد اتلاف نموده است.
حکم مزبور از نظر تلف مال میباشد و از این حیث فرقی بین غصب و بین اتلاف و تسبیب نیست، بدین جهت شرح آن دو ماده با آنکه در مورد غصب گفته شده بطور اختصار بیان میشود.
مادهٔ «۳۱۱» قانون مدنی: «غاصب باید مال مغصوب را عیناً بصاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر بعلت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد». قریب باین مضمون است مادهٔ «۳۲۸» قانون مدنی که میگوید: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آنست و باید مثل یا قیمت آن را بدهد ...» ماده «۳۱۲» قانون مدنی: «هرگاه مال مغصوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین الادا را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد».

الف- مثلی-

چنانکه مادهٔ «۹۵۰» قانون مدنی میگوید: «مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشیاء و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آنست مع ذلک تشخیص این معنی با عرف می‌باشد».
در صورتی که مال تلف شده مثلی باشد کسی که ضامن است باید مثل آن را بهر قیمتی که ممکن است، تهیه نموده بمالک بدهد.
و همچنین است هرگاه مال تلف
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۱۰
نشده باشد ولی نمیتوان عین آن را بمالکش رد نمود، مانند آنکه در دریا یا رودخانه غرق شده باشد، زیرا از نظر مالک هر دو صورت یکسان است، بنابراین کسی که ضامن است مثل آن را بمالک میدهد و پس از بیرون آوردن آن از دریا یا رودخانه آن مال بمالک رد شده و ضامن، مال خود را مسترد میدارد اگر چه هر دو مال یک شکل باشند، زیرا عدم قدرت مالک بتصرف ملک خود موجب سلب مالکیت از آن نمیشود، مگر آنکه طرفین تراضی نمایند که هر یک آنچه را که متعلق بدیگری است در مقابل مال خود مالک شود.
در صورتی که مال در زمان تلف مثلی بوده ولی در زمان رد عوض در اثر نساختن، امثالش یافت نشود قیمت حین الاداء پرداخت میشود چنانکه قبل از جنگ بین الملل ۱۹۱۴ بسیاری از اشیاء بودند که بوسیلهٔ کارخانه‌های آلمان و روسیه ساخته میشد، و در اثر جنگ آن کارخانه‌ها خراب و بتدریج محصولات آنها در بازار کمیاب شد و دیگر یافت نمیشود، ضامن باید قیمت مثل را در زمان تأدیه بپردازد، یعنی در بازار تحقیق شود که هرگاه چنین مالی یافت شود چند قیمت دارد، آن قیمت را بپردازد.
هرگاه مالی که تلف شده است در موقع دادن عوض بمالکش از مالیت افتاده باشد، یعنی دیگر قیمتی در بازار نداشته باشد، آخرین قیمتی که پس از آن، خریدار در بازار نداشته بمالک پرداخته میشود.

ب- قیمی-

قیمی چنانکه از مادهٔ «۹۵۰» فهمیده میشود مالیست که اشباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع نباشد مانند انگشتر و آنچه با دست ساخته میشود.
در صورتی که مال تلف شده قیمتی باشد قیمت آن را در زمان تلف تقویم نموده و بمالک آن داده خواهد شد، اگر چه در زمان تأدیه چندین برابر ترقی و یا تنزل نموده باشد.

2- در مورد نقص و عیب

در صورتی که کسی مال دیگری را ناقص یا معیوب

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱۱

نماید، هرگاه بتوان وضعیتی که در مال عارض شده است ترمیم و برطرف نمود، باید آن را بجای آورد، زیرا آن امر نزدیکترین طریق برگرداندن وضعیت اقتصادی متضرر بحال سابق میباشد. این ستکه مادهٔ «۳۲۹» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را بمثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهدهٔ قیمت برآید» قانون خانه و بنا را بطور مثال ذکر نموده و الا هر مالی را کسی ناقص و یا معیوب و یا خراب کند هرگاه ممکن است باید آن را ترمیم بنماید و در صورتی که بدین طریق نتوان وضعیت سابق را عودت داد، با دادن فرق قیمت باید جبران خسارت نمود، بدین نحو که قیمت مال را بصورت قبل از خرابی یا نقص و عیب تعیین نموده و با قیمت آن در وضعیت فعلی سنجیده شود، و فرق بین آن دو برای جبران خرابی یا نقص و عیب باید بمالک آن پرداخته گردد. این امر در صورتیست که پس از خرابی یا عیب و نقص، مال از مالیت نیفتد و الا هرگاه پس از خرابی یا نقص یا عیب آن مال قیمتی نداشته باشد مانند مورد تلف، باید مثل یا قیمت آن بمالک داده شود.

اینست که مادهٔ «۳۳۰» قانون مدنی میگوید: «اگر کسی حیوان متعلق بغیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته آن را بدهد و اگر کشتهٔ آن قیمت نداشته باشد باید تمام قیمت حیوان را بدهد ...»

3- در مورد تفویت منفعت-

قانون مدنی طریق جبران خسارت موردی که منفعت تفویت شود بیان ننموده است ولی با توجه بروح مواد مربوطه بغصب و اتلاف و تسبیب و مواد مربوطه بخسارت ناشیه از عدم انجام تعهد و بالاخره عرف و عادت، باید بدل آن منفعت بپول سنجیده شود. معمول دادگاهها نیز بر آنست که خسارت به پول تقویم میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱۲

مبحث سوم استیفاء

اشاره

یکی از اسباب ضمان قهری استیفاء است و آن عبارت از بهره‌مند شدن کسی است از عمل یا منفعت مال غیر بر حسب اذن قبلی که داده است. استیفاء از اقسام شبه عقد و مانند اجاره است، زیرا در استیفاء توافق بین طرفین برای انجام عمل و یا بردن منفعت از مال موجود میباشد و از این جهت شباهت بعقد دارد ولی شرایط دیگر عقد را از قبیل تعیین عوض فاقد است:

استیفاء بر دو قسم است:

اول- استیفاء از عمل غیر-

اشاره

مادهٔ «۳۳۶» قانون مدنی میگوید: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام بعملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته» چنانکه از مادهٔ بالا معلوم میشود استیفاء از عمل غیر بر دو نوع است:

۱- استیفاء از عمل غیر که عرفاً برای آن عمل اجرتی باشد.

در این امر فرق نمی‌نماید کسی که عمل مزبور را انجام میدهد مهیای برای آن عمل باشد، مانند حمال که آماده باربری است، یا آنکه مهیای آن نباشد مانند شخص عادی که ببردن بار گمارده شده باشد، بنابراین هرگاه کسی دیگری را که مهیا برای بردن بار نیست صدا بزند و باو امر کند که بار را برداشته و به محلی که معین مینماید ببرد، چون عمل مزبور عرفاً دارای اجرت است با استفادهٔ از آن، امرکننده ملزم میشود که اجرت عمل او را بپردازد و آن مانند اجارهٔ آدمی است ولی شرایط اساسی اجاره را که تعیین اجرت عمل باشد فاقد است. اجرت‌برندهٔ مال اجرت المثل بردن چنین باری میباشد در مسافت معینه که حمل نموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱۳

۲– استیفاء از عمل غیر که عرفاً آن عمل اجرت ندارد ولی او خود را مهیای انجام آن نموده که در مقابل عوض بگیرد

این امر نوعاً در اعمال کوچک و تشریفاتی میباشد، مانند کسی درب هتل می‌ایستد تا در اتومبیل را باز کند و مبلغی دریافت دارد و یا شاگرد دکان خیاطی یا کفاشی لباس یا کفش را بمشتری میدهد تا شاگردانگی بگیرد و امثال آن.

اعمال مزبور چندان کم ارزش است که در عرف اجرتی برای آن در نظر گرفته نمیشود ولی کسی که بدربان هتل دستور میدهد درب اتومبیل را باز کند و یا بشاگرد خیاط و یا کفاش دستور میدهد لباس و یا کفش او را به پیچد و بدهد ضمناً موافقت نموده که در مقابل آن عمل، آنچه معمول است باو بدهد.

در ماده بالا که میگوید (هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام بعملی نماید) خصوصیتی در امر نمودن نیست و امر نمودن یکی از وسائلی است که امرکننده ارادهٔ خود را بر انجام عمل اعلام میدارد، همچنانی که انجام عمل اعلام موافقت از طرف دیگر است بنابراین هرگاه بدون امر نمودن از طرف کسی عامل اقدام بعمل بنماید و استفاده‌کننده سکوت کند و تسلیم بانجام آن شود، عامل نیز مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، زیرا سکوت و قبول انجام عمل، در مقام بیان، موجب توافق طرفین در تادیه اجرت است.

استحقاق اجرت از طرف عامل در صورتی است که عامل قصد تبرع نداشته باشد و الا عمل مجانی خواهد بود، خواه برای عمل عرفاً اجرتی باشد و یا عرفاً اجرتی نداشته باشد. بنابراین در صورتی که عامل دعوی اجرت عمل خود را بنماید و طرف مدعی تبرع گردد، او میتواند آن را ثابت کند و هرگاه نتواند باید اجرهٔ المثل را بعامل بپردازد.

دوم– استیفاء از مال غیر–

مادهٔ «۳۳۷» قانون مدنی میگوید: «هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱۴

ظاهر ماده در صورتی است که برای منفعتی که از مال غیر استفاده میشود در عرف اجرتی باشد، چنانکه مالك خانه بکسی اذن دهد در یکی از اطاقهای او چند روز سکوت نماید، شخص مزبور ملزم بپرداخت اجرت المثل آن اطاق است، زیرا اذن در استفاده از چیزی که در نظر عرف دارای اجرت است مستلزم مجانی بودن آن نمیباشد، و الا هرگاه در نظر عرف برای آن منفعت اجرتی نباشد چنانکه مالك خانه به عبورکننده که خسته شده اجازه دهد و روی سکوی درب خانه برای رفع خستگی بنشیند، نمیتواند مطالبهٔ اجرت نماید. بنابر مستنبط از ذیل ماده «۳۳۶» ق. م. در صورتی که در نظر عرف برای منفعت که استفاده شده اجرتی نباشد ولی آن امر مهیا برای گرفتن اجرت شده باشد باید استیفاءکننده اجرت آن را بدهد چنانکه در بعضی از باغات عمومی صندلیهائی میگذارند که هر کس بر آنها بنشیند مبلغی باید بدهد. کسی که بر یکی از آن صندلیها بنشیند مانند آنست که با تادیه اجرت معینه موافقت

نموده است.

استحقاق مالک در مطالبهٔ اجرت المثل مال خود در صورتی است که اذن در انتفاع از آن مال، مجانی نباشد و هرگاه مالک، انتفاع از آن را اباحه نموده باشد حق مطالبه اجرت ندارد، بنابراین هرگاه کسی که استیفاء منفعت نموده مدعی مجانی بودن انتفاع بشود باید این امر را ثابت بنماید و الا مسئول تأدیهٔ اجرت المثل آن خواهد بود.

باب سوم در عقود معینه مختلفه

اشاره

قانون مدنی ایران در باب سوم مانند بسیاری از قسمتهای دیگر از حقوق امامیه پیروی نموده و در بعضی موارد نیز اصول حقوق جدید را از نظر دور نداشته است.

همچنانی که در ترتیب و تنظیم مواد، مجموعه قانون مدنی فرانسه را سرمشق خود قرار داده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱۵

عقود معینه عقودی هستند که در علم حقوق نام مخصوصی دارند، مانند: عمری رقبی، سکنی، حبس (در حق انتفاع)، وقف، بیع، اجاره، هبه، ودیعه، عاریه، رهن، مضاربه، مساقات، شرکت و امثال آنها. قانون در هر یک از عقود معینه علاوه بر شرایط اساسی برای صحت معامله، رعایت شرایط خاصهٔ دیگری را نیز لازم دانسته که در مورد خود تصریح بآنها نموده است، چنانکه در فصل بیع مقرر داشته که مورد معامله باید عین معین یا عین کافی باشد و در اجاره مورد باید منفعت قرار گیرد و در قرض باید مورد مثلی باشد و مورد حق انتفاع، وقف، اجاره و عاریه باید مالی باشد که با بقاء عین بتوان از آن منتفع گردید و امثال آن در صورتی که یکی از شرایط مخصوص بعقد معینی در آن عقد موجود نباشد، احکام عقد مزبور در آن جاری نمیگردد. همچنین قانون در عدهٔ از عقود معینه بجهتی از جهات بعض جزئیات شرایط اساسی را لازم ندانسته است، چنانکه در صلح، ضمان و جعاله علم اجمالی بمورد را کافی برای صحت عقد مزبور میداند. هر یک از عقود معینه دارای آثار و احکام خاص بخود میباشند، چنانکه در بیع، خیارات مختص مانند خیار مجلس، خیار حیوان، خیار تأخیر ثمن موجود است و آنکه تلف مبیع قبل از قبض موجب انفساخ عقد میگردد که در معاملات معوض دیگر حکم دیگری دارد و در وقف، حق انتفاع، رهن و هبه قبض شرط صحت است.

عقود معینه از دیر زمانی در روابط اجتماعی بشر معمول و متداول بوده و حقوق ملل در ادوار مختلفه با شرایط و احکام متفاوت، آن‌ها را میشناخته است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱۶

فصل اول – در بیع

مبحث اول – در احکام بیع

اشاره

بیع در لغت بمعنی فروش است و در مقابل آن شری میباشد که بمعنی خرید آمده است و گاه بخریدوفروش نیز بیع گفته میشود و اصطلاح حقوقی از معنی لغوی تجاوز ننموده است. بیع کاملترین اقسام عقد معوض است و بدین جهت در هر دوره از ادوار مورد

توجه حقوقیین بوده و تحقیقات و مطالعات بیشتری در آن نموده و کتب زیادی راجع ببیع نوشته‌اند و بسیاری از مباحث آن را جداگانه موضوع کتابی قرار داده‌اند.

از نظر تاریخ حقوق، بیع مولود معاوضهٔ ساده است که احتیاجات بشر از دیر زمانی آن را بوجود آورده و بتدریج قیودی بآن افزوده شده تا بصورت کنونی در آمده است.

در قانون مدنی ایران بیع عبارت از عقدی است که بوسیله آن یکی از طرفین که بایع نامیده میشود عین مالی را در مقابل مال دیگری بطرف خود که مشتری نامیده میشود بقصد بیع تملیک مینماید.

فرق بین بیع و معاوضه، خواه مورد آن عین معین باشد یا کلی، فقط از نظر قصد طرفین معامله است، بدین معنی که در عقد بیع طرفین قصد انعقاد بیع (عقد مخصوص) را دارند و بدین جهت قانون مدنی در مادهٔ «۳۴۰» میگوید: «در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد» و در عقد معاوضه طرفین قصد معاوضه (عقد مخصوص دیگری) را مینمایند، این است که قانون مدنی در ماده «۴۶۴» میگوید: «معاوضه عقدی است که بموجب آن یکی از طرفین مالی میدهد بعوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ میکند بدون ملاحظهٔ اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد». منظور ماده مزبور از عبارت (بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد) آن است که متعاملین در عقد معاوضه باید قصد انعقاد معاوضه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱۷

را داشته باشد نه قصد انعقاد بیع چنانکه در عقد بیع است.

قانون مدنی ایران بین عقد بیع و عقد معاوضه از حیث عوض، فرق نگذارده بدین معنی که هرگاه عوض در معامله پول باشد آن را بیع بداند و هرگاه پول نباشد آن را معاوضه محسوب دارد، بلکه در بیع میتوان هر مالی را ثمن قرارداد، همچنان که میتواند در معاوضه پول عوض قرار گیرد، ولی با وضعیت اقتصادی و روش کنونی در معاملات چنانچه یکی از دو مورد معامله پول باشد ظاهر آنست که آن پول ثمن و آن معامله بیع است نه معاوضه مگر آنکه متعاملین تصریح بمعاملهٔ دیگری بنمایند و یا قرائنی بر خلاف آن موجود باشد.

در بسیاری از قوانین ملل قدیمه مانند روم و یونان و همچنین در قوانین کشورهای اروپائی فرق بین بیع و معاوضه از حیث ماهیت مورد معامله میباشد که هرگاه عوض در معامله پول باشد آن معامله بیع است و هرگاه نباشد معاوضه است، بدون آنکه قصد طرفین مورد توجه قرار گیرد، بدین جهت است که از نظر تاریخی پیدایش بیع را مقارن با پیدایش پول دانسته‌اند. قانون مدنی ایران در این امر پیروی از حقوق امامیه نموده و در مادهٔ «۳۳۸» تحت احکام بیع میگوید: «بیع عبارت است از تملیك عین بعوض معلوم» تعریف مزبور مستفاد از تعریفی است که بعض فقهاء از بیع نموده‌اند.

بیع چنانکه از مادهٔ «۳۳۸» قانون مدنی فهمیده میشود عقدی است معوض و تملیکی. عقد معوض چنانکه در اقسام عقود گذشت عقدی را گویند که دارای دو مورد باشد و هر یک عوض دیگری قرار گیرد، و بیع از آن عقود بشمار میرود که یکی از آن دو را مبیع و یا مثمن و دیگری را ثمن نامند. در صورتی که مبیع عین شخصی (خواه مشاع باشد و خواه مفروز) و یا در حکم آن (مقدار معین بطور کلی از شیء متساوی- الاجزاء) باشد بوسیلهٔ عقد بمشتری منتقل میشود اگر چه هنوز تسلیم او نشده و ثمن را هم بایع قبض نکرده باشد.

قانون مدنی فرانسه مانند قانون مدنی ایران، بیع را عقد تملیکی میداند در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۱۸

حقوق رومی بیع ایجاد ملکیت نمی‌نمود و بایع تعهد بتملیك مبیع Dominium نیز نمیکرد، بلکه Titulus ad acquirendum modus acquirendi میباشد و پس از عقد ملکیت برای مشتری بوسیلهٔ Mancipatio و یا injure

cessio و یـا Traditio بعمـل می‌آمـده است. در حقـوق رومی تمـامی اشـیاء قابـل تملک نمیبـود مثلا‌ـ اراضـی Fonds Provinciaux فقـط میتوانست مورد مـالکیت Bonitaire قرار گیرد و پر گرنهـا نمیتوانسـتند Dominum داشته باشند و حال آنکه بین معاملات، بیع اقتضاء آن را دارد که شامل تمامی اموال بشود و نسبت بتمامی افراد یکسان باشد. در حقوق مزبور بایع فقط تصرف Vacua possessio خود را بمشتری واگذار می‌نمود و پس از انقضاء مدت مرور زمان کوتاهی، برای متصـرف ملکیت حاصل میشده، و بدین جهت انتقال مال غیر، جائز بوده است.

ll, ۲ et ۳۰, l, D de act. empti et revendi. XIX, I, ۲۵., p I. D. de con trat empt. XVIII, I.

در حقوق رومی با آنکه بیع ایجاد مالکیت برای مشتری نمینمود، ولی رومیها متوجه بودنـد که مشتری با دادن ثمن قصد دارد تمامی حقوقی را که بایع نسبت بمبیع دارد بـدست آورد و همانگونه که بایع مالک مبیع بود او نیز مالک مبیع بشود و بایع نیز در بیع همین نظر را داشته است، بدین جهت بوسیلهٔ دادرسی تشریفاتی Empti مشتری حق مزبور را بدست می آورده است. دادرسـی نامبرده از اقسام دادرسی De donne foi می‌باشد.

قانون تعهدات سویس در مادهٔ «۱۸۴» بیع را این گونه تعریف می‌نماید: «بیع قراردادی است که بوسیلهٔ آن بایع تعهد میکند چیزی که فروخته شـده تسـلیم مشتری نمایـد و مالکیت آن را باو انتقال دهـد در مقابل یک قیمتی که مشتری تعهـد می‌نماید باو بپردازد». فرق بین قانون فرانسه و قانون سویس آن است که در قانون فرانسه، ملکیت مبیع بوسـیله بیع محقق میگردد و در قانون سویس، ملکیت در مال منقول بوسیلهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۱۹

تسلیم مبیع و در مال غیر منقول بوسیلهٔ ثبت در دفتر املاک حاصل میشود.

در تاریـخ حقوق، تملیکی بودن عقـد بیع سابقـهٔ طولانی ندارد و از مبتکران حقوق عصـر جدید است. در حقوق ملل قدیمه بیع عقد عهدی بوده و بوسیلهٔ آن بایع تعهد مینمود که مبیع را بمشتری تملیک نماید و تملیک بوسیلهٔ قبض بعمل می‌آمده است.

بنظر میرسـد علت این امر آن است که در جامعه‌هـای اولیه که قـدرت فردی حکمفرمـا میبود افکار ساده بین مالکیت و تصـرف فرق نمیگـذارد و هر کس هر چه را متصـرف میبود خود را مالک میدانست، بدین جهت قبض نقش اساسـی را در بیع بازی می‌کرد، زیرا بوسـیلهٔ آن برای مشتری تصـرف حاصل میگشت ولی بتدریـج که اجتماع مرکزیت پیـدا نمود و از قدرت فردی کاسته شد، مالکیت مفهوم جـداگانه پیـدا کرد و از تصـرف فرق گـذارده شـد. ادواری بدین منوال گذشت تا بشـر توانست تملیک را بوسیلهٔ عقد بدون آنکه مبیع را بتصرف مشتری بدهد تصور نماید. آنچه بنظر میرسد اسلام قدیمترین حقوقی است که بیع را مملک شناخته و بر قوانین دیگر در این امر سبقت جسته است.

در صورتی که مبیع کلی باشد، بیع عقد عهدی است یعنی بوسیلهٔ آن بایع تعهد مینماید مبیع را بمشتری تملیک نماید و عمل تملیک بوسیلهٔ قبض حاصل میشود چنانکه در تعهدات شرح آن بیان گردید. مادهٔ «۳۳۸» قانون مـدنی که احکام مبیع را بیان مینماید ناظر به مبیع شخصی است و شامل مبیع کلی نمیشود و احکام بیع مزبور از مواد دیگر فصل بیع و تعهدات دانسته میشود.

عقد بیع –

عقد بیع مانند عقود دیگر در صورتی منعقد میگردد که دارای شـرائط اساسـی برای صـحت معامله باشد. با تصریح مادهٔ «۱۹۰» قانون مدنی بآنکه برای صـحت هر معامله شـرائط چهارگانهٔ اساسی است، موردی برای تکرار آن شرائط و لزوم ذکر آن در هر فصلی باقی نمی‌ماند، ولی چون بیع نقش مهمی بین معاملات بازی میکند، مجموعهٔ قوانین کشورها علاوه بر آنکه فصلی را بذکر شرایط اساسی برای صحت معامله اختصاص میدهند، بسیاری از مسائل مربوط بشرائط صحت معامله را در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲۰

فصل بیع نیز بیان مینمایند. تکرار مطالب در مجموعهٔ قوانین اشکالی ندارد، زیرا قوانین برای عموم افراد کشور وضع میشود، بدین جهت در بسیاری از موارد تکرار مواد ضروری است، در این مختصر نیز پیروی از مجموعهٔ قانون مدنی میشود و مسائل مربوطه بشرائط اساسی صحت معامله تا آنجائی که مقتضی باشد تکرار میگردد.

عقد بیع واقع میشود بتوافق قصد و رضای طرفین بانعقاد بیع، بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر آن نماید. توافق قصد و رضای متبایعین رکن اساسی برای صحت بیع میباشد، این است که مادهٔ «۳۴۶» قانون مدنی میگوید: «عقد بیع باید مقرون برضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست». عقدی که بوسیلهٔ مکره منعقد شود فاقد رضای معتدل میباشد، و پس از رفع اکراه هرگاه رضایت خود را بمعامله اعلام داشت کشف میگردد آن معامله از زمان عقد مؤثر بوده و هرگاه عدم موافقت خود را ابراز نمود آن عقد کان لم یکن خواهد گردید.

طبق مادهٔ «۳۳۹» قانون مدنی پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع بایجاب و قبول واقع میشود. منظور از ایجاب و قبول الفاظ و عباراتی است که بوسیلهٔ متعاملین اداء میشود و ارادهٔ حقیقی خود را در انعقاد بیع اعلام میدارند.

آن الفاظ و عبارات طبق مادهٔ «۳۴۰» قانون مدنی باید صریح در معنی بیع باشد تا معلوم شود طرفین قصد انشاء معاملهٔ دیگری ننموده‌اند.

قانون مدنی راجع بتقدم ایجاب بر قبول یا بصیغهٔ ماضی بودن آن، بسکوت برگزار نموده است، بنابراین تقدم قبول بر ایجاب و بصیغهٔ غیر ماضی ادا نمودن الفاظ چنانکه در تعهدات بیان گردید اشکالی نخواهد داشت.

چنانکه گذشت طبق مادهٔ «۱۹۲» قانون مدنی در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد، اشارهٔ که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود و طرفین میتوانند بوسیلهٔ اشارات، خریدوفروش خود را بیکدیگر تفهیم بنمایند و ارادهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲۱

حقیقی را بصورت ارادهٔ انشائی درآورده اعلام دارند.

معاطات-

آیا بیع میتواند بصورت معاطات واقع شود یعنی با قدرت متعاملین بر تکلم میتوانند بوسیلهٔ دادوستد بیع را واقع سازند؟ و در صورتی که مورد آن عین خارجی باشد آیا تملیک حاصل میشود یا آنکه تملیک بقصد بیع، فقط بایجاب و قبول لفظی تحقق پیدا میکند و دادوستد ایجاد اباحه و یا تملیک بدون آن که بیع باشد می‌نماید؟

بین حقوقیین امامیه در تأثیر معاطات اختلافات بسیاری است و آن اختلافات ناشی از آن است که عدهٔ از حقوقیین مزبور عقود را تشریفاتی و در انعقاد آنها استعمال الفاظ مخصوصه و یا الفاظی که صریح در معنی مقصود باشد لازم میدانند و معاطات خارج از آن است و نمیتواند موجب پیدایش بیع گردد.

قانون مدنی چنانکه ذیل ماده «۳۳۹» میگوید: «... ممکن است بیع، بدادوستد نیز واقع گردد» صریحاً دادوستد را مانند الفاظ موجب انعقاد بیع میداند. ولی باید دانست که دادوستد بخودی خود ظاهر در معاوضه است و نمیتواند کاشف از ارادهٔ بیع باشد مگر آنکه قرائن و اوضاع و احوال خارج یا وضعیت معامله بنمایاند که متعاملین در دادوستد خود، قصد انعقاد بیع داشته‌اند نه معامله دیگری از قبیل معاوضه، اباحه و امثال آن. از نظر وحدت ملاک ماده «۳۳۹» ق. م. کلیه عقود را میتوان بوسیلهٔ دادوستد منعقد ساخت مگر آنکه قانون استعمال الفاظ را لازم بداند.

عقد بیع چنانکه میتواند بوسیلهٔ شخص متعاملین منعقد شود ممکن است بوسیلهٔ وکیل یا نمایندهٔ قانونی آنها واقع گردد.

عقد بیع مانند عقود دیگر دارای هیچ‌گونه تشریفات صوری نیست و در صورتی که شرایط اساسی برای صحت بیع جمع باشد عقد بیع منعقد میگردد. قاعده زیر بجهات اجتماعی مواجه با استثناء شده است:

۱- در صورتی که اموال غیر منقول باشد، طبق مواد «۴۶ و ۴۷» قانون ثبت اسناد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۲۲

و املاک باید معامله در دفتر اسناد رسمی ثبت شود و الا طبق ماده «۴۸» قانون مزبور در هیچ‌یک از دادگاهها و ادارات دولتی پذیرفته نمیشود.

۲- در صورتی که اموال دولتی و یا از مشترکات عمومی باشد مانند موقوفات، باید طبق مقررات مربوطه بمزایده فروش رود.

۳- در صورتی که اموال مدیون بوسیلهٔ مقامات صالحه قانونی فروخته شود، مانند اموال ورشکسته یا مدیون در مورد بازداشت اجرائی، باید بمزائده بفروش برود.

در موارد مذکور در قسمت «۲ و ۳» هرگاه رعایت تشریفات مربوطه نشود بیع باطل است.

عقد بیع را چنانکه ممکن است مطلق یعنی بدون قید و شرط منعقد نمود، میتوان آن را مشروط و معلق واقع ساخت، زیرا با نبودن منع قانونی، اطلاق مفاد مادهٔ «۱۰» قانون مدنی، چنین بیعی را الزام‌آور میداند، علاوه بر آنکه از مادهٔ «۳۴۱» قانون مدنی که میگوید: «بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیهٔ تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود» صحت بیع معلق را استنباط نمود.

بیع فضولی-

بیع فضولی را قانون مدنی صراحهٔ اجازه داده است و در مادهٔ «۳۵۲» میگوید: «بیع فضولی نافذ نیست مگر بعد از اجازهٔ مالک». بطوری که در معاملات فضولی مذکور است ذکر مادهٔ مزبور در فصل بیع از نظر آنست که فقهاء امامیه معاملهٔ فضولی را در فصل بیع بحث مینمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۲۳

مبحث دوم در طرفین معامله

اشاره

عقد بیع مانند تمام عقود دیگر دو طرف دارد که یکی را بایع و فروشنده و دیگری را مشتری و خریدار گویند. مادهٔ «۳۴۵» قانون مدنی میگوید: «هر یک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد». مادهٔ مزبور دارای دو قسمت است:

قسمت اول- اهلیت قانونی برای معامله

چنانکه در مبحث دوم از فصل دوم در اهلیت طرفین معامله گذشت، طرفین هر معامله باید دارای اهلیت قانونی یعنی عاقل، بالغ و رشید باشند. اهلیت مزبور از حقوق عمومی و در تمامی عقود جاری است.

قسمت دوم- اهلیت تصرف

منظور از مادهٔ بالا از اهلیت تصرف در مبیع آن است که بایع بتواند مبیع را انتقال دهد و از تصرف در آن قانوناً ممنوع نباشد، مانند

مالی که در اثر بازداشت اجرائی یا تأمینی متعلق حق شخص ثالث قرار. گرفته و یا اموال ورشکسته که متعلق حق طلبکاران است. عبارت ماده بالا کافی برای افادهٔ مقصود نیست، زیرا علاوه بر آنکه کلمهٔ اهلیت تصرف، اصطلاح متداول در علم حقوق نیست، موجبی که اموال نامبرده را نمیتوان مورد معامله قرارداد نقصی است که در خود مال میباشد اگر چه منشأ آن مدیونیت صاحب مال است، زیرا مالی میتواند مورد معامله قرار گیرد که مطلق باشد یعنی متعلق حق غیر قرار نگرفته باشد و اموال نامبرده متعلق حق شخص ثالث هستند. بنابراین شرط مزبور از شرایط مورد معامله است، نه از شرایط طرفین معامله، ولی از نظر آنکه چنین مالی طبعاً قابلیت انتقال را دارد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲۴

و در اثر بازداشت نمی‌تواند مبیع قرار گیرد در مبحث طرفین معامله بیان شده است.

بیع نسبت بمال مزبور نافذ نیست و منوط باجازه طلبکاران میباشد.

مادهٔ «۳۴۷» قانون مدنی میگوید: «شخص کور میتواند خریدوفروش نماید مشروط بر اینکه شخصاً بطریقی غیر از معاینه یا بوسیله کسی دیگر و لو خود بایع، جهل او مرتفع شود». معلوم بودن هر چیزی از حیث کمیت و کیفیت بمقتضای طبیعت آنست. کور نمیتواند اوصافی که بوسیلهٔ مشاهده معلوم میشود مانند رنگ و قشنگی طرز ساختمان و گلکاری و امثال آنها را، مستقیماً بوسیله حس خود درک نماید، بنابراین چنانچه کور طرف معامله قرار گیرد بوسیلهٔ دیگری باید رفع جهل از او بشود و مانند مالی است که مشتری ندیده و بذکر اوصاف از طرف بایع یا شخص ثالث خریداری مینماید. مادهٔ مزبور نیز مانند مادهٔ قبل راجع بمورد معامله است، زیرا یکی از شرایط مورد معامله معلوم بودن آن نزد متعاملین است، ولی قانون مدنی آن را در مبحث طرفین معامله ذکر نموده و نظرش آن است که معلوم نبودن مورد معامله، بطریق معمول که مشاهده باشد، در اثر نقصی است که در خلقت متعاملین میباشد نه در مبیع چنانکه در نداشتن مالیت یا فائدهٔ عقلائی و امثال آنست.

مبحث سوم در مبیع

اشاره

عقد بیع چنانکه گذشت یکی از عقود معوض میباشد و دارای دو مورد است که یکی مبیع یا مثمن و دیگری ثمن نامیده میشود. فرق بین ثمن و مبیع مانند فرق بین عوض و معوض، اعتباری است و از الفاظی که متبایعین برای انعقاد بیع بکار میبرند و یا از اوضاع و احوال و قرائن خارجی، میتوان دانست که کدامیک از دو مورد مبیع و یا ثمن است، زیرا هر مالی که بتواند مبیع باشد میتواند ثمن قرار گیرد و از حیث

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲۵

شرائط ماهوی فرقی ندارد، ولی اموالی هستند که میتوانند ثمن قرار گیرند و نمیتوانند مبیع واقع شوند، مانند منفعت عمل و حق. با گردش اقتصادیات اکنون متداول شده است ثمن در بیع پول قرار داده میشود بدین جهت میتوان هر معامله که یکی از عوضین آن پول است و دلیلی موجود نباشد که معامله دیگری است آن را بیع و پول را ثمن دانست.

مالی که میتواند مبیع قرار گیرد-

اشاره

چنانکه از ماده «۳۳۸ و ۳۵۰» ق. م. معلوم میگردد اموال زیر میتوانند مبیع قرار گیرند

۱- عین خارجی-

منظور از عین خارجی، مالی است که در خارج در حین عقد موجود باشد و بتوان به آن اشارهٔ حسیه نمود مانند آن میز، آن کتاب، آن اتومبیل، آن مبلغ پول. ثمره درخت قبل از آنکه ظاهر شود (یعنی برگهای شکوفه بریزد و میوه معلوم گردد) نمیتواند مورد بیع قرار گیرد، زیرا علاوه بر آنکه بیع تملیک عین است، چیزی که در زمان عقد موجود نیست نمیتوان تملیک نمود، معامله مزبور غرری میباشد و معامله غرری باطل است.

۲- کلی-

و آن عبارت از مفهومی است که بر افراد عدیده صدق مینماید و آن افراد در خارج موجود میباشند مانند گندم، جو و امثال آن چنانکه در مورد معامله سلف است.

دین باعتبار تعلقش بذمهٔ مدیون در زمان عقد، قبل از بیع موجود است و از اقسام کلی فی الذمه میباشد و میتواند مبیع قرار گیرد چنانکه کسی یکصد کیلو چائی که از دیگری طلب دارد بفروشد، ولی منفعت مانند منفعت خانه و عمل مانند خیاطی یک دست لباس و حق اگر چه قابل انتقال باشد مانند حق تحجیر و اختصاص نمیتواند مبیع واقع شود، زیرا ماده «۳۵۰» ق. م. که میگوید: «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین بطور کلی از شیئی متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد». در مقام بیان اقسام مبیع میباشد و منفعت و حق را بشمار نیاورده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۲۶

مالی که میتواند ثمن قرار گیرد-

چنانکه از اطلاق کلمهٔ عوض در ماده «۳۳۸» قانون مدنی که میگوید: «بیع عبارت است از تملیک عین بعوض معلوم». فهمیده میشود دائرهٔ اموالی که میتواند ثمن قرار گیرد وسیع‌تر است و طبق مواد «۲۱۴ و ۲۱۵» ق. م. هر مال یا عملی که منفعت عقلائی مشروع داشته باشد میتوان ثمن قرار داد. بنابراین علاوه بر عین خارجی و کلی، منفعت، عمل و حق قابل نقل و انتقال میتواند ثمن قرار گیرد. در حق قابل اسقاط و غیر قابل نقل و انتقال مانند خیار و حق شفعه اشکال است ولی بنظر میرسد که حق مزبور را بتوان در مقابل بیع مال از طرف من علیه الحق، ثمن قرارداد و آن را باو تملیک نمود

شرایط مبیع-

اشاره

مادهٔ «۳۴۸» قانون مدنی میگوید: «بیع چیزی که خریدوفروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلائی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلم باشد».

برای آنکه بیع محقق شود مبیع باید دارای شرایط زیر باشد:

۱- مالیت داشته باشد-

بنابر آنچه در قسمت مورد تعهد گذشت، مبیع باید دارای ارزش معاوضه باشد و الا هرگاه آن ارزش را فاقد باشد مانند هوا، نور آفتاب و امثال آنها نمیتواند مورد بیع قرار گیرد.

۲- خریدوفروش آن قانوناً ممنوع نباشد-

مالی که خریدوفروش آن را قانون کشوری منع نموده در نظر قانون ارزش ندارد اگر چه در خارج از کشور آزادانه فروش برود، زیرا مال مزبور از نظر قانون در حکم چیزی است که مالیت ندارد.
قانون مدنی از کلمهٔ مشروع که در مورد شرائط اساسی صحت معامله در مادهٔ «۲۱۵» (مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد) بیان نموده عدول کرده و در مادهٔ «۳۴۸» کلمه (قانوناً ممنوع است) را استعمال نموده است.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲۷
عدول مزبور تفنن در عبارت نیست زیرا آن دو کلمه در فرهنگ کنونی مترادف نیستند و در مجموعه‌های قوانین و کتب علمی در اصطلاحات تفنن بکار نمیرود. بنظر میرسد نویسندگان قانون مدنی با توجه بکتب فقهاء که فصل بیع را از آن اقتباس کرده، نخواسته‌اند در قانون مدنی ایران تمامی معاملاتی را که شرع منع نموده ممنوع کنند، بدین جهت کلمهٔ نامشروع را استعمال نکرد. و بوسیلهٔ کلمهٔ (قانوناً ممنوع است)
منظور خود را تعبیر نموده‌اند، ولی در موقع تنظیم مواد قسمت تعهدات، چون کتب فقهاء فصل مخصوصی تحت عنوان تعهدات ندارد و متوجه نشده و کلمهٔ نامشروع استعمال شده است. از این تغییر تعبیر بآسانی نمیتوان گذشت و این امر را نادیده گرفت.
یکی از اموالی که قانون مدنی خریدوفروش آن را جز در موارد معینهٔ که در آخر فصل وقف بیان شده منع نموده، وقف است. مادهٔ «۳۴۹» میگوید: «بیع مال وقف صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود بنحوی که بیم سفک دماء رود یا منجر بخرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع بوقف مقرر است» شرح آن در قسمت وقف بیان شده است.

۳- منفعت عقلائی داشته باشد-

بحث در این امر بطور تفصیل در قسمت تعهدات بعمل آمده و امر تازهٔ در بیع نیست.

۴- بایع قدرت بر تسلیم آن داشته باشد-

منظور از قدرت بر تسلیم، علم متبایعین است در حین عقد بر آنکه هر یک میتواند آنچه را تملیک نموده و یا تعهد کرده در موعد مقرر تسلیم بدیگری نماید. چنانچه یکی از متبایعین بآن امر تردید و یا ظن داشته باشد بیع باطل است، زیرا دادن عوض در مقابل مالی که نمی‌داند بدست خواهد آورد غیر عقلائی و غرری میباشد. این است که قانون مدنی در ماده «۳۴۸» میگوید: «. یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلم باشد» در این امر فرقی نمینماید که مبیع کلی باشد یا عین شخصی در صورتی که مبیع عین شخصی باشد تسلیم آن جنبهٔ طریقیت دارد، یعنی وسیلهٔ رسیدن مشتری بملک خود میباشد که
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲۸
در نتیجهٔ بیع مالک شده است، بدین جهت هرگاه مشتری قادر بر تسلم و قبض آن باشد علت غائی که مشتری را وادار بخرید نموده محقق می‌گردد و بدون اذن بایع میتواند آن را تصرف نماید. اما در صورتی که مبیع کلی باشد، قدرت بر تسلیم در حقیقت قدرت بر تملیک مبیع میباشد، زیرا بایع بوسیلهٔ قبض بعض از افراد کلی، آن را بمشتری تملیک مینماید و مشتری نمیتواند بدون اجازهٔ مالک آن را قبض نماید بدین جهت میتوان گفت که قبض جنبهٔ موضوعیت را در تملک مبیع دارا است.
قدرتی که شرط صحت بیع است قدرت زمان تسلیم میباشد و عدم قدرت زمان عقد تأثیری در عقد ندارد، بنابراین اگر طرفین

معامله برای تسلیم مبیع موعدی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است. بدین جهت ماده «۳۷۱» قانون مدنی مقرر میدارد در بیعی که صحت آن منوط باجازه مالك است مانند فضولی، قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است، زیرا در معامله فضولی موعدی که مبیع باید تسلیم مشتری شود پس از انعقاد بیع بطور صحیح است و آن بعد از اجازه و تنفیذ از ناحیه مالك میباشد و قبل از آن هنوز مبیع در ملکیت مالك قبل از عقد میباشد. این است که اگر مالك، بیع را رد نماید کشف میشود که ملکیت بوسیله عقد برای مشتری حاصل نشده است، بنابراین نمیتواند بایع فضولی بدون اجازه مالك، مبیع را بتصرف مشتری بدهد و لو آنکه قدرت بر تسلیم آن را عملا دارا باشد. همچنین است در بیع سلف که قدرت در موعد تسلیم شرط میباشد.

طبق مادهٔ «۳۷۲» قانون مدنی: «اگر بایع نسبت ببعض مبیع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد بیع نسبت ببعض که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت ببعض دیگر باطل است» چنانکه تاجری هزار تن قند از کارخانه آمریکائی خریداری نموده و بوسیله دو کشتی بایران حمل شده است، قبل از رسیدن ببندر یکی از کشتی‌ها در دست ناوکان جنگی افتاده و برده‌اند، تاجر آن دو کشتی قند را بشرکت میفروشد، بیع تاجر بشرکت نسبت بآن قسمتی از قند که مانده صحیح

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲۹

است و نسبت بقسمت دیگر باطل میباشد و طبق مقررات مربوطه بخیار تبعض صفقه:، شرکت میتواند آن مقدار که بیع نسبت بآن صحیح است قبول نموده و ثمن را تقسیط نماید و یا آن را ببایع مسترد داشته و ثمن خود را دریافت دارد و هرگاه نپرداخته نپردازد.

در صورتی که متبایعین در حین عقد، علم بقدرت بایع بر تسلیم مبیع در موعد مقرر داشته‌اند ولی پس از عقد معلوم شود که آنها در اشتباه بوده و در حقیقت بایع قادر نبوده است، سه فرض میتوان نمود:

الف- هرگاه عدم قدرت بر تسلیم مبیع بطور مطلق باشد و احتمال رفع آن داده نشود چنانکه نمایندهٔ کارخانهٔ طبق نمونه مقداری جوراب از محصول کارخانه مزبور را بدیگری بفروشد که پس از دو ماه تحویل مشتری دهد، بعد از عقد معلوم شود که کارخانه قبل از عقد دچار حریق شده است و سوخته است و برای یافتن پارچه تعمیر می‌شود. همچنین است هرگاه مبیع عین شخصی باشد چنانکه کسی طوطی که در قفس در منزل دارد بفروشد و پس از آن معلوم شود که قبل از عقد طوطی پریده بوده است.

ب- در صورتی که عدم قدرت بر تسلیم موقت باشد و احتمال رفع آن داده شود ولی تسلیم مبیع بطور وحدت مطلوب باشد، چنانکه کسی از مغازه شیرینی‌فروشی صد کیلو شیرینی ساخت کارگر مخصوصی را برای جشن عروسی خریداری کند که روز دوم فروردین تحویل مشتری دهد و کارگر مزبور در زمان عقد بیمار بوده و آن بیماری امتداد پیدا کند و نتواند شیرینی را در موقع تهیه نماید. در فرض مزبور منظور خریدار داشتن شیرینی در آن روز است و پس از آن شیرینی نمیخواهد. همچنین است هرگاه مبیع عین شخصی باشد.

نظر باطلاق ماده «۳۴۸» قانون مدنی بیع در دو فرض بالا باطل میباشد، زیرا آنچه مقصود مشتری از انعقاد بیع میباشد غیر قابل انجام است و امری که بمنظور رسیدن بآن مشتری ثمن را میدهد حاصل نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۰

ج- در صورتی که عدم قدرت بر تسلیم بطور موقت است ولی تسلیم مبیع بطور تعدد مطلوب باشد، یعنی دو امر مورد نظر مشتری است: یکی تسلیم مبیع که منظور استقلالی است و دیگری تحقق آن امر در موعد مقرر که هرگاه در آن موعد تسلیم نشود فقط خصوصیت موعد فوت شده و منظور اصلی که تسلیم مبیع است پس از آن موعد برقرار و مشتری آن را میخواهد، چنانکه کسی مقداری مال التجاره میخرد که در ظرف ده روز تحویل داده شود، بعد معلوم میشود بایع نمیتواند در موعد مزبور مبیع را تسلیم کند بیع صحیح است و بایع پس از قدرت آن را تسلیم مشتری خواهد نمود.

مشتری میتواند در صورتی که در اثر تأخیر انجام تعهد، خسارت باو متوجه شده آن را مطالبه کند، زیرا مادهٔ «۳۴۸» قانون مدنی

منصرف از مورد میباشد.

در صورتی که متبایعین در حین عقد میدانستند که بایع در موعد مقرر میتواند مبیع را تسلیم مشتری نماید ولی پس از عقد قدرت از بایع سلب شود دو فرض میتوان نمود:

الف- هرگاه عدم قدرت بتسلیم مبیع برای همیشه باشد یعنی در هیچ زمان بایع نتواند مبیع را تسلیم مشتری کند، مثلا کسی اتومبیل معینی را از کارخانه میخرد که کارخانه آن را در بندر تحویل او دهد. کارخانه بوسیله کشتی آن را میفرستد و دزدان دریائی آن را بسرقت میبرند. چنانکه در تلف مبیع قبل از قبض گفته خواهد شد، تعذر مطلق، در حکم تلف است و عقد منفسخ میشود. این امر در صورتیست که مبیع عین شخصی باشد و الا هرگاه مبیع کلی باشد بنابر مستنبط از ماده «۳۴۸» ق. م. بیع باطل است، مثلا هرگاه کسی یک تن تریاک برای صدور از ایران از کسی بخرد که پس از یک سال تحویل دهد، سپس در اثر قانون منع کشت خشخاش تریاک یافت نشود، بیع مزبور باطل خواهد بود.

ب- هرگاه عدم قدرت بتسلیم مبیع بطور موقت باشد مثلا کسی مالی را (خواه کلی باشد یا عین معین) خریداری نماید که در موعد مقرر تحویل گیرد و در اثر برف

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۱

شدیدی که باریده، راه بسته شده و بایع نتوانسته آن را در موعد مقرر تسلیم مشتری نماید. در صورتی که تسلیم در موعد مقرر بطور وحدت مطلوب باشد، دو فرض میشود:

یکی آنکه مبیع عین معین و خارجی باشد، در این صورت مانند مورد تلف مبیع قبل از قبض بیع منفسخ میشود، و دیگر آنکه مبیع کلی باشد، در این صورت بیع، از نظر فقدان علت باطلست و مادهٔ «۳۴۸» قانون مدنی شامل آن میگردد. در صورتی که تسلیم مبیع در موعد مقرر بطور تعدد مطلوب باشد، یعنی تسلیم مبیع منظور مستقل و تحقق آن در موعد مقر مقصود دیگری است که اگر در آن موعد محقق نشود تعهد باقی و ساقط نمیگردد. فرض مزبور در حقوق امامیه مورد خیار تعذر تسلیم است که بمشتری حق میدهد که بتواند بیع را فسخ و یا انتظار رسیدن قدرت بایع را بر تسلیم بکشد و آن اجتماعی است.

در حقوق مدنی، نامی از خیار مزبور برده نشده است ولی می‌توان آن را از اقسام خیار تخلف شرط فعل دانست و در صورت تعذر طبق ماده «۲۴۰» ق. م. مشتری میتواند بیع را فسخ کند و یا انتظار قدرت بایع را بتسلیم داشته باشد.

۵- معین باشد

در قسمت تعهدات گذشت که مورد معامله باید مردد بین چند امر نباشد و متبایعین باید شیئی واحدی را مورد قصد انشاء قرار دهند، مثلاـ نمیتوان کتاب یا قلم را بطور تردید فروخت، این امر از مادهٔ «۱۹۰» قانون مدنی که در شرائط اساسی برای صحت هر معامله است ثابت میگردد.

۶- مبهم نباشد

اشاره

در فصل بیع مادهٔ مانند مادهٔ «۲۱۶» موجود نیست تا مبهم نبودن مورد را، شرط اساسی برای صحت بیع بداند، ولی با توجه بآنکه شرط مزبور یکی از شرائط اساسی برای صحت هر معامله است و همچنین توجه بمواد دیگر که ذیلا شرح داده میشود مبهم نبودن مورد، شرط اساسی صحت بیع نیز میباشد.

طریق معلوم نمودن مبیع، بسته بطبیعت آن و عرف و عادت محل معامله است.

مادهٔ «۳۴۲» قانون مدنی میگوید: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۲

تعیین مقدار آن بوزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.»

برای شرح ماده بالا لازم است قبلا اقسام مبیع ذکر شود.

اقسام مبیع

اشاره

مادهٔ «۳۵۰» قانون مدنی میگوید: «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین بطور کلی از شیئی متساوی الاجزاء و همچنین ممکنست کلی فی الذمه باشد».

مادهٔ بالا مبیع را دو قسم نموده: الف- عین خارجی و در حکم آن. ب- کلی فی الذمه.

الف- عین خارجی و در حکم آن

اشاره

عین خارجی که آن را عین شخصی و عین معین نیز گویند بچیزی گفته میشود که در خارج موجود و بتوان بآن اشاره حسیه نمود مانند آن خانه و آن دو گونی گندم موجود.

عین خارجی بر دو قسم است: مفروز. و مشاع.

۱- مفروز

عبارت است از چیزی که یک نفر بالانحصار مالک آن باشد، مانند خانه‌ای که منحصراً متعلق بمحمد است و شریکی در آن ندارد و یا یک اطاق معینی از ساختمانی متعلق باو است و در آن اطاق دیگری شرکت ندارد.

۲- مشاع

عبارت است از چیزی که دو نفر یا بیشتر در آن شریک باشند و سهام هر یک را در خارج نتوان تمیز داد، مثلا خانهٔ که بارث بدو پسر میرسد و یا دو نفر با پول مشترک خانهٔ میخرند، هر یک بنسبت سهم خود در خانه شریک است و هر قسمت و ذره که از آن خانه در نظر گرفته شود سهمی از آن بطور اشاعه متعلق بیکی و بقیه متعلق بدیگری است. برای آنکه شیئی مشاع بصورت مفروز درآید باید آن را تقسیم نمود.

تقسیم شیء مشاع از نظر تحلیل حقوقی آن است که هر یک از شرکاء، سهم مشاعی خود را که در قسمت مفروز دیگری واقع شده در مقابل سهم مشاع دیگری که در قسمت مفروز او واقع شده بشریک خود واگذار بنماید. تقسیم مشاع بتراضی شرکاء یا بوسیلهٔ دادگاه بعمل می‌آید.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۳

در حکم عین خارجی

قانون مـدنی کلمهٔ در حکم عین خارجی را در مادهٔ «۴۰۲» (هرگـاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده) استعمال کرده است و منظور از آن مقـدار معین بطور کلی از شـیئی متسـاوی الاـجزاء میباشـد که مـادهٔ «۳۵۰» ق. م. نـام میـبرد و آن را کلی در معیـن نیز میگویند، مثلا انباری دارای صد تن گندم است (گندم از اشـیاء متساوی الاجزاء میباشد. یعنی هر مقداری از آن مانند بقیهٔ آن است) مالک، سه تن از گندمهای موجود در انبار را بطور کلی (بدون آنکه جدا نموده باشد) بدیگری میفروشد. مثال دیگر- تاجری دارای پانصـد توپ پـارچه نخی از یـک جنس و یک نقش از کارخانه شاهی میباشـد، تاجر مزبور یکصـد توپ از آنها را بـدون آنکه قبلا تعیین کرده باشـد میفروشـد. آنچه در دو مثال مورد بیع قرار گرفته مقـدار معین است ولی بطور کلی، یعنی در عقـد معلوم نشـده که کدام سه تن و یا کدام صد توپ فروخته شده است.

سؤالی که پیش می‌آیـد آن است که مقدار معین بطور کلی از شـیئی متساوی الاجزاء با مشاع چه فرقی دارد؟ برای توضـیح امر مثال زیر را انتخاب مینمائیم:

تاجری دارای صـد کاسـهٔ چینی است که تمامی آنها ماننـد یکدیگرنـد. در صورتی که تاجر خمس آنها را بکسـی بفروشـد، مشتری نسـبت به خمس هر یک از تمامی کاسه‌ها با تاجر مشاعاً شریک میباشد و هرگاه یکی از آنها را تاجر بخواهد بشخص ثالث بفروشد اجـازهٔ مالـک خمس لـازم است و بایـد یک خمس از ثمن را پس از فروش باو بدهـد. در صورتی که مقـدار معین بطور کلی مورد معامله قرار گیرد، چنانکه تاجر بیست عـدد از آن کاسه‌ها را بطور کلی بفروشـد در اثر معاملهٔ مزبور مشتری مالک ۲۰ عدد کاسه از آن کاسه‌ها میشود و بایـد بایع آنها را تعیین و تسـلیم مشتری بنمایـد. بنابراین تاجر میتواند از آنها تا هشـتاد کاسهٔ که متعلق باو اسـت قبل از تعیین سـهم مشتری بدون اجازهٔ او بشـخص ثالث واگذار نماید ولی بیست عدد که میماند ملکیت مشتری نسبت بآنها ثابت و مستقر میشود و حق انتقال آنها را ندارد.

یکی از آثار عملی فرق مزبور در مورد تلف مبیع قبل از قبض است. مثلا در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۴

مثال بالا چنانچه قبل از تسـلیم سهم مشتری، مقداری از کاسه‌های نزد تاجر تلف شود، در صورتی که بیع بطور مشاع باشد، هر کاسهٔ که تلف شـده خمس آن مبیع بوده و تلف شـده است. امـا در صورتی که بیع بمقـدار معین بطور کلی باشـد هر چنـد عـدد تا هشـتاد کاسه، که تلف شود، از کاسه‌های ملکی تاجر تلف شـده است و چنانچه بیش از هشـتاد کاسه تلف شود آن زیاده از مبیع تلف شـده است.

فروض مبیعی که در حکم عین خارجی میباشد عبارت است از:

۱- مقـدار تمـامی شـیئی متسـاوی الاـجزاء و همچنین مقـدار خریـداری از آن بطور کلی نیز معلوم است، چنانکه انبار دارای صـد تن گنـدم است و مورد معـامله سه تن از آن میباشـد. بیع مزبور صـحیح است زیرا مقـدار مورد معامله سه تن است و آن معلوم و موجود میباشد.

۲- مقدار تمامی شیئی متساوی الاجزاء معلوم است ولی مقدار مورد معامله معلوم نیست، چنانکه انبار دارای یکصد تن گندم است و متبایعین در معاملهٔ خود مقدار مورد معامله را معلوم نمیکنند و فقط اکتفاء مینمایند که قیمت هر تن را معین کنند مثلا توافق مینمایند که هر مقدار مشتری گندم بخواهد تنی چهار هزار ریال بابایع بدهد، در فرض مزبور چون مقدار مبیع معلوم نیست بیع باطل است.

۳- مقدار تمامی شـیء متساوی الاجزاء معلوم نیست ولی مقدار مورد معامله معلوم است و متبایعین میدانند که مقدار مورد معامله در آن موجود است، چنـانکه طرفین مقـدار گنـدم در انبـار را نمیداننـد و مالک گنـدم مقـدار سه تن را میفروشـد ولی آنها میداننـد که گندمهای انبار بیش از این مقدار است، بیع صحیح میباشد، زیرا مقدار مبیع معلوم است و متبایعین میدانند که مبیع موجود میباشد.

۴- مقدار تمامی شـیء متساوی الاجزاء معلوم نیست و متبایعین مقدار مورد معامله را تعیین مینمایند ولی نمیدانند که آن مقدار را در

بردارد، مثلا مقدار محتوی انبار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۵

معلوم نیست و مالك سه تن میفروشد و متابعین نمیدانند که انبار سه تن گندم دارد، از نظر جهل بوجود مبیع در حین عقد، معامله باطل است. بعضی از حقوقیین امامیه معتقد بصحت معاملهٔ مزبور میباشند و آن مقدار معلومیت را در صحت بیع کافی میدانند. بنابراین در صورتی که مبیع کمتر از مقدار معین درآید مشتری میتواند بمقداری که کسر آمده از ثمن تقسیط نماید و میتواند بیع را بعلت خیار تبعض صفقه فسخ کند.

۵- مقدار تمامی شیئی متساوی الاجزاء معلوم نیست و تمامی آن را مورد معامله قرار میدهند، چنانکه مقدار گندم در انبار معلوم نباشد و مالك تمامی آن را از قرار هر تنی هزار ریال می‌فروشد، از نظر معلوم نبودن مورد معامله بیع باطل است.

ب- کلی فی الذمه

کلی فی الذمه که آن را کلی نیز گویند چنانکه مادهٔ «۳۵۱» قانون مدنی تعریف مینماید چیزیست که صادق بر افراد عدیده باشد، مانند گندم و آهن که هر یک از مفهوم گندم و آهن دارای افراد بسیاری در خارج است که به هریك از آنها گندم و آهن گفته میشود. تاجر میتواند بدون آنکه گندمی داشته باشد، یکصد تن گندم بدیگری بفروشد، پس از انعقاد بیع بایع یکصد تن گندم در ذمه و عهده دارد که باید آن را قبلا تهیه و در موعد مقرر تسلیم مشتری نماید، این است که گفته میشود کلی فی الذمه.

رفع ابهام از هر یک از اقسام مبیع-

اشاره

رفع ابهام هر یك از اقسام مبیع که در بالا بیان گردید بطریق ذیل بعمل می‌آید:

اول- در صورتی که مبیع عین خارجی و یا در حکم آنست باید اوصافی که ملاک مقدار ارزش آن نزد متبایعین است معلوم شود،

اشاره

بنابراین هرگاه مبیع از اموالی باشد که اطلاع بر اوصاف کیفی رفع ابهام از آن مینماید، مشاهدهٔ آن کافی خواهد بود مانند میز، صندلی، تختخواب، ساختمان و امثال آنها. در مورد مزبور میتوان

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۶

بوسیلهٔ بیان اوصاف نیز رفع ابهام از آن نمود و احتیاج بمشاهده نخواهد داشت، مثلا تختخواب را میتوان بدون آنکه مشاهده نمود اوصاف کیفی آن را دانست، چنانکه دیگری بگوید که تختخواب مزبور آهنی، یك نفری، نو، ساخت کارخانه فلان و آب نیکل داده میباشد بدین جهت است که ماده «۳۴۷» قانون مدنی میگوید:

«شخص کور میتواند خریدوفروش نماید مشروط بر اینکه شخصاً بطریقی غیر از معاینه یا بوسیلهٔ کس دیگر و لو خود بایع، جهل او مرتفع شود»

ممکن است بجای بیان اوصاف کیفی مبیع، مقداری از آن جنس را مانند نمونه ارائه داد، مثلا هرگاه کسی میخواهد چندین تختخواب که در انباری در بسته است بخرد، مالك میتواند اوصاف را ذکر ننماید و یکی از آنها را نشان بدهد و بگوید تختخوابهای موجود در انبار مانند این است و شخص مزبور از روی نمونه، عدهٔ معین تختخواب خریداری مینماید، ماده «۳۵۴» قانون مدنی میگوید: «ممکن است بیع از روی نمونه بعمل آید در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود و الا مشتری خیار فسخ

خواهد داشت». مادهٔ مزبور در مورد مبیع عین شخصی است که چنانچه مبیع بر خلاف اوصاف درآید، از نظر خیار تخلف وصف مشتری میتواند بیع را فسخ نماید و الا هرگاه مبیع کلی فی الذمه باشد، تخلف از اوصاف موجب خیار فسخ نمیگردد بلکه بایع ملزم است تختخوابی که دارای اوصاف موجود در نمونه باشد تسلیم مشتری بنماید.

در صورتی که مبیع از اموالی باشد که اطلاع بر اوصاف کیفی نتواند مقدار ارزش را تعیین بنماید، بلکه دانستن اوصاف کمی آن نقش اساسی را بازی مینماید مانند گندم که مشاهده و دانستن اوصاف کیفی از درشتی و رنگ نمیتواند مقدار ارزش آن را معلوم نماید، بلکه مقدار و زن آن که از اوصاف کمی است نیز لازم میباشد.

از این قبیل است آهن، زمین گردو و امثال آنها.

ماده «۳۴۲» قانون مدنی میگوید: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۷

باشد و تعیین مقدار آن بوزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است».

مسائلی چند راجع بمعلوم نبودن مبیع:

۱- در موردی که از مبیع چیزی استثناء میشود،

باید آنچه باقی میماند نزد متبایعین معلوم باشد و الا معامله باطل خواهد بود، زیرا در حقیقت آنچه پس از استثناء باقی میماند مورد معامله است. مثلا هرگاه کسی گونی که دارای یکصد کیلو برنج است، باستثناء یک کیسه که از آن پر نمایند، مورد بیع قرار دهد، آن معامله باطل است، زیرا مقدار محتوی کیسه که از گونی برداشته میشود معلوم نیست، بدین جهت مقدار مورد معامله که باقی‌ماندهٔ در گونی است معلوم نخواهد بود. ولی هرگاه معلوم باشد که کیسه چقدر ظرفیت دارد مثلا فرض شود ده کیلو میگیرد بیع صحیح میباشد، زیرا معلوم است که باقی‌ماندهٔ در گونی نود کیلو میباشد. این است که مادهٔ «۳۶۰» قانون مدنی میگوید: «هر چیزی که فروش آن مستقلًا جائز است استثناء آن از مبیع نیز جایز است» زیرا چیزی که فروش آن مستقلا جائز است باید معلوم باشد (مادهٔ مزبور برای بیان مقصود نارسا میباشد)

۲- میتوان جنسی را با ظرف کشیده و برای وزن ظرف، بمقدار معمول کسر کرد و بقیه را مورد معامله قرار داد،

چنانکه هرگاه کسی یک پیت روغن را که پانزده کیلو وزن دارد، مطابق معمول یک کیلو برای پیت حلبی کسر کند و بقیه که چهارده کیلو است بفروشد، بیع مزبور صحیح میباشد، زیرا پیت خالی اگر چه ممکن است در واقع چند گرم زیادتر یا کمتر از مقدار معمول باشد ولی چون مقدار چند گرم در نظر عرف قابل مسامحه است موجب جهل به مبیع نخواهد گردید.

۳- در صورتی که مبیع بشرط مقدار یا بنابر مقدار معین، مورد معامله قرار گیرد آن معامله صحیح است،

اگر چه بعداً خلاف آن ظاهر شود، این است که مادهٔ «۳۴۳» ق. م میگوید: «اگر مبیع بشرط مقدار معین فروخته شود بیع واقع میشود اگر چه هنوز مبیع

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۸

هنوز شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد» مادهٔ «۳۸۴» قانون مدنی میگوید:

«هرگاه در حال معامله، مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار درآید، مشتری حق دارد که بیع را فسخ

نمایـد (از نظر خیار تخلف شـرط و وصف) و یا قیمت موجود را با تأدیـهٔ حصـهٔ از ثمن به نسبت موجود قبول نمایـد (زیرا در معاملهٔ مزبور ثمن باعتبار مقدار در نظر گرفته شده وصف کمی مزبور جنبهٔ اصلی نیز پیدا نموده است) و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیـاده مـال بـایع است» زیرا زیـاده مورد انتقال قرار نگرفته است. این امر در صورتیست که مبیع قابل تجزیه باشـد ولی هرگاه مبیع از قبیل خانه یا فرش باشـد که تجزیـهٔ آن بـدون ضـرر ممکن نمیشود و بشـرط بودن مقدار معین فروخته شده و در حین تسـلیم کمتر یا بیشتر درآید، طبق مادهٔ «۳۸۵» قانون مدنی در صورت اول مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.

در مادهٔ مزبور دو امر قابل دقت است:

الف- در صورت دوم که مبیع بیشتر از آنچه شـرط شده است در آید علاوه بر آنکه بدسـتور ماده «۳۸۵» ق. م. بایع حق فسخ معامله را دارد، مشتری نیز از نظر خیار تخلف شرط، طبق مادهٔ «۲۳۵» قانون مدنی حق فسخ معامله را خواهد داشت.

مثلاـ هرگاه فرشـی که مورد بیع قرار گرفته و شـرط شـده است که چهـار مـتر در سه مـتر باشـد و اکنون چهـار مـتر در سه متر و نیم درآمـده و قواره اطاق مشتری نمیباشـد، مشتری میتوانـد آن را قبول و یا فسخ کند همچنانکه بایع میتواند بیع را فسخ نماید. عدم ذکر حق فسخ مشتری در مادهٔ «۳۸۵» با توجه بمادهٔ «۲۳۵» دلیل بر نداشـتن حق فسخ نمیباشد، زیرا مشتری از شرط منتفع است و کسی که شرط بنفع او شده میتواند در صورت تخلف فسخ بنماید.

ب- در صورت اول که مبیع کمتر از آنچه شرط شده است در آید فقط مشتری حق فسخ معامله را دارد و نمی‌تواند مانند مورد مادهٔ قبل (اموال قابل تجزیه مثل گندم،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۳۹

جو و امثـال آنهـا) ثمن را تقسـیط نموده زیرا در مورد مـادهٔ قبل مقـدار، جنبـهٔ اسـتقلالی کمی دارد که در مقابل هر واحـدی از آن، مقـداری از ثمن در نظر گرفته شـده است، بخلاـف مال غیر قابل تجزیه که مورد مادهٔ «۳۸۵» است که بـا توجه بغیر قابل تجزیه بودن آن استظهار میشود که کمیت جنبهٔ وصفی بخود گرفته است، اگر چه در تعیین مقدار ثمن، متبایعین توجه بمقدار آن داشته‌اند.

قانون مـدنی در مادهٔ «۳۸۶» میگویـد: «اگر در مورد دو مادهٔ قبل معامله فسـخ شود بایع بایـد علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعـارف را که مشـتری نموده است بدهـد». زیرا بـایع که مالـک مـبیع میباشـد بایـد از وضـعیت مـال خود آگـاه باشـد و چون آن را نمیدانسـته و یا میدانسـته و بر خلاف حقیقت اظهار داشـته سبب تضرر مشتری شده است و مسبب، مسئول کلیهٔ خساراتی است که از عمل او متوجه میگردد.

مورد مادهٔ «۳۸۵» قانون مـدنی ماننـد مورد مادهٔ «۳۵۵» است که مبیع قابـل تجزیه نمیباشـد و بیـان کمیت، جنبـهٔ وصـفی محض بخود گرفته است.

مادهٔ «۳۵۵» قانون مـدنی میگوید: «اگر ملکی بشـرط داشـتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسـخ معامله را خواهـد داشت (زیرا خیار تخلف شـرط برای مشتری پیـدا میشود) و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع میتواند آن را فسخ کند (زیرا خیار تخلف شـرط برای بایع پیدا میشود) مگر اینکه در هر صورت طرفین بمحاسـبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند».

چون فسخ حق طرفین معامله است و با تراضی بنحوی از انحاء از حق خود گذشته‌اند.

دوم- در صورتی که مبیع کلی است باید تمامی اوصاف کمی و کیفی که در ارزش آن تأثیر دارد نزد متبایعین معلوم باشد.

آن اوصاف عبارت است از مقدار، جنس و وصف، مثلا هرگاه کسی از دیگری چیزی میخرد باید بداند چه جنس (مثلا برنج)

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۴۰

دارای کدام وصف (دم سیاه) و چه مقدار (یکصد کیلو) مورد معامله است.

اوصاف سه گانهٔ بالاـ در مبیع، عموماً بوسیلهٔ بیان آن اوصاف در ضمن عقد معلوم میشود. بدین جهت مادهٔ «۳۵۱» قانون مدنی میگوید، «در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر بشود» در بعضی موارد با ارائه دادن نمونه، از ذکر جنس و وصف بی‌نیاز میشود ولی مقدار آن باید تصریح شود چنانکه رزازی برنجی را در پاکتی بدیگری ارائه میدهد و یکصد کیلو از آن برنج را باو میفروشد. در معاملات مهم اغلب نمونه را طرفین لاك و مهر کرده در محلی امانت میگذارند تا در موقع تحویل مبیع، آن را معیار قرار دهند و آنچه تسلیم میشود با نمونه تطبیق گردد.

تعیین مقدار مبیع چنانکه مادهٔ «۳۴۲» قانون مدنی میگوید بوسیلهٔ وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده، تابع عرف بلد است.

کیل یا پیمانه، ظرفی است که گنجایش مقدار وزن معین را دارد و اغلب برای تعیین وزن مایعات و یا حبوبات و امثال آن بکار میرود، مثلا معمول است بجای آنکه شیر را وزن نمایند، با پیمانهٔ که مقدار وزن معینی شیر میگیرد، مقدار آن را تعیین می‌نمایند.

منظور ماده بالا از بلد محلی است که معامله در آن محل انجام میگیرد. موجب آنکه عرف بلد ملاك رفع ابهام قرار گرفته، آنست که در قسمتهائی مختلف کشور ایران سنگهای مختلفی موجود است که دارای یك نام با وزنهای متفاوت میباشد، مثلا من در تبریز دارای مقدار وزن مخصوصی است و در تهران دارای وزن دیگر و همچنین مقدار یك جنس را در بعضی از قسمتهای ایران بوزن و در بعضی دیگر بعدد و گاهی هم بمشاهدهٔ تعیین مینمایند، مثلا خیار، پرتقال و بادمجان را در تهران بعدد و در بعضی نقاط شمال ایران بوزن و گاهی نزد تولید کنندگان بمشاهده میفروشند.

برای آنکه نزد متعاملین رفع ابهام از مقدار مبیع بشود باید بطریقی که معمول

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۴۱

و متداول نزد آنها است مقدار تعیین گردد و الا رفع ابهام از مبیع نمیشود. مثلا هرگاه کسی از شهری که معمولش آنست که جنس معینی را بعدد معامله مینمایند، بشهر دیگری برود که اگر آن جنس را بوزن میفروشند، شخص مزبور در موقع خرید آن جنس را نزد خود به عدد محاسبه مینماید، زیرا آشنا بمقدار وزن آن جنس نیست و همچنین اگر کسی که اهل تهران است بخواهد معامله بوزن نماید به کیلو یا من که متداول و آشنا بآن است معامله مینماید، بنابراین اگر به کین ژاپنی مقدار مبیع تعیین گردد و یکی از متبایعین آشنا بآن نباشد، مانند آن است که کلوخه‌ای را انتخاب و معیار وزن قرار دهند و هرگاه آشنا بوزن کین ژاپنی باشد و یا آنکه بداند هر کین ژاپنی (۶. ۰) کیلو است مقدار مورد معامله برای او معلوم میگردد، این است که مادهٔ «۳۴۲» قانون مدنی تعیین مقدار مبیع را بوسیلهٔ وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد دانسته است.

بنابر آنچه گذشت در صورتی بیع صحیح میباشد که متعاملین آشنائی بمقدار مبیع داشته باشند و الا هرگاه آشنائی بآن نداشته باشند چنانکه هرگاه کسی از مقدار یارد در انگلستان بی‌اطلاع باشد و پارچه را بیاورد بخرد، معامله از حیث معلوم نبودن مبیع باطل است و لو آنکه یارد عرف محل معامله است و بالعکس هرگاه کسی آشنائی بیارد داشته باشد و در تهران معامله بیارد نماید آن معامله صحیح است اگر چه عرف محل متر میباشد.

۷– مبیع باید موجود باشد–

در صورتی که مبیع عین خارجی یا در حکم آن است باید در حین عقد موجود باشد. مثلا هرگاه کسی اسبی را بفروشد باید آن است در زمان انعقاد عقد بیع موجود باشد و الا هرگاه پس از عقد کشف شود که قبل از آن گرگان آن را دریده‌اند بیع باطل است، زیرا معامله یکی از ارکان اساسی را فاقد بوده است. بدین جهت است که مادهٔ «۳۶۱» قانون مدنی میگوید: «اگر در بیع عین معین

معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است».

۸– جهت بیع باید مشروع باشد–

طبق مادهٔ «۲۱۷» قانون مدنی در تعهدات،

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۴۲

هرگاه جهت بیع در عقد تصریح شود بایـد مشروع باشد و الا بیع باطل است. مادهٔ مزبور اگر چه در مورد بیع نیست ولی از شرائط اساسی کلیهٔ معاملات میباشد و بیع یکی از آنها است. بنابراین هرگاه در فروش تصریح کند که قرص لومینال را میفروشم تا خودت را بکشی یا آنکه مشتری تصریح نماید که آن را میخورد تا انتحار نماید بیع باطل خواهد بود.

هرگاه مبیع یا ثمن یکی از شرائط مذکور در بالا را فاقد باشد بیع باطل است و طبق مادهٔ «۳۶۵» قانون مدنی بیع فاسد اثری در تملک نـدارد و ماننـد آن است که عقـد موجود نشـده. بنابراین هرگاه کسـی به بیع فاسـد مالی را قبض کنـد (ثمن باشد یا مبیع) باید آن را بصاحبش رد کند و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود (مادهٔ «۳۶۶».

توابع مبیع–

طبق مادهٔ «۳۵۶» قانون مدنی: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در مبیع و متعلق بمشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند» و بالعکس طبق مادهٔ «۳۵۷» قانون مدنی: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمیشود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد».

الفـاظ از مخترعـات افکـار اجتمـاع است که افراد جامعه بمنظور تفهیم بیکـدیگر برای چیزهای محسوسـی که در محیط آنها موجود میباشـد و یا تصور مینماینـد وضع و اسـتعمال میکننـد. این است که قانون، تشـخیص معنی و حـدود الفاظ و کلماتی که در معاملات بکار میرود بعهدهٔ عرف برگزار نموده است. بدین جهت در صورتی که طرفین معامله، مبیع را بوسیلهٔ لفظ تعیین نمایند و سپس بین آنـان در مفهوم آن اختلاـف شود، بایـد مفهوم آن را در اذهـان افراد یـافت بـدین معنی که هرگـاه عرف خاصـی موجود است مانند عرف تجاری، کشاورزی و امثال آن، عرف مزبور ملاک تشخیص خواهد بود، و

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۴۳

هرگاه در عرف خاص آن لفظ مفهوم مخصوصـی نـدارد عرف عام و آنچه عموم افراد از آن میفهمنـد مبیع است. این امر اختصاص بمفهوم الفاظ معاملات ندارد بلکه ملاک تشـخیص حدود مفاهیم تمامی الفاظ، عرف است. ماده «۳۵۸» قانون مدنی اموری را مانند مثال متذکر شده و حدود مفاهیم عرفی الفاظی را بیان مینماید و میگوید: «نظر بدو ماده فوق در بیع باغ، اشـجار و در بیع خانه، ممر و مجری و هر چه ملصـق به بنـا باشـد بطـوری که نتوان آن را بـدون خرابی نقـل نمود متعلق بمشـتری میشود و برعکس زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمـل در بیع حیوان متعلق بمشـتری نمیشود مگر اینکه تصـریح شـده باشـد یـا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال طرفین عقد میتوانند بعکس ترتیب فوق تراضی کنند».

ممکن است حـدود مفهوم بعضـی الفـاظ در نقاط مختلف متفاوت باشـد، مثلا ماده «۳۵۸» قانون مـدنی میگویـد: حمل در بیع حیوان متعلق بمشتری نمیشود و حـال آنکه در عرف قسـمتی از ایران، حمـل را داخـل در مبیع میداننـد، در این صورت هرگـاه بین متعاملین اختلاـف شود عرف محل انعقاد عقـد ملاک تشـخیص خواهـد بود، زیرا ظاهر آنست که متعاملین بعرف محل، الفاظ را ادا نمودهاند مگر آنکه خلاـف آن ثابت شود. مثلا در صورتی که طرفین معامله اهل یک شـهر هسـتند و با یکـدیگر مسافرت مینماینـد و از محل

دیگر که عرف مخصوصی دارد میگذرند و اتفاقاً در آن محل معاملهٔ بین آنان منعقد میشود، ظاهر آن است که بعرف اهل شهر خود الفاظ را استعمال نموده‌اند نه بعرف محل انعقاد عقد، زیرا آنان بالفاظ مستعمله در عرف محل خود بیشتر مأنوس میباشند.

بعضی الفاظ هستند که حدود مفهوم آنها در عرف یک شهر قطعی نیست و حدود آن را عدهٔ وسیعتر و عدهٔ دیگر ضیق‌تر تعیین مینمایند و در اثر این امر در داخل بودن بعضی چیزها در مبیع بین متبایعین اختلاف حاصل میشود. قانون مدنی طریق حل آن را از نظر دور نداشته و در ماده «۳۵۹» میگوید: «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۴۴

مشکوک باشد آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شده باشد».

چون برای حل اختلاف، در مفهوم این گونه الفاظ نمیتوان از عرف کمک خواست، قانون مدنی در ماده بالا از اصول حقوقی که بر پایه قواعد عقلی استوار است استعانت جسته و آن اصل عدم و استصحاب است. اصل عدم چنانکه از نام آن معلوم است حکم بحادث نشدن چیزی است که در پیدایش آن تردید میشود، زیرا هر زمان در پیدایش امری تردید شود، عقل آن را غیر حادث محسوب میدارد و وضعیت سابق را باقی و استصحاب میکند. مبنای اختلاف متبایعین در دخول و عدم دخول شیئی در بیع، آن است که شیئی مزبور از بایع بمشتری منتقل شده یا منتقل نشده و بملکیت بایع باقی است.

طبق اصل حقوقی انتقال را غیر حاصل باید دانست و مالکیت بایع نسبت بآن مادام که قطع بانتقال حاصل نشده استصحاب میگردد. نتیجه این امر آن خواهد بود که آنچه مورد تردید قرار گرفته داخل در بیع نباشد.

مبحث چهارم در آثار بیع

اشاره

ماده «۳۶۲»: آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است.

۱- بمجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن میشود.

۲- عقد بیع، بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار میدهد.

۳- عقد بیع، بایع را بتسلیم مبیع ملزم مینماید.

۴- عقد بیع، مشتری را بتأدیهٔ ثمن ملزم میکند».

فقرهٔ اول در ملکیت مبیع و ثمن

اشاره

بیع عقدی است تملیکی و در صورتی که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد بنفس عقد بملکیت مشتری داخل میشود، اگر چه هنوز مبیع تسلیم مشتری و ثمن به

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۴۵

قبض بایع داده نشده باشد. همچنین است در صورتی که ثمن عین خارجی و یا در حکم آن باشد. این امر را قانون مدنی در مادهٔ «۳۳۸» که میگوید: «بیع عبارت است از تملیک عین بعوض معلوم» بیان مینماید. چون ممکن بود توهم شود که وجود خیار فسخ و یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیهٔ ثمن، مانع از تملیک مبیع بوسیلهٔ عقد میگردد، در مادهٔ «۳۶۳» قانون مدنی تصریح شده است که: «وجود خیار فسخ برای متبایعین و یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیهٔ ثمن مانع انتقال نمیباشد ...»

ماده بالا دو امر را متذکر شده است:

۱- وجود خیار فسخ-

تصریح ماده بآنکه وجود خیار فسخ در عقد بیع مانع از انتقال مبیع بمشتری نمیگردد از نظر آن است که وجود خیار در بیع موجب تزلزل عقد میگردد و مادام که خیار ساقط نشده بیع مستقر نمیشود، لذا ممکن بود توهم رود که در بیع مطلق، ملکیت از زمان عقد حاصل میشود، و در بیعی که خیار فسخ در آن موجود است پس از سقوط خیار، ملکیت حاصل میگردد، بدین جهت در قسمت اول ماده «۳۶۴» قانون مدنی بلافاصله میگوید: «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار».
تصریح ماده بالاـ بملکیت مشتری از زمان عقد در بیع خیاری، با آنکه در ماده قبل آن را بعبارت دیگر بیان نموده بود، از نظر آن است که استاد حقوقیین شیعه شیخ طوسی بر آن است که در بیع خیاری ملکیت از زمان انقضاء خیار حاصل میشود، ولی قول مشهور که قانون مدنی پیروی از آن نموده ملکیت را در مورد بیع خیاری مانند بیع مطلق نیز از زمان عقد میداند، زیرا وجود خیار در عقد، منافات با تملیکی بودن آن ندارد اگر چه ملکیت منتقل الیه مادام که خیار ساقط نشده متزلزل است و کسی که خیار فسخ دارد میتواند عقد را برهم زند و از ادامهٔ آثار آن جلوگیری کند.

۲- وجود اجل برای تسلیم مبیع یا تأدیهٔ ثمن

اشاره

تسلیم مبیع از طرف بایع و تأدیهٔ ثمن از طرف مشتری، از الزاماتی میباشد که در اثر عقد برای بایع و مشتری
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۴۶
حاصل میشود و هر یک ملزم است، بلافاصله پس از عقد آنچه را که مورد عقد قرار داده بطرف خود تسلیم نماید، ولی متعاملین میتوانند قرار گذارند که تعهد خود را پس از انقضاء مدت معینی انجام دهند. در صورتی که مورد بیع عین خارجی، و برای تسلیم یا تأدیهٔ آن اجل معین شده باشد، ممکن است انتفاع ناقل از آن مال در مدت مزبور مجانی باشد یا در مقابل عوض. هرگاه این امر در عقد مسکوت گذارده شود چون ناقل، از عین متعلق بدیگری استیفاء منفعت نموده است، عهده‌دار اجرت المثل آن میباشد، مگر آنکه گفته شود ظاهر امر چنانکه عرف کنونی بر آنست انتفاع ناقل از آن مال مجانی است و طرفین با لحاظ آن بیع را منعقد ساخته‌اند. مثلا کسی که باغ را بدیگری در اول فروردین ماه فروخته است و میخواهد در تابستان در آن بماند تا خانه برای خود تهیه نماید، در عقد بیع با مشتری قرار میدهد که باغ را در آخر شهریور ماه باو تحویل دهد. همچنین خریداری که اتومبیل خود را ثمن معامله قرار میدهد، برای آن که میخواهد ایام عید را در شمیران تفریح نماید با بایع قرار میگذارد که اتومبیل را پس از سیزده عید ببایع تسلیم کند. در دو مثال بالا ملکیت مستقر هر یک از بایع و مشتری نسبت بمورد معامله، بوسیلهٔ عقد حاصل شده است و برای انجام تعهد و تسلیم مورد معامله اجل معین ننموده‌اند و این امر هیچگونه تأثیری در مالکیت متبایعین از زمان عقد نمینماید.
قانون مدنی در ذیل مادهٔ «۳۶۳» فرضی را که متفرع بر تملیکی بودن عقد بیع است بطور مثال بیان مینماید، و آن اینست که: «هرگاه ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم آن احد متعاملین مفلس شود طرف دیگر حق مطالبهٔ آن عین را خواهد داشت». مثلا هرگاه کسی باغ خود را بدیگری بفروشد و بعداً مفلس یا ورشکسته شود و هنوز مبیع را تسلیم مشتری ننموده باشد، مشتری میتواند باغ مورد انتقال را از بایع مفلس بخواهد، زیرا بوسیلهٔ عقد، باغ بمشتری منتقل شده است و عدم تسلیم آن تأثیری در ملکیت مشتری نخواهد داشت، بدین جهت باغ در ردیف اموال بایع،
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۴۷

متعلق حق بستانکاران او قرار نمیگیرد. همچنین است هرگاه مشتری که اتومبیل خود را بعنوان ثمن بدیگری منتقل نموده قبل از قبض دادن آن ببایع مفلس و یا ورشکسته شود، بایع میتواند آن را از مشتری بخواهد و اتومبیل در ردیف اموال او متعلق حق طلبکاران نمیگردد.

بیع صرف–

قاعدهٔ تملیکی بودن عقد بیع در مورد بیع صرف جاری نمیشود قانون مدنی در ذیل مادهٔ «۳۶۴» میگوید: «... در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع». قانون مدنی جز در ماده مزبور نامی از بیع صرف نبرده است.

صرف در لغت بمعنی صوت (صدا) میباشد و در اصطلاح حقوقیین امامیه، بیع صرف، بیع هر یک از طلا و نقره بیکدیگر است، خواه مسکوک باشد و یا غیر مسکوک مانند شمش و آلات زینت و امثال آن. بنابراین بیع طلا بنقره و یا بطلا و همچنین بیع نقره بطلا و یا بنقره بیع صرف میباشد. حقوق امامیه در معنی اصطلاحی خود از معنی لغوی دور نیفتاده و از نظر آنکه در قبض و اقباض طلا یا نقره صدای آن عموماً شنیده میشود، بیع آن را بیع صرف نامیده است.

در حقوق امامیه علاوه بر شرائط اساسی صحت معامله که در بیع صرف باید رعایت شود، تقابض هر یک از مبیع و ثمن است که باید در مجلس عقد بعمل آید. قبض در بیع صرف مانند قبض در حق انتفاع و وقف شرط صحت عقد میباشد، و انتقال از آن زمان تحقق پیدا مینماید. در این امر فرقی ندارد که هر یک از مبیع و ثمن عین خارجی باشد یا کلی فی الذمه، بنابراین نمیتوان در بیع صرف برای تسلیم مبیع یا تأدیهٔ ثمن اجل قرار داد.

هر یک از بایع و مشتری میتواند بطرف دیگر وکالت دهد که مبیع یا ثمن را قبض نماید اگر چه کلی فی الذمه باشد. مثلا هرگاه کسی از دیگری یک پهلوی طلا بستانکار باشد و طلبکار در مقابل آن پهلوی طلا، سه اشرفی از او بخرد، خریدار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۴۸

میتواند بفروشنده وکالت دهد که آن اشرافی‌ها را از طرف او در ذمهٔ خود قبض نماید، این امر تقابض محسوب میشود و بیع صحیح است، زیرا پهلوی طلا که بر ذمهٔ بایع بوده قبض شده شناخته میشود، و احتیاج بقبض جدید ندارد، و اشرفیها هم که در ذمهٔ بایع است او از طرف مشتری وکالهٔ قبض اعتباری مینماید.

هرگاه در بعض از مبیع تقابض حاصل شود، بیع نسبت بهمان بعض صحیح خواهد بود و نسبت ببقیه باطل میباشد، زیرا عقد واحد باعتبار مورد بعقود متعدده منحل میگردد و هر یک باعتبار حکم جداگانه را میتواند دارا باشد.

بیع دیگری که در قانون امامیه قبض شرط صحت آن است، بیع سلم یا سلف میباشد که قانون مدنی نامی از آن نبرده است (در فقرهٔ دوم در تسلیم مبیع مراجعه شود).

آنچه در تملیکی بودن عقد بیع بیان گردید، در صورتی است که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد و در صورتی که مبیع کلی باشد ملکیت از زمان تسلیم آن بمشتری حاصل میشود، مثلا کسی کسی که یکصد تن گندم کلی بدیگری میفروشد که پس از سه ماه تحویل مشتری دهد، بوسیلهٔ عقد بیع تعهد مینماید که مقدار یکصد تن گندم بخریدار تملیک کند، بنابراین در نتیجهٔ عقد مزبور بایع مدیون و مشتری بستانکار میشود.

در اصطلاح حقوقیین امامیه گفته میشود که مشتری در اثر عقد بیع (بیع کلی) مالک ما فی الذمه بایع نسبت بیکصد تن گندم شده است، یعنی مشتری مالک چیزی شده که در ذمه و عهدهٔ بایع است. مالکیت در مورد مزبور در معنی عام خود که سلطه و استیلاء میباشد استعمال شده است (در قسمت تعهدات مراجعه شود).

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۴۹

فقرهٔ دوم در تسلیم مبیع

اشاره

مادهٔ «۳۶۷» قانون مدنی: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع بتصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع».

تسلیم عملی است قائم بدو شخص که باعتبار دهنده تسلیم و باعتبار گیرنده بقبض و یا تسلم نامند.

منظور مادهٔ بالا- از عبارت (دادن مبیع بتصرف مشتری بنحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد) گذاردن مبیع تحت اختیار مشتری است، بنحوی که هیچ‌گونه مزاحمت و ممانعتی از طرف بایع و یا دیگری برای انحاء تصرفات و انتفاعات مشتری در مبیع نباشد، تا او بتواند هر زمان بخواهد از آن منتفع شود، بنابراین مبیعی که تصرف غاصبانه دیگری است نمیتوان تسلیم مشتری نمود.

منظور مادهٔ بالا از استیلاء مشتری بر مبیع سلطهٔ معنوی مشتری بر مبیع میباشد که هر زمان بخواهد بتواند عملا در آن تصرف نماید و از آن منتفع شود، نه تصرف مادی و فعلی است. این است که قانون مدنی بلافاصله در مادهٔ «۳۶۸» میگوید: «تسلیم وقتی حاصل میشود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگر چه مشتری آن را هنوز عملا تصرف نکرده باشد». بنابراین حمالی که برای را از تجارتخانهٔ بایع بدر مغازهٔ مشتری میبرد و با توجه صاحب مغازه آن را بزمین میگذارد تسلیم بعمل آمده است.

تأدیهٔ ثمن ببایع مانند تسلیم مبیع است و از این جهت هیچ‌گونه فرقی ندارد.

تسلیم مبیع و همچنین تأدیه ثمن، انجام تعهدیست که بایع و مشتری در ضمن عقد بیع نموده‌اند، باین معنی در بیعی که مبیع و ثمن عین خارجی یا در حکم آن میباشد متبایعین علاوه بر آنکه آن را بیکدیگر تملیک مینمایند، ضمناً تعهد میکنند که آنچه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵۰

تملیک شده است بمنتقل الیه آن تسلیم نمایند. از نظر تحلیل حقوقی عقد بیع عبارت از تملیک مورد و تعهد بتسلیم آن است، بنابراین التزام بتسلیم مبیع و تأدیهٔ ثمن ناشی از امانت مالکانه و یا امانت قانونی مبیع و ثمن نمیباشد تا هر یک از متبایعین پس از انتقال چون متصرف مال غیر میباشد و نزد او امانت است باید آن را بتصرف مالکش بدهد.

این است که شق سه و چهار مادهٔ «۳۶۲» قانون مدنی میگوید: «عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع و مشتری را بتأدیهٔ ثمن ملزم مینماید».

در صورتی که مبیع کلی باشد، عقد بیع عبارت است از تعهد بتملیک مقدار معینی از افراد کلی که مورد بیع قرار گرفته است، بنابراین تسلیم مبیع کلی، تملیک مقدار معین از افراد کلی بمشتری خواهد بود. ثمن کلی در این امر مانند مبیع کلی است.

تسلیم مبیع و تأدیهٔ ثمن در صورتی که عین خارجی باشد هیچ‌گونه جنبهٔ استقلالی نداشته و صرفاً جنبهٔ طریقیت دارد و برای بدست آوردن چیزیست که به هریک از متعاملین بوسیلهٔ دیگری منتقل گردیده، بنابراین بدستور مادهٔ «۳۷۳»: «اگر مبیع (خارجی) قبلا در تصرف مشتری بوده باشد محتاج بقبض جدید نیست» زیرا آنچه مقصود از قبض بوده حاصل است و طبق مادهٔ «۳۷۴» قانون مدنی در صورتی که مبیع در تصرف مشتری نباشد در حصول قبض آن، اذن بایع شرط نیست و مشتری میتواند مبیع را بدون اذن قبض کند اگر چه مشتری را نیز منع نماید، زیرا مبیع پس از عقد ملک مشتری است و تصرف مالک در ملک خود احتیاج باجازهٔ غیر ندارد.

در صورتی که مبیع در حکم عین خارجی یعنی مقدار معین بطور کلی از شیئی متساوی الاجزاء باشد، هرگاه انتخاب و تعیین آن از بین افراد عدیده با مشتری است او میتواند بدون اجازهٔ بایع آن را انتخاب و تصرف نماید، ولی هرگاه انتخاب و تعیین آن از بین افراد عدیده با بایع باشد، چون مبیع از طرف او انتخاب نشده است مشتری نمیتواند بدون اجازهٔ بایع آن را انتخاب کند، زیرا این امر

ایجاب مینماید که مشتری

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵۱

در مال بایع بدون اجازهٔ او تصرف کند. هرگاه بایع مزبور افرادی را از شیئی متساوی الاجزاء مجدداً واگذار بغیر نماید و یا تلف کند و باقی مانده بمقدار سهم مشتری باشد آن مقدار ملک منحصر مشتری محسوب است و او میتواند بدون اجازهٔ بایع در آن تصرف کند.

در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد، تسلیم افراد آن بمشتری که باراده بایع انجام میگیرد عمل قضائی مستقلی است. بنابراین چنانچه از جنس مبیع در ملک بایع موجود باشد، مشتری نمیتواند بدون اجازه مالک در آن تصرف نماید، زیرا آنچه در خارج موجود میباشد ملک بایع است و او باید بمقدار معین که در عقد مقرر شده از آن مال یا غیر آن، بوسیلهٔ قبض بمشتری تملیک نماید. مثلا هرگاه بایع دو خروار گندم بکسی فروخته است مشتری نمیتواند بانبار گندم بایع رفته و بدون اجازهٔ او دو خروار گندم از آن بردارد. همچنین هرگاه قبل از عقد از جنس مبیع نزد مشتری ودیعه باشد، مشتری نمیتواند بمقدار مبیع از آن تملک نماید مگر آنکه بایع باو اجازه دهد.

در صورتی که مشتری از جنس مبیع کلی که خریداری نموده قبلا ببایع مدیون باشد، در صورت جمع بودن شرط زمان و مکان تا اندازهٔ که با هم معادله نمایند بدستور مادهٔ «۲۹۵» قانون مدنی بطور تهاتر دو دین بر طرف شده و احتیاج بتملیک که تسلیم مبیع است پیدا نمیشود، مثلا هرگاه مشتری مقدار صد تن گندم ببایع خود بدهکار باشد و از او پنجاه تن گندم بخرد، بمقدار پنجاه تن تهاتر حاصل میشود و ذمه بایع از پنجاه تن گندم ساقط میگردد.

ماده «۳۶۹» قانون مدنی: «تسلیم باختلاف مبیع بکیفیات مختلفه است و باید بنحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند». چنانکه تسلیم مال منقول مانند کتاب و جواهر، دادن بدست مشتری یا گذاردن نزد او است که بتواند آن را بردارد و تسلیم غیر منقول مانند خانه و باغ، رفع ید از آن و دادن کلید بمشتری است و هرگاه در اجاره غیر باشد معرفی مشتری بسمت مالک بمستأجر میباشد. در صورتی که مبیع اراضی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵۲

یا مزرعه است رفع ید از آن و اعلام بمشتری تسلیم محسوب میشود. در این امر فرقی نمینماید که آن اراضی و یا مزرعه مفروز باشد یا مشاع.

لزوم تسلیم مبیع شامل آن چیزی میباشد که لفظ بیع عرفاً بر آن صدق مینماید و یا قرائن و اوضاع و احوال آن را داخل در مبیع میداند، زیرا تعهد بتسلیم مبیع، شامل اجزاء و توابع آن نیز میشود این است که مادهٔ «۳۸۳» قانون مدنی میگوید: «تسلیم باید شامل آن چیزی هم باشد که از اجزاء و توابع مبیع شمرده میشود».

موعد تسلیم-

بدستور ذیل ماده «۳۴۱» قانون مدنی، متبایعین میتوانند برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار دهند، زیرا هر کس میتواند در اموال خود آزادانه تصرف نماید و هرگونه که نفع خود را تشخیص دهد عمل کند. تأخیر تسلیم ثمن یا مبیع امری عقلائی و مورد عمل جامعه و منطق حقوقی میباشد. در صورتی که در عقد برای تسلیم مبیع یا تأدیهٔ ثمن موعدی معین نشده باشد مبیع و ثمن حال محسوب است و باید بلافاصله آن را تسلیم و تأدیه نمایند مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل، یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجاری، موعدی معهود باشد اگر چه در قرار داد بیع این امر ذکر نشده باشد (ماده ۳۴۴ قانون مدنی) زیرا اطلاق بیع بدون تعیین موعد اقتضاء مینماید که فوراً مبیع تسلیم مشتری و ثمن ببایع تأدیه شود، خواه عین خارجی

یا در حکم آن و یا کلی فی الذمه باشد.
بنابراین در صورتی که در عقد بیع تسلیم فوری مبیع یا ثمن شرط شود، تأکیدی بیش نیست و متبایعین شرطی را قید نموده‌اند که اطلاق عقد اقتضاء آن را مینماید.

اقسام بیع باعتبار موعد تسلیم مبیع و ثمن-

اشاره

چنانکه فقهاء در کتب خود بیان مینماید، بیع باعتبار موعد تسلیم مبیع و تأدیه ثمن بر چهار قسم است:

۱- بیع نقد-

و آن عبارت از بیعی است که موعدی برای تسلیم مبیع و تأدیه ثمن در عقد قرار داده نشده باشد. فرقی نمینماید که مبیع و ثمن عین خارجی باشد مانند بیع خانه باتومبیل، و یا هر دو کلی باشد مانند فروش سه تن گندم بیک تن قند
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۵۳
یا مختلف یعنی یکی از مبیع و ثمن کلی و دیگری عین خارجی باشد.
چنین بیعی را نقد گفته‌اند باعتبار آنکه ثمن آن باید نقداً پرداخت گردد اگر چه کلی فی الذمه باشد.

۲- بیع سلف یا سلم-

و آن عبارت از بیعی است که مبیع آن کلی و در ذمه است و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر شده باشد. در بیع مزبور ثمن میتواند عین خارجی و یا کلی باشد ولی باید در مجلس عقد ببایع تأدیه گردد.
در بیع سلف قبض ثمن، شرط صحت عقد میباشد و هرگاه مجلس عقد بهم بخورد و ثمن تأدیه نشده باشد آن بیع باطل است. در صورتی که قسمتی از ثمن تأدیه گردد بیع نسبت بآن قسمت صحیح و نسبت ببقیه باطل میباشد، لازم نیست که قبض ثمن عملا محقق شود بلکه قبض اعتباری نیز کافی است، چنانکه هرگاه کسی از بدهکار خود ده تن گندم بخرد بده هزار ریال که پس از سه ماه باو تسلیم شود، در صورتی که مشتری نیز از جنس ریال از بایع طلب کار بوده (مثلا ده هزار ریال) بین ثمن گندم و طلب مشتری در صورت جمع بودن شرایط دیگر، تهاتر قهری حاصل میشود و قبض اعتباری ثمن محقق میگردد. در صورتی که مشتری از غیر جنس ریال از بایع طلبکار باشد (مثلا دوازده تن جو) زمانی قبض اعتباری حاصل میگردد که طرفین با یکدیگر در مجلس عقد ثمن را از بابت جو احتساب نمایند.
بعضی از فقهاء گفته‌اند در صورتی که در بیع سلف، مبیع در مقابل طلبی که مشتری از بایع دارد قرار داده شود، آن بیع باطل است، زیرا معامله مزبور بیع دین بدین خواهد بود، چنانکه کسی ده تن گندم ببیع سلف در مقابل ده هزار ریال طلبی که مشتری از او دارد بفروشد. در فرض مزبور مبیع دین و ثمن نیز دین میباشد و آن از اقسام بیع کالی بکالی است که بطلان آن مسلم میباشد. بعضی از فقهای دیگر برانند که مورد مزبور از افراد کالی بکلی نیست و دینی که در ذمه بایع است چنانچه ثمن در بیع قرار گیرد
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۵۴
بمنزله مقبوض از طرف بایع میباشد و پس از عقد فقط مبیع کلی که مورد بیع سلف قرار گرفته در ذمه بایع باقی خواهد ماند.

۳- بیع نسیه-

و آن عبارت از بیعی است که ثمن آن کلی و برای تأدیه آن مدتی معین شده باشد. در بیع نسیه مبیع ممکن است عین شخصی باشد و میتواند کلی فی الذمه قرار گیرد ولی در صورت اخیر باید برای تسلیم آن مدت، معین نشود و الا بیع کلی بکالی خواهد بود.
نسیه از کلمه النسیء مشتق است که بمعنی تأخیر انداختن میباشد و چون ثمن در چنین بیع مؤجل است آن را نسیه گفته‌اند.

۴- بیع کالی بکالی-

و آن عبارت از بیعی است که مبیع و ثمن آن، کلی فی الذمه میباشد و برای تسلیم مبیع و همچنین تأدیه ثمن موعدی مقرر شده باشد. در این امر فرقی نمینماید که موعد مزبور کوتاه یا دراز باشد، چنانکه کسی ده تن گندم بدیگری بفروشد بده هزار ریال که پس از سه ماه آن را تحویل مشتری دهد و ثمن خود را دریافت دارد.
کالئی بهمزه اسم فاعل یا مفعول بمعنی مراقبت‌کننده یا مراقبت شده میباشد و چون در بیع مزبور هر یک از بایع و مشتری طرف خود را مراقبت مینماید تا دینی را که بر ذمه دارد ادا کند و یا دین مراقبت میشود، آن را بیع کالی بکالی گفته‌اند. بیع کالی بکالی باجماع فقهاء امامیه باطل و الزام‌آور نمیباشد.
وضعیت حقوقی اقسام چهارگانهٔ بیع در قانون مدنی ایران بدین نحو است:
از نظر قانون مدنی هر یک از بیع نقد و نسیه و همچنین بیع سلف یا سلم بدون آنکه قبض ثمن در مجلس عقد لازم باشد صحیح است زیرا مادهٔ «۳۴۱» به متبایعین اجازه میدهد که میتوانند برای تسلیم مبیع یا تأدیهٔ ثمن اجلی قرار دهند، و قیدی در لزوم تأدیه ثمن در مجلس عقد در موردی که مبیع کلی و موعدی برای تسلیم
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵۵
آن مقرر شده باشد، ننموده است و در مادهٔ دیگری هم از این امر صحبت نکرده و فقط میتوان از مادهٔ «۳۶۴» قانون مدنی که میگوید: «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع» استنباط نمود که علاوه بر بیع صرف، بیع دیگری نیز موجود است که قبض شرط صحت آن میباشد، ولی نامی از آن نبرده است. از نظر قضائی این امر کافی نخواهد بود که بیع سلف یا سلم را در صورتی که ثمن آن در مجلس عقد، قبض نشده باشد باطل دانست.
اما راجع به بیع کالی بکالی دلیلی بر بطلان آن در قانون مدنی موجود نیست و از کلمهٔ (یا) مذکور در مادهٔ «۳۴۱» نمیتوان استفاده منع جمع نمود، یعنی نشود برای تسلیم مبیع و تأدیهٔ ثمن هر دو اجل قرارداد، بلکه قانون این امر را مسکوت گذارده با آنکه در مقام بیان حکم آن بوده است. و با توجه باطلاق مادهٔ «۱۰» قانون مدنی که شامل تمامی افراد قراردادها (اگر چه از عقود معینه باشد) میشود نمیتوان عدم بیان مادهٔ «۳۴۱» را دلیل بر بطلان بیع کالی بکالی دانست، علاوه بر آنکه استدلال مزبور شامل بیعی که ثمن و مبیع هر دو عین خارجی یا مبیع عین خارجی و ثمن کلی و هر دو مؤجل باشند نیز میگردد و باید آن را نیز باطل دانست و حال آنکه باطل نمیباشد، زیرا آنها از اقسام بیع کالی بکالی بشمار نمیروند، مگر آنکه طبق ذیل ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی که در مورد سکوت قانون بعادت مسلم باید عمل نمود و عادت مسلم آنست که بیع کالی بکالی باطل میباشد، آن را باطل دانست و چنانچه مسلم- بودن این امر مورد تردید قرار گیرد و یا بالعکس عمل جامعه بر خلاف آن محرز باشد بیع کالی بکالی صحیح شناخته میشود.

تبصره بیعانه

در معاملاتی که مبیع بلافاصله پس از عقد تسلیم مشتری نمیشود، خواه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵۶

مبیع کلی باشد یا عین خارجی، در عرف معاملات معمول است که مشتری قسمتی از ثمن را بعنوان بیعانه ببایع میپردازد و قرار میدهند که بقیهٔ آن را در موقع تسلیم مبیع بمشتری تأدیه نماید.

در قانون مدنی ایران مقررات مخصوصی راجع به بیعانه موجود نیست و طبق قاعدهٔ حقوقی در صورتی که بجهتی از جهات معامله منحل شود اگر چه مشتری بقیهٔ ثمن را در موعد، تأدیه ننموده باشد، بیعانه باید بمشتری مسترد گردد.

در معاملات تجاری گاه دیده میشود که تأدیه بیعانه بقصد آنست که هرگاه مشتری از پرداخت بقیهٔ ثمن در موعد مقرر امتناع نماید، بیع منحل شود و بیعانه بعنوان خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد، از آن بایع باشد اگر چه حقیقهٔ خسارتی هم در اثر انحلال بیع متوجه بایع نشده است. هرگاه در دادرسی، مشتری در اثر انحلال بیع (در نتیجهٔ عدم تأدیه بقیهٔ ثمن) مطالبه بیعانه بنماید، در صورتی که بایع ثابت کند که بنای متبایعین در دادن بیعانه بر آن بوده که در صورت عدم تأدیه بقیهٔ ثمن در موعد مقرر، بیع منحل شود و بیعانه مجاناً متعلق ببایع باشد، دادگاه قصد طرفین را محترم شمرده و طبق آن رای میدهد و هرگاه این امر ثابت نشود دادگاه طبق قاعدهٔ حقوقی حکم باسترداد بیعانه بمشتری صادر مینماید.

در قوانین بعض ملل قدیمه و همچنین در بسیاری از قوانین موضوعهٔ کشورهای بیگانه، دادن بیعانه نقش مهمی را در معامله بازی مینماید. مادهٔ «۱۵۹۰» قانون مدنی فرانسه بر آنست که هرگاه بیع با دادن بیعانه واقع شده باشد، هر یک از متعاملین میتواند آن را برهم بزند. چنانکه مشتری بیع را برهم زند، بیعانه را از دست میدهد و چنانکه بایع آن را منحل نماید دو برابر بیعانه بمشتری مسترد میدارد. این امر از حقوق رومی دورهٔ ژوستینین اقتباس شده است.

محل تسلیم مبیع و مخارج آن-

بدستور مادهٔ «۳۷۵» قانون مدنی: «مبیع باید در محلی تسلیم مشتری شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است، مگر آنکه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵۷

عرف و عادت مقتضی تسلیم آن در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد». بنابراین هرگاه در عقد بیع طرفین معامله محلی را برای تسلیم مبیع معین نموده باشند، مبیع باید در آن محل تسلیم شود زیرا عقود نسبت بطرفین و قائم مقام آنها طبق مادهٔ «۲۱۹» قانون مدنی لازم الاتباع است. در صورتی که در عقد محلی برای تسلیم مبیع معین نشده باشد، عرف و عادت محل انعقاد عقد، با توجه بجنس مبیع مورد نظر قرار میگیرد. هرگاه عرف و عادت، محل مخصوصی را در نظر نگیرد مبیع باید در محل انعقاد بیع تسلیم مشتری گردد.

مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن بمحل تسلیم و اجرت شمردن یا مساحت نمودن و یا وزن و کیل کردن آن برای تحویل بمشتری، طبق ماده «۳۸۱» قانون مدنی بر عهدهٔ بایع است و مخارج تسلیم ثمن بعهدهٔ مشتری میباشد. هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله بر خلاف ترتیبی باشد که در ماده بالا ذکر شده و یا در عقد بر خلاف آن شرط شده باشد، طبق ماده «۳۸۲» قانون مدنی باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود. منظور ماده آنست که هرگاه در عقد برای مخارج تسلیم مبیع، بین متعاملین ترتیب خاصی مقرر شده باشد، بر طبق آن عمل مینمایند، و هرگاه در عقد از بابت مخارج تسلیم ذکری نشده باشد. عرف و عادت محل انعقاد عقد در نظر گرفته میشود. در صورتی که عرف و عادت، طریقهٔ مخصوصی را در نظر نگرفته باشد برای مخارج تسلیم طبق ماده «۳۸۱» قانون مدنی رفتار خواهد شد.

در صورتی که طرفین معامله محلی را برای تسلیم مبیع در عقد معین نمایند و یا هزینهٔ آن را بعهدهٔ یکی از متبایعین گذارند و یا آنکه عرف و عادت طریق مخصوصی را ایجاب کند، بدستور ذیل ماده «۳۸۲» قانون مدنی متبایعین میتوانند آن را بتراضی تغییر

دهند، یعنی بر خلاف قرارداد قبلی تعهد نمایند و یا بر خلاف عرف و عادت محل، رفتار کنند.

بدستور شق سه و چهار ماده «۳۶۲» و صریح ماده «۳۹۴» قانون مدنی هر یک از

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵۸

بایع و مشتری ملزم است مبیع و ثمن را در موعد و محل معین تسلیم یکدیگر نمایند.

و در صورت تأخیر در تسلیم، ممتنع اجبار میگردد بدین طریق که بایع برای مطالبهٔ ثمن و مشتری برای مطالبهٔ مبیع بدادگاه صالح مراجعه و اجبار ممتنع را بانجام تعهد میخواهد هیچ یک از آن دو نمیتواند در اثر امتناع دیگری، عقد بیع را فسخ نماید، زیرا چنانکه در تعهدات گذشت حق فسخ برای جبران زیان متضرر است و آن در موردی است که جبران ضرر بنحو دیگری ممکن نباشد و در مورد امتناع یکی از متعاملین از تسلیم میتواند بوسیلهٔ اجبار بتسلیم، آن را جبران نمود، فقط استثناء ماده «۳۹۵» قانون مدنی ببایع اختیار میدهد که اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه ننماید، او حق داشته باشد که طبق مقررات راجع بخیار تأخیر ثمن، بیع را فسخ کند و یا از حاکم اجبار مشتری را بتأدیه ثمن بخواهد و بمشتری این حق داده نشده است چنانکه شرح آن در خیار تأخیر ثمن دیده خواهد شد.

حق امتناع یا حبس

بدستور ماده «۳۷۷» قانون مدنی: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر بتسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد که در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود»

بستگی و رابطهٔ بین دو مورد عقد معوض با یکدیگر موجود است که بهر یک از طرفین معامله حق میدهد از تسلیم مورد تعهد امتناع نماید تا طرف دیگر تعهد خود را انجام دهد. حق مزبور را حق حبس نامند. رابطه و بستگی مزبور ناشی از قصد معاوضه است که متعاملین در انعقاد چنین عقدی دارند که هر یک از متعاملین تملیک و تعهد در مقابل تملیک و تعهد دیگری مینماید. حق حبس برای طرفین معامله در صورتی است که موعدی در عقد برای تسلیم مبیع یا ثمن مقرر نشده باشد و الا هرگاه مبیع یا ثمن مؤجل باشد حق حبس موجود نخواهد بود و هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۵۹

باید بطرف تسلیم شود و انتظار رسیدن موعد انجام تعهد دیگر را بکشد.

تسلیم بعض از مبیع یا تأدیهٔ بعض از ثمن، موجب اسقاط حق حبس متبایعین نسبت بآن مقداری که تسلیم و تأدیه نشده نمی‌باشد، زیرا حق مزبور نسبت بتمامی اجزاء مورد معامله است.

در صورتی که متبایعین بیکدیگر اطمینان نداشته باشند و هر یک از آنان تسلیم مبیع و تأدیه ثمن را منوط بتسلیم دیگری بنماید، چنانکه بایع تسلیم را منوط بتأدیهٔ ثمن از طرف مشتری کند و مشتری هم تأدیهٔ ثمن را موقوف بقبض مبیع از طرف بایع نماید، متبایعین بحاکم رجوع و مورد تعهد خود را باو میدهند تا حاکم هر یک را بمالک آن تسلیم نماید.

در صورتی که یکی از متبایعین از حق حبس خود استفاده ننماید و مبیع یا ثمن را بطرف دیگر بدهد دیگر نمیتواند استرداد آن را بخواهد تا از حق حبس استفاده کند، زیرا با تسلیم مورد تعهد، حق حبس ساقط میشود. بنابراین هرگاه بنحوی از انحاء بغیر از تسلیم، مال مورد تعهد بتصرف متعهد له درآید حق حبس متعهد ساقط نمیگردد و میتواند استرداد آن را بخواهد، این است که مادهٔ «۳۷۸» قانون مدنی میگوید: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن، مبیع را بمیل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر بموجب فسخ در مورد خیار». بنابراین چنانچه بحیله یا اکراه مبیع بتصرف مشتری درآید بایع میتواند برای استفاده از حق حبس استرداد آن را از مشتری بخواهد.

دادن ضامن از طرف مشتری برای ثمن یا تحقق حواله از طرف بایع نسبت بثمن، مانند قبض ثمن میباشد و حق حبس ساقط میگردد، زیرا انتقال دین در مورد ضمان و حواله در حکم ایفاء تعهد و اقباض ثمن از ناحیهٔ بایع میباشد.

هزینه نگاهداری مبیع در مدتی که بایع در اثر حق حبس آن را نگه میدارد تا

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۰

ثمن را وصول کند، بعهدهٔ مشتری است، زیرا بایع در اثر امتناع مشتری از تسلیم ثمن، به اجازهٔ قانون مبیع را نگهداشته است و هزینه و منافع تابع ملک میباشد، یعنی هزینهٔ نگهداری مال بعهدهٔ مالک است همچنانی که منافع آن متعلق بأو است.

قاعدهٔ مزبور در تمامی قراردادها جاری است مگر قانون بجهتی از جهات خلاف آن را تصریح نماید مانند مزبور مادهٔ «۳۰۶» قانون مدنی که میگوید: «اگر کسی اموال غائب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازهٔ مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد، در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است حق مطالبهٔ مخارج نخواهد داشت ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت‌کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است».

مادهٔ «۳۷۹» قانون مدنی: «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل بشرط نکند بایع حق فسخ خواهد داشت». مثلا هر گاه بیع نسیه باشد و بایع در اثر عدم اعتماد بمشتری او را متعهد نماید که ضامن بدهد و یا مالی را نزد بایع رهن گذارد و مشتری عمل بشرط نکند، بایع میتواند بیع را فسخ بنماید، زیرا دادن ضامن و رهن بطور مطلق از جمله شروط فعلی است که دیگری نمیتواند از طرف او واقع سازد، و هر گاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد، مشروط له بغیر از فسخ طریق دیگری برای جبران خسارات خود نخواهد داشت (مادهٔ «۲۳۹» قانون مدنی) و همچنین است هر گاه بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل بشرط نکند، مشتری حق فسخ دارد (در شروط ضمن عقد شرح مادهٔ «۳۷۹» بیان گردید).

تلف مبیع قبل از قبض-

مادهٔ «۳۸۷» قانون مدنی میگوید: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید بمشتری

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۱

مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم بحاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود». تلف مبیع قبل از قبض چنانکه از مادهٔ بالا معلوم می‌گردد در صورتیست که شرایط زیر موجود باشد:

۱- مبیع، عین معین (خارجی) یا در حکم آن باشد، زیرا در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد، ملکیت برای مشتری بوسیلهٔ قبض حاصل میشود.

۲- تلف مبیع، قبل از قبض دادن آن بمشتری محقق گردد، زیرا بایع مادام که مبیع را تسلیم بمشتری ننموده ضامن آن است و بوسیلهٔ تسلیم ضمان بمشتری منتقل می‌گردد مگر در مورد خیار مختص بمشتری که مسئولیت بایع در مدت خیار ادامه خواهد داشت (مادهٔ «۴۵۳»).

فرقی نمینماید که برای تسلیم مبیع، در عقد، موعدی معین شده و یا آنکه معین نشده باشد خواه آنکه تعیین موعد بنفع مشتری باشد یا بنفع بایع و یا بنفع شخص ثالث، همچنانی که فرق نمی‌نماید که بایع در تسلیم مبیع تأخیر کرده یا آنکه تأخیر ننموده باشد.

در حکم تلف است هر گاه بجهتی از جهات بایع نتواند مبیع را بمشتری تسلیم نماید مانند غرق و سرقت در صورتی که احتمال بدست آوردن نرود.

۳- مبیع بدون تقصیر (تعدی و تفریط) بایع تلف شود، چنانکه مبیع دچار حریق گردد ولی در صورتی که بایع یا شخص ثالث آن را تلف نماید و یا سبب تلف آن شود طبق مادهٔ «۳۲۸» و مادهٔ «۳۳۱» قانون مدنی ضامن است و باید مثل یا قیمت آن را بمشتری بپردازد.

۴- بایع برای تسلیم مبیع بمشتری مراجعه نکرده باشد. در صورتی که بایع برای تسلیم آن بمشتری مراجعه نموده و در اثر امتناع او بحاکم یا قائم مقام او نیز

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۲

مراجعه کرده باشد، تلف از مال مشتری خواهد بود، زیرا در اثر مراجعهٔ مزبور ضمان زائل شده و بایع امین شناخته میشود و امین بدون تعدی و تفریط ضامن نخواهد بود.

همچنین است هرگاه بایع در اثر امتناع مشتری مبیع را بحاکم بدهد و آن نزد حاکم تلف گردد.

آثار تلف مبیع –

طبق صریح مادهٔ «۳۸۷» قانون مدنی در اثر تلف مبیع قبل از قبض، عقد بیع منفسخ میشود. انفساخ عقد چنانکه در اقاله بیان گردید انحلال و برهم خوردن عقد است و آثار آن چنان است که در اقاله گذشت و مختصراً در ذیل نیز بیان می‌گردد.

الف- بنفس تلف، عقد بیع از زمان تلف منحل میشود و اثر نسبت بما قبل نخواهد داشت و هر یک از عوضین بمالک قبل از عقد منتقل میشود، بنابراین هرگاه بایع ثمن را از مشتری اخذ کرده باشد مشتری آن را از بایع مسترد میدارد و در صورتی که نپرداخته دیگر نمیدهد.

ب- منافع منفصله تا زمان تلف مبیع، متعلق بمشتری میباشد، زیرا منافع در ملکیت، تابع عین است و مبیع در مدت بین زمان عقد و تلف متعلق بمشتری بوده همچنانی که هرگاه ثمن عین خارجی یا در حکم آن باشد منافع آن متعلق ببایع است.

بنابراین در صورتی که بیع نسیه باشد و مبیع قبل از قبض تلف شود، مشتری بدون آنکه چیزی ببایع داده باشد مالک منافع مبیع است، مثلا هرگاه کسی اول بهار یک صدمیش نسیه بفروشد به پنجاه هزار ریال که آنها را در اول پائیز تسلیم مشتری نماید و پول خود را دریافت دارد و در این مدت آنها حامله شوند و یکصد بره بزایند و قبل از اول پائیز یکصد میش که در چراگاه بوده‌اند در اثر صاعقه تلف شوند ولی بره‌ها چون در زاغه مانده بودند سالم بمانند. نتیجهٔ این امر آن خواهد بود که مشتری یکصد بره را مالک میشود و پنجاه هزار ریال را هم که ثمن است نمیدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۳

ج- ضمان تلف مبیع قبل از قبض قابل اسقاط نیست و متعاملین نمیتوانند اسقاط آن را در عقد شرط نمایند و یا پس از عقد آن را ساقط کنند، زیرا ضمان مزبور را اثر قهری تلف است و آن حکم میباشد، و حق نیست تا بتوان آن را ساقط نمود. چنانچه گفته شود ضمان مزبور که ضمان معاوضی است مانند ضمان ببدل در مورد غصب، حق میباشد و فرق بین آن دو فقط در ماهیت عوض است که در مورد اول، عوض مبیع ثمن است که در عقد ذکر میشود، و در مورد دوم، بدل آن است که مثل یا قیمت میباشد، در پاسخ گفته میشود بر فرض که ضمان معاوضی حق باشد در هرکجا که موجب استحقاق، علت تامه باشد معلول نمی‌تواند از علت تخلف کند، و چنین حقی قابل اسقاط نیست و بوسیلهٔ نواقل قانونی منتقل بغیر نمیشود. ولی میتوان در عقد بیع شرط برائت از ضمان تلف نمود، زیرا در حقیقت مرجع عقدی که چنین شرطی در آن شده است تملیک و تسلیط اقتضائی در مقابل تملیک و تسلیط فعلی است که مفاد عقد مطلق میباشد و شرط مزبور تنافی با مقتضاء ذات عقد ندارد و تنافی شرط با مقتضاء اطلاق عقد موجب تضاد نمیباشد.

آنچه در مورد تلف مبیع قبل از قبض گـذشت در صورتی است که مبیع بدون تعدی و تفریط تلف شود و در غیر این صورت بطریق ذیل عمل میگردد:

۱- تلف بوسـیلهٔ مشـتری باشـد- در صورتی که مـبیع بوسـیلهٔ عمـل مشتری تلف شود اگر چه ندانـد که در مبیع متعلق بخود تصـرف مینمایـد، قبض فعلی محسوب است زیرا در قبض عین خـارجی اجـازهٔ بـایع شـرط نیست همچنانی که هرگاه قبلا در تصـرف مشتری بوده قبض لازم ندارد. این است که مادهٔ «۳۸۹» قانون مدنی میگوید: «اگر در مورد دو مادهٔ فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند».

در صورتی که مشتری در اتلاف مبیع مغرور شده باشد چنانکه کشاورزی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۴

گوسفندی از دوست خود خریداری نموده است و قبل از تسلیم بمنزل بایع میرود و بایع باو میگوید گوسفندی که در باغ است برای روزی نگهداشته‌ام که تو بمنزل ما می‌آئی آن را بکش بخوریم، مشتری بتصور آنکه گوسـفند متعلق ببایع است آن را ذبح مینماید، بعـد کشف میشود که متعلق بخود مشتری بوده است، تلف بعهـدهٔ بایع است که مشتری را مغرور نموده و بایـد بـدل آن را که قیمت مبیع است باو بدهد.

۲- تلف بوسیلهٔ بایع باشـد- حکم تلف مبیع قبل از قبض بر خلاف قاعـده میباشد و شامل مورد اتلاف و تسبیب نمیشود، بنابراین در مورد مزبور بایع طبق ماده «۳۲۸» و «۳۳۱» ضامن بدل از مثل یا قیمت میباشد.

۳- تلف بوسیله شخص ثالث باشد- در مورد مزبور مانند مورد قبل شخص ثالث ضامن بدل میباشد و مادهٔ «۳۸۷» قانون مدنی شامل آن نمیشود.

فقهای امامیه در مورد دوم و سوم بر سه قولند:

الف- ضمان ببدل چنانکه گفته شد.

ب- انفساخ عقد مانند مورد تلف زیرا تلف بر اتلاف صدق مینماید و اتلاف در حقیقت تلف اختیاریست.

ج- اختیار مشتری در مطالبه مثل یا قیمت و یا آنکه بیع را فسخ و مطالبه ثمن نماید.

فرع- چنانکه کسـی مالی را بدیگری بفروشد و خریدار قبل از قبض آن را بسومی بفروشد و مال مزبور قبل از قبض بمشتری اخیر در یـد بایع اولی تلف گردد، بیع منفسـخ شده و هرگاه مشتری ثمن را ببایع خود پرداخته مسترد میدارد، زیرا چنانکه در تحلیل عقلی که فقهاء امامیه نموده‌اند گذشت، مبیع در یک لحظه قبل از تلف وارد در ملکیت بایع میشود و سپس تلف می‌گردد. بنابراین فرض، بیع منفسخ می‌شود و مبیع وارد ملک مشتری دوم شده و از ملک او وارد ملک مشتری اول شده و سپس در ملکیت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۵

بایع داخل گردیده و تلف میشود.

نقص مبیع قبل از قبض

ماده «۳۸۸» قانون مـدنی: «اگر قبل از تسـلیم در مبیع نقصـی حاصل شود مشتری حق خواهـد داشت که معامله را فسـخ نمایـد». نقص مـبیع عبـارت از تلـف شـدن جزء آن است چنـانکه کسـی از اتومـبیلی را از کمپـانی بخرد و قبـل از قبض چراغهـای آن مفقود شود، خریـدار میتوانـد بیع را فسـخ کنـد، زیرا طبق قاعـده، ضـمان تلف کل مبیع بعهدهٔ بایع میباشد و کل غیر از مجموع اجزاء چیز دیگری نیست، بنابراین ضمان تلف جزء، بعهده بایع خواهد بود لذا مشتری میتواند بیع را فسخ نماید یا بهمان ثمن قبول کند.

ضمـان بـایع نسبت بمبیع تـا زمان قبض آن بمشتری موجب خواهـد بود که در صورت تلف تمام مبیع بیع منفسـخ گردد. اما چنانچه

بعض آن تلف شود با آنکه ضمان آن بعض نیز بعهدهٔ بایع است موجبی برای انفساخ بیع موجود نیست، لذا برای جبران ضرر مشتری باو حق فسخ بیع داده شده است، بدون آنکه او بتواند در صورت عدم استفاده از حق فسخ خود از بایع ارش بخواهد.

آنچه بنظر میرسد مقتضی قاعده ضمان بایع نسبت بمبیع تا زمان قبض آنست که در مورد تلف جزء گفته شود: هرگاه در مقابل جزء مبیع تالف، سهمی از ثمن قرار گیرد، مانند چراغهای اتومبیل در مثال بالا و یا در خرید دو تن گندم در صورتی که نیم تن آن قبل از تسلیم تلف شود، چون عقد واحد بعقود متعدده منحل میشود عقد نسبت بجزء تالف منفسخ میشود و مشتری میتواند نسبت به قیمت آن از ثمن مسترد دارد و میتواند از نظر خیار تبعض صفقه و تخلف جزء، بیع را فسخ نماید. و هرگاه در مقابل جزء تالف سهمی از ثمن قرار نگیرد، چنانکه کسی گلدان نارنجی بخرد و یکی از شاخه‌های کوچک آن که بار ندارد بشکند فقط مشتری میتواند بیع را فسخ بنماید بدون آنکه بتواند مطالبه ارش کند، زیرا شاخه مزبور در مقابل سهمی از ثمن قرار نگرفته تا بیع منحل شود و شکستن شاخه کوچک هم عیب گلدان نارنج نمیباشد. بعضی از فقهاء بر آنند که مورد مزبور مانند مورد عیب قبل از قبض میباشد و مشتری میتواند در صورت عدم

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۶

فسخ ارش بگیرد، بلکه در مورد تلف جزء گرفتن ارش اولی از گرفتن آن در مورد عیب قبل از قبض است، زیرا ثمن در حقیقت در مقابل تمامی مبیع است که مجموع اجزاء میباشد و در حکم نقض مبیع قبل از قبض است هرگاه وصفی از اوصاف کمالی مبیع قبل از قبض زائل شود، بنابراین در مورد مزبور مشتری میتواند بیع را فسخ یا بهمان ثمن نگهدارد.

نداشتن وصف کمال عیب شناخته نمیشود تا طبق مادهٔ «۴۲۵» ق. م. رفتار گردد.

عیب مبیع قبل از قبض

مادهٔ «۴۲۵» قانون مدنی: «عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است». یعنی مشتری میتواند بدستور ماده «۴۲۲» قانون مدنی مبیع معیوب را با اخذ ارش قبول کند و یا معامله را فسخ نماید.

حکم مزبور نیز مانند تلف و نقص بر خلاف قاعده و اصل است، زیرا عیب بدون تعدی و تفریط در ملک مشتری حادث شده و ضمان آن بعهدهٔ او میباشد و نباید بایع را مسئول دانست. ولی طبق ملاک قاعده ضمان بایع نسبت بمبیع تا زمان قبض، هرگونه عیبی که قبل از قبض حاصل شود مانند تلف بعهدهٔ بایع است و چون در مقابل وصف سلامت در عقد بیع، عوض معین نشده است، نمیتوان با معیوب شدن مبیع، قبل از قبض عقد را منحل بعقود متعدده دانست و نسبت بوصف سلامت آن را منفسخ شناخت.

این است که مادهٔ بالا حق فسخ عقد یا قبول آن با اخذ ارش بمشتری داده است.

آنچه در دو مورد نقص و عیب گذشت در صورتیست که نقص و عیب در اثر امر طبیعی حادث شده باشد و الاـ بشرح زیر عمل میشود:

۱- در صورتی که نقص و عیب ناشی از عمل مشتری باشد، هرگاه این امر در اثر اغراء بایع نبوده، مشتری حقی بر بایع ندارد چنانکه مفاد ماده «۳۸۹» قانون مدنی حاکی است، و هرگاه دیگری او را اغراء بجهل نموده باشد، مشتری آلت محض بوده و مانند آنست که دیگری نقص و عیب را ایجاد کرده است.

۲- در صورتی که نقص و عیب در اثر فعل بایع باشد، بایع طبق مقررات مربوطهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۷

باتلاف و تسبیب ضامن عوض نقص و عیب میباشد.

۳- در صورتی که شخص ثالث سبب نقص و عیب در مبیع گردد، شخص مزبور طبق مقررات مربوطهٔ باتلاف و تسبیب ضامن

عوض نقص و عیب میباشد.
قانون مدنی ایران در ماده «۳۸۷» مانند مباحث دیگری بیع، پیروی از قانون امامیه نموده است. حکم تلف مبیع قبل از قبض نزد فقهای امامیه اجماعی است.

جریان قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض نسبت بثمن

اگر چه ظاهر ماده آنست که مسئولیت تلف قبل از قبض منحصر بمبیع است و در مورد تلف ثمن قبل از قبض جاری نمیگردد ولی چون عنوان ثمن و مثمن بر دو مورد بیع اعتباری میباشد و نقش هر یک در معاملهٔ مزبور مانند نقش دیگری است، بنابراین مفاد مادهٔ بالا- از نظر وحدت ملا-ک در مورد ثمن شخصی نیز جاری میشود و مشتری نسبت بثمن تا زمان تأدیه آن بایع ضامن خواهد بود. جریان قاعدهٔ مسئولیت تلف قبل از قبض در مورد ثمن شخصی نزد فقهای امامیه اجماعی است.
نقص و عیب ثمن قبل از قبض مانند نقص و عیب مبیع قبل از قبض میباشد و از نظر وحدت ملاک طبق مفاد مادهٔ «۳۸۸» ق. م. عمل میشود.

شرح تنافی قاعدهٔ تلف با تملیکی بودن عقد بیع

عقد بیع در صورتی که مبیع عین خارجی و یا در حکم آن باشد ناقل ملکیت است و مبیع بنفس عقد بمشتری تملیک میشود. بنابراین طبق اصولی کلی هر گاه مبیع قبل از قبض تلف شود، مال مشتری تلف شده است و بیع باید بحال خود باقی بماند، زیرا بایع در حکم امین است و چنانچه مبیع بدون تعدی و تفریط تلف شود بایع ضامن نمیباشد، و حال آنکه طبق قاعدهٔ تلف مبیع قبل از قبض، ضمان آن بعهدهٔ بایع است. تنافی مزبور موجب شده است که بعضی از فقهای اهل سنت مانند مالک، احمد بن حنبل و اسحاق از اصل کلی پیروی نموده و تلف مبیع را از مال مشتری میدانند و برای اثبات مدعای خود بحدیث نبوی: الخراج بالضمان، متمسک میشوند (تقریب
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۸
استدلال بحدیث نبوی آن است که حدیث مزبور میگوید: «هر کس از مالی استفاده بنماید ضامن آن میباشد و چون منافع مبیع مالک مشتری است، تلف مبیع بعهدهٔ او خواهد بود) ولی فقهای دیگر اسلام رعایت اصل کلی را ننموده و بمتابعت حدیث نبوی دیگر: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه تلف مبیع را از آن بایع دانسته‌اند.
و بسیاری از آنان کوشیده‌اند که این امر را با قواعد حقوقی وفق دهند و بدین جهت بعضی بر آن شده‌اند که بایع در ضمن عقد بیع تعهد مینماید که مبیع را تسلیم مشتری نماید و الا بیع فسخ شود و بعضی دیگر معتقدند که بیع مانند عقود معوض دیگر عبارت از تملیك و تسلیم مبیع در مقابل تملیك و تسلیم ثمن است بنابراین حکم تلف قبل از قبض را طبق قاعده میداند و آن را به عقود دیگر نیز سرایت میدهند.
پیروان قاعده تلف مبیع قبل از قبض برای تصویر انحلال عقد در اثر تلف بر آن شده‌اند که بیع بلحظهٔ قبل از تلف منفسخ میشود و مبیع داخل در ملکیت بایع شده و در ملك او تلف میگردد و تلف کاشف از انفساخ سابق میباشد.
قاعدهٔ تلف قبل از قبض در قوانین ملل دیگر نیز دیده میشود و سابقهٔ تاریخی ممتدی را دارد.
از نظر تاریخی میتوان در منشأ قاعدهٔ تلف قبل از قبض در قوانینی که عقد بیع تملیکی است چنین گفت که ضمان بایع نسبت بمبیع تا قبل از قبض از بقایای ادواری است که عقد بیع عهدی بوده و ملکیت بوسیلهٔ قبض یا مرور زمان بعد از قبض حاصل میشده است. پس از آنکه در سیر تکامل اجتماع، عقد بیع تملیکی شناخته شد نتوانست آثار سابق خود را از دست بدهد و ضمان بایع نسبت بمبیع

تا زمان قبض باقی مانـد. این امر را مقررات قوانینی که تلف مبیع را موجب بطلان بیع میداننـد تأیید میکند و آنچه از نظر حقوقی در التیام بین قاعده تملیکی بودن عقد بیع و بین قاعده تلف گفته میشود منافات با حدس مذکور در بالا ندارد.

خیار فسخ در مورد نقص مبیع و همچنین خیار فسخ یا اخذ ارش در مورد عیب

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۶۹

مانند مورد تلف از بقایای ادوار تاریخی گذشته است.

تلف نماء قبل از قبض

نمائات مبیع پس از عقد تا زمان قبض در نزد بایع امانت است و قاعدۀ تلف مبیع قبل از قبض مذکور در مادۀ «۳۸۷» ق. م. نسبت بآن جاری نمیشود. بنابراین چنانچه نمائات مبیع بدون تعدی و تفریط از طرف بایع تلف شود بایع ضامن نخواهد بود.

فقرۀ سوم در ضمان درک

درک بفتـح دال وراء بمعنی لحوق و تبعه است و در اصـطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیفتاده و بمسـئولیتی که برای بایع در مورد مستحق للغیر در آمدن مبیع حاصل میشود گفته شده است.

بیع فاسد طبق مادۀ «۳۶۵» قانون مدنی اثری در تملک ندارد و بدستور مادۀ «۳۶۶» قانون مدنی: «هرگاه کسی ببیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را بصاحبش رد نماید ...» این قاعده در تمامی موارد بطلان عقد جاری است و خصوصـیتی در صورت مستحق للغیر در آمـدن مبیع ندارد، چنانکه بشـمار آوردن ضـمان درک در مادۀ «۳۶۲» قانون مـدنی از آثار بیعی که صـحیحاً واقع شـده نیز بی‌مورد است.

میتوان منشأ آنکه بعضـی قوانین ضـمان درک را از آثار بیع صـحیح بشـمار آورده با مطالعه در سـیر تاریخی بیع یافت در ادواری که بشـر فرق بین مـالکیت و تصـرف نمیگـذاشت و بمفهوم مـالکیت کنونی آشـنا نبود، بیع عبـارت بود از تصـرف دادن مبیع بمشتری و حمـایت او از تعرض دیگران و مشتری ثمن را در مقابـل تصرف مبیع و حمایت بایع از او میـداده است. بتدریـج که بشـر توانست با مفهوم ملکیت آشنا شود و آن را با تصرف فرق گذارد و جامعه آن را معتبر بداند، از نظر انس و عادت دست از روش دیرین

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۷۰

خود برنداشـته و ثمن را در مقابل تصرف بدون معارض ببایع میپرداخته، یعنی بایع با تسلیم مبیع حمایت مشتری را عهده‌دار میگشت و هرگـاه از عهـدۀ حمایت او بر نمیآمـد ثمن را مسترد میـداشت. بـدین جهت است که هنوز معمول و متـداول میباشـد که در اسـناد عظیمی، ضـمان درک را با آنکه از آثار قهری بیع فاسـد است ماننـد شـرط در ضـمن عقـد درج میکننـد و تصـریح مینمایند که بایع ضامن درک مبیع میباشد.

مادۀ «۳۹۰» قانون مدنی: «اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلا یا جزء مسـتحق للغیر در آید بایع ضامن است اگر چه تصریح بضمان نشده باشد». مادۀ بالا مسـئولیت بایع را در مورد ضمان درک از آثار مستحق للغیر در آمدن مبیع شناخته است و بدین جهت تصریح آن را در ضمن عقد لازم ندانسته است، بنابراین تصریح بضمان درک در عقد، بیان حکم قانونی است و تذکر بیش ارزش ندارد.

مادۀ «۳۹۱» قانون مدنی: «در صورت مسـتحق للغیر بر آمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری بوجود فساد، بایع باید از عهدۀ غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».

مادۀ بالا دو قسمت است:

قسـمت اول- در صورت مسـتحق للغیر بر آمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد. ضمان درک در موردی است

که مشتری ثمن را تسلیم بایع نموده باشد و الا هرگاه ثمن تسلیم نشده باشد، در اثر مستحق للغیر بر آمدن مبیع ضمان و مسئولیتی برای بایع متصور نیست، بلکه التزام مشتری بتأدیهٔ ثمن که در اثر عقد بیع حاصل گردیده ساقط میشود. این است که مادهٔ مزبور فقط موردی را بیان نموده که مشتری ثمن را بقبض بایع داده باشد.

اما راجع باسترداد ثمن در صورت مستحق للغیر بر آمدن مبیع دو صورت متصور است.

۱- در صورتی که تمام مبیع مستحق للغیر در آید، عقد بیع باطل است و طبق مادهٔ «۳۶۵» قانون مدنی بیع فاسد اثری در تملک ندارد و بایع باید تمام ثمن را بدستور

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۷۱

مادهٔ «۳۶۶» بمشتری که مالک آن است مسترد دارد.

۲- در صورتی که بعض از مبیع مستحق للغیر درآید، مشتری میتواند بدستور ماده «۴۴۱» قانون مدنی نسبت بقسمتی که عقد باطل است ثمن را مسترد دارد و نسبت بقسمت دیگر عقد را قبول نماید و یا عقد را فسخ و ثمن آن را مسترد کند، زیرا معامله واحد باعتبار مورد معامله، منحل بمعاملات متعدده میشود و هر یک از معاملات جزء، تابع وضعیت حقوقی مختص بخود خواهد بود و تأثیر در وضعیت حقوقی قسمت دیگر نمینماید. بنابراین هرگاه قسمتی از عقد در اثر مستحق للغیر در آمدن بعض از مبیع باطل باشد سرایت در قسمت دیگر که صحیح منعقد شده نمینماید و موجب بطلان آن نمیشود. قانون مدنی حکم مزبور را در مادهٔ «۳۹۱» بطور اجمال بیان نموده و تفصیل آن را باید از مادهٔ «۳۹۲» و مادهٔ «۴۴۱» دانست.

بنابر آنچه گفته شد پس از اثبات مستحق للغیر بر آمدن مبیع، مشتری میتواند استرداد ثمن را از بایع بخواهد، خواه آنکه مالک، مبیع را مسترد داشته یا نزد مشتری باشد، زیرا استرداد ثمن اثر بطلان عقد است و مترتب بر استرداد مبیع از طرف مالک آن نمیباشد.

در صورتی که عین ثمن یا مبیع تلف یا ناقص شده باشد طبق مادهٔ «۳۶۶» قانون مدنی متصرف ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

قسمت دوم- در صورت جهل مشتری بفساد بیع، بایع باید از عهدهٔ غرامات واردهٔ بر مشتری برآید. چنانکه در فصل بیع فضولی و غصب بیان گردید در صورتی که معامله بر مال غیر واقع شود و مشتری جاهل بمستحق للغیر بودن مبیع باشد، بایع باید کلیهٔ غرامات و خسارات او را بپردازد، زیرا او سبب توجه خسارات بمشتری بوده است و چنانکه در ضمان قهری شرح آن گذشت هر کس سبب ضرر دیگری گردد باید آن را جبران نماید. در صورتی که مشتری عالم بر مستحق للغیر بودن مبیع باشد، غرامات و خسارات را خود عهده‌دار خواهد بود، زیرا مشتری با علم ببطلان عقد اقدام بضرر

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۷۲

خود نموده است.

مادهٔ «۳۹۲» متذکر شده است که در مورد مستحق للغیر بر آمدن کل یا بعض مبیع، بایع باید از عهدهٔ تمام یا قسمتی از ثمن که اخذ نموده برآید اگر چه بعد از عقد بیع، بعلتی از علل در مبیع کسر قیمتی حاصل شده باشد، زیرا عقد باطل اثری در تملیک ندارد و بایع طبق مادهٔ «۳۶۶» باید ثمنی را که اخذ نموده بمشتری مسترد دارد و کسر قیمت در مبیع متعلق بمالک حاصل شده است و نمیتواند آن را بعنوان غرامت از بایع بخواهد، زیرا بایع موجب آن نبوده است و چنانچه کسر قیمت در اثر عمل مشتری باشد بدستور مادهٔ «۳۲۸ و ۳۳۱» ق. م. در مقابل مالک ضامن خواهد بود.

در صورتی که در اثر عمل مشتری زیادتی قیمتی در مبیع حاصل شود طبق مادهٔ «۳۹۳» قانون مدنی مقررات مادهٔ «۳۱۴» قانون مزبور در مورد غصب رعایت خواهد شد. مادهٔ «۳۱۴» قانون مدنی: «اگر در نتیجهٔ عمل غاصب قیمت مال مغصوب زیاد شود غاصب حق مطالبهٔ قیمت زیادی را نخواهد داشت مگر اینکه آن زیادتی عین باشد که در این صورت عین زائد متعلق بخود غاصب است» زیرا عمل مشتری در مال غیر بدون اجازه مالک آن بوده است. ولی هرگاه مشتری جاهل بمستحق للغیر بودن مبیع باشد میتواند بدستور

ذیل ماده «۳۹۱» ق. م. مانند خسارات دیگر از بایع اجرت المثل عمل خود را بخواهد زیرا مشتری چنانچه میدانست که مالک نیست این گونه تصرفات را در مبیع نمینمود.
ضمان درک در موردی است که مبیع عین خارجی و یا در حکم آن باشد و در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد ضمان درک متصور نیست، زیرا مبیع کلی در عهدهٔ بایع میباشد و بایع باید برای ایفاء تعهد، مالی را که مالک و یا از قبل مالک مأذون میباشد بمشتری تأدیه نماید و در صورتی که پس از تأدیه معلوم شود که آن مال متعلق بدیگری بوده کشف میشود که بایع تعهد خود را انجام نداده و تعهد بحال خود باقی است.

در خاتمه دو امر مورد بحث قرار میگیرد:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۷۳

۱- تشدید مسئولیت بایع-

بایع میتواند تعهد کند که هرگاه مبیع مستحق للغیر درآید چندین برابر ثمن پرداختی را بمشتری رد نماید و یا وجه التزام دیگری قرار دهد چنانکه هرگاه مبیع مستحق للغیر درآید خانهٔ بایع متعلق بمشتری باشد.
مادهٔ صریحی در این امر در قانون مدنی پیش‌بینی نشده است، ولی مادهٔ «۱۰» قانون مدنی که قاعدهٔ کلی لزوم تعهدات را بیان مینماید شامل مورد مزبور میشود، علاوه بر آنکه بدستور مادهٔ «۲۳۰» قانون مدنی طرفین معامله میتوانند خسارات ناشیه از بطلان قرارداد را قبلا با توافق یکدیگر معین نمایند، اگر چه چندین برابر خسارت واقعی باشد. و در مورد مستحق للغیر برآمدن مبیع مبلغ زاید بر ثمن که به عنوان وجه التزام قرار داده میشود بعنوان خساراتی است که در اثر بطلان معامله متوجه مشتری شده است.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج ۱، ص: ۴۷۳

۲- تخفیف یا رفع مسئولیت-

بایع میتواند در ضمن عقد بیع شرط نماید که ضمان درک مبیع فقط تا مدت معینی باشد و یا ضمان درک را فقط نسبت باعمال خود عهده‌دار میشود و از ضمان قبل از آن مدت و یا ایادی سابقه بر خود بری میباشد، همچنانی که بایع میتواند نسبت بقسمتی از مبیع تعهد بضمان درک نماید و نسبت بقسمت دیگر رفت مسئولیت از خود کند و یا از ضمان درک تمام مبیع تبری نماید. تعهد مزبور بدستور مادهٔ «۱۰» قانون مدنی الزام‌آور است.
از نظر تحلیل حقوقی در تعهدی که رفع مسئولیت درک در آن شده است، متبایعین قرار میدهند که در صورت مستحق للغیر بر آمدن تمام مبیع یا قسمتی از آن، مقداری از ثمن که در مقابل بیع باطل قرار میگیرد بدون عوض و مجاناً متعلق ببایع باشد و همچنین است در مورد تخفیف قسمتی از ضمان درک مبیع.
از نظر آئین دادرسی حمایت قانونی بایع از مشتری، در مقابل اشخاص ثالث نسبت باموریست که منشأ آن قبل از انتقال میباشد و در اموری که بعداً حادث شده است بایع مسئول حمایت از مشتری نخواهد بود. بنابراین هرگاه کسی بدون علت قانونی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۷۴

متعرض مشتری شود و مبیع را غصب نمایـد و یـا بسرقت ببرد مشتری نمیتوانـد در دعوی بر غاصب و سارق بایع را جلب کنـد، ولی هرگاه کسی بادعاء یکی از عناوین قانونی که منشأ آن قبل از انتقال باشـد متعرض مشتری شود، چنانکه بدعوی ملکیت یا حق عینی دیگری بطرفیت مشتری در دادگاه اقامه دعوی کنـد، مشتری میتواند بایع را در دعوای مزبور جلب نماید و از دادگاه بخواهد که بایع جواب مدعی را بدهد و در صورت محکومیت مشتری برد مبیع در مقابل شخص ثالث، دادگاه بایع را در مقابل مشتری محکوم کند که ثمن و خسارات او را بپردازد.

در صورتی که مشتری بـایع را در دعوی شـخص ثـالث جلب نکنـد، بـایع میتوانـد مسـتقیماً بعنوان شـخص ثالث در دعوی مـدعی بر مشتری داخل شود و بکمک مشتری درآید.

هرگاه مشتری بایع را جلب ننموده و بایع نیز در دعوی مطروحه بعنوان شخص ثالث داخل نشد، مشتری میتواند در موارد ذیل مستقلًا بطرفیت بایع اقامه دعوی کند و آنچه متضرر شده است از او بخواهد:

۱- در صورتی که ادعـای شـخص ثـالث بمالکیت مبیع یا حقی از حقوق عینی بر آن، محرز شـده باشـد و مشتری برای جلوگیری از جریان بلا اثر بودن محاکمه، تسلیم به دعوی شود.

۲- در صورتی که مشتری در مقابل ادعاء محرز شخص ثالث بمالکیت یا حق عینی دیگری، مبلغی را باو بدهد. چنانکه شخص ثالث دعوی حق رهن بر مبیع نماید و مشتری برای فک آن مبلغ مزبور را باو بپردازد.

در دو صورت بالا مشتری با ابراز ادلۀ مثبته بر حقانیت شخص ثالث در مقابل بایع ذیحق شناخته میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۷۵

مبحث پنجم در خیارات و احکام راجعۀ بان

فقرۀ اول در خیارات

اشاره

عقـد لازم پس از آنکه طبق قانون واقع شـد بدسـتور مادۀ «۲۱۹» قـانون مـدنی بین متعـاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است و باید مفاد آن را بموقع اجراء بگذارند و نمیتوانند هر زمان بخواهند آن را بر هم زنند مگر در دو مورد: اقاله- و فسخ بعلت قانونی.

یک- اقاله چنانکه در قسمت سقوط تعهدات گذشت، اقاله برهم زدن عقد لازم است بتراضی طرفین همچنانی که بتوافق خود آن را منعقد نموده‌اند.

دو- فسـخ بعلت قانونی- فسـخ عقد بعلت قانونی در موردیست که یکی از خیارات در آن موجود باشد. خیارات کلمۀ است عربی و جمع مؤنث خیار است. در اصطلاح حقوقی خیار حقی است برای متبایعین یا یکی از آنها که میتواند عقد لازم را برهم زند.

طبق مادۀ «۳۹۶» قانون مدنی خیارات از قرار ذیلند:

۱) خیار مجلس. ۲) خیار حیوان. ۳) خیار شرط. ۴) خیار تأخیر ثمن ۵) خیار رؤیت و تخلف وصف. ۶) خیار غبن. ۷) خیار عیب. ۸) خیار تدلیس.

۹) خیار تبعض صفقه. ۱۰) خیار تخلف شرط.

قانون مدنی در مادۀ بالا ده قسم از خیارات را شـمرده است و در ضمن مواد، احکام خیارات دیگری را بدون آنکه نامی از آنها ببرد متعرض شده است که شرح آن در مورد خود بیان می‌شود.

خیارات بر دو قسمند: اول – خیارات مختص. دوم – خیارات مشترک.

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۷۶

قسم اول – در خیارات مختص

اشاره

خیارات مختص، خیاراتی هستند که فقط در عقد بیع یافت میشوند و در عقود لازم دیگر موجود نخواهند شد و آنها طبق ذیل ماده «۴۵۶» قانون مدنی عبارتند از: خیار مجلس، خیار حیوان، و خیار تأخیر ثمن. مادهٔ «۴۵۶» قانون مدنی: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است».

اول- در خیار مجلس-

اشاره

ماده «۳۹۷» قانون مدنی میگوید: «هر یک از متبایعین بعد از عقد فی المجلس و مادام که متفرق نشده‌اند اختیار فسخ معامله را دارند». و چنانکه آنان متفرق شوند حق فسخ ساقط میگردد، بنابراین هرگاه بین آن دو پردهٔ آویخته شود یا آنان در دو اطاق مجاور معامله نموده باشند، و در اطاق بین آن دو بسته شود حق فسخ زائل نمیگردد زیرا عرفاً آنها متفرق نشده‌اند و همچنین است هرگاه با یکدیگر از مجلس عقد خارج گردند و در راه همراه باشند، ولی هرگاه در راه یکی دیگری را ترک کند بدین نحو که چون دوست خود را ببیند از طرف خود خداحافظی نماید و با او مشغول صحبت شود، متبایعین از یکدیگر جدا شده شناخته میشوند و نمیتوانند پس از آن بیع را باستناد خیار مجلس فسخ نمایند.
نامیدن خیار مزبور بخیار مجلس مبنی بر تغلیب است زیرا اغلب معاملات در حال نشستن متعاملین در محل معینی منعقد می‌گردد.

بعض مسائل مربوط بخیار مجلس:

۱- در خیار مجلس وکیل مانند موکل است،

بنابراین هرگاه وکیل در عقد، وکالت در فسخ را نیز دارا باشد، مادام که متبایعین از یکدیگر متفرق نشده‌اند میتوانند بیع را فسخ نمایند، لذا هرگاه عقد بوسیلهٔ وکلای طرفین منعقد شود و یا یک طرف وکیل باشد هر یک میتواند از خیار مجلس استفاده نموده بیع را برهم زند.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۷۷

۲- در صورتی که بیع بوسیلهٔ وکیل منعقد شود و بعداً موکل در مجلس حاضر گردد و وکیل خارج شود،

مادام که موکل و طرف معامله متفرق نشده‌اند هر یک میتواند بیع را فسخ نماید، زیرا کلمهٔ متبایعین مذکور در ماده بر موکل صدق مینماید و لازم نیست که عقد بوسیله او انجام شده باشد. در این امر فرق نمینماید وکیلی که بیع را منعقد ساخته وکالت در فسخ معامله داشته یا نداشته باشد.

۳- ولی و قیم مانند اصیل است،

بنابراین هرگاه پس از عقد، قبل از متفرق شدن متبایعین، مولی علیه در مجلس حاضر شود و سپس بحد رشد برسد و ولی یا قیم خارج گردند مولی علیه میتواند بیع را برهم زند. چنانچه مولی علیه در خارج از مجلس عقد بحد رشد برسد و سپس داخل در مجلس گردد نمیتواند بیع را فسخ بنماید اگر چه ولی و قیم هنوز در مجلس باشند، زیرا در لحظهٔ که مولی علیه رشید در خارج از مجلس بوده، ولی و قیم که حاضر بوده‌اند سمتی نداشته‌اند، زیرا سمت آنها در اثر رشد مولی علیه زایل شده بوده است.

۴- در صورتی که یکی از متعاملین در مجلس عقد فوت نماید و وارث منحصر یا تمامی ورثهٔ او حاضر باشند،

آنها میتوانند از خیار مجلس استفاده نموده و بیع را فسخ کنند، زیرا بفوت، حق فسخ منتقل بوارث منحصر یا ورثه شده و قائم مقام مورث خود میگردند. ولی هرگاه وارث منحصر و یا تمامی ورثه در حین فوت حاضر نباشند و بعد از فوت او وارد مجلس عقد گردند نمیتوانند از خیار مجلس استفاده کنند، زیرا بفوت معامله‌کننده، شخصیت مدنی او منتفی شده و حق خیار ساقط میگردد و بوارث که در خارج مجلس عقد میباشد منتقل نمیشود. در صورتی که بعضی از ورثه در حین فوت مورث در مجلس عقد حضور داشته باشند آنها نمیتوانند بیع را فسخ بنمایند، زیرا حق خیار غیر قابل تجزیه است و بعضی از ورثه که در مجلس عقد حاضر نیستند نمیتوانند از خیار استفاده نمایند بنابراین حق خیار مجلس ساقط می‌گردد.

۵- متفرق شدن متبایعین در صورتی موجب سقوط خیار مجلس است که آنها با اختیار از یکدیگر جدا شوند

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۷۸

و چنانچه آنها را باکراه از یکدیگر جدا نمایند خیار مجلس ساقط نمیشود، و مکره میتواند پس از رفع اکراه در هر جائی که باشد فوراً بیع را فسخ نماید.

۶- در صورتی که یکی از متبایعین از مجلس عقد خارج شود،

خیار مجلس از طرفین ساقط میگردد اگر چه طرف دیگر هنوز در مجلس عقد حضور داشته باشد، زیرا در این صورت عرفاً گفته میشود که متبایعین متفرق شده‌اند.

۷- در صورتی که طبق ذیل مادهٔ «۱۹۸» قانون مدنی یک نفر بوکالت از طرف متعاملین عقد بیع را واقع سازد،

پرسشی پیش خواهد آمد که خیار مجلس تا چه زمانی خواهد بود؟ بین حقوقیین امامیه سه نظریه موجود است.
اول- مادام که وکیل مزبور در مجلس عقد است میتواند بیع را فسخ نماید و چون آن را ترک کند خیار مجلس ساقط میشود، زیرا خارج شدن وکیل از مجلس عقد مانند تفرق متعاقدین است.
دوم- مادام که وکالت باقی است خیار مجلس باقی خواهد بود، و چنانچه وکالت از ناحیهٔ یکی از طرفین منحل شود، خیار مجلس ساقط می‌گردد، زیرا تعدد اعتباری که در اثر وکالت وکیل از ناحیه طرفین معامله، حاصل شده است مادام که بجهتی از جهات زایل نشود، تفرقهٔ اعتباری بوجود نمیآید و چون وکالت از ناحیهٔ یکی از طرفین منحل شود تعدد زایل و تفرقه حاصل میگردد.
سوم- خیار مجلس موجود نمیشود، زیرا ادلهٔ که برای متبایعین حق خیار مجلس میشناسد، ناظر بموردی است که طرفین عقد در

خارج متعدد باشند و با وکالت یک نفر از طرف متبایعین موردی برای تحقق خیار مجلس نخواهد بود، علاوه بر آنکه حق خیار بر خلاف اصل لزوم بیع است و باید اکتفا بمورد یقین که تعدد طرفین معامله است نمود. این نظریه مطابق با اصول قضائی و مستفاد از مادهٔ «۳۹۷» قانون مدنی بنظر میرسد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۷۹

در صورتی که یک نفر بسمت دیگری غیر از وکالت، از ناحیهٔ طرفین عقد بیع را واقع سازد، و یا کسی بسمت ولایت یا قیمومت یا وکالت برای خود معامله نماید و یا بسمت ولایت برای کسی که نسبت باو ولی و یا قیم میباشد معامله کند، سه نظریه حقوقی مذکور در بالا جاری میباشد.

دوم- در خیار حیوان.

مادهٔ «۳۹۸» قانون مدنی: «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد». قانون مدنی ایران به پیروی از قول مشهور فقهای شیعه حق فسخ را فقط برای مشتری در صورتی که مبیع حیوان باشد شناخته است. در فقه امامیه دو قول دیگر نیز موجود است:

۱- در صورتی که ثمن حیوان باشد بایع دارای حق فسخ خواهد بود همچنانی که هرگاه مبیع حیوان باشد مشتری حق فسخ دارد مثلا، چنانکه کسی گاوی را بدو گوسفند بفروشد هر یک از بایع و مشتری میتوانند بیع را در ظرف سه روز فسخ نماید.

۲- در بیع حیوان، بایع مانند مشتری میتواند در ظرف سه روز بیع را فسخ کند اگر چه ثمن حیوان نباشد.

خیار حیوان در مبیع مشخص و کلی جاری میباشد زیرا اطلاق ماد بالا اقتضاء شمول را مینماید و موجبی برای اختصاص آن بمبیع خارجی نیست. فقهای امامیه تصریحی راجع باین امر ننموده‌اند و فقط از کتاب جواهر الکلام استظهار میشود که خیار حیوان اختصاص ببیعی دارد که مبیع آن عین خارجی است.

کلمهٔ حیوان مذکور در ماده مطلق است و شامل هر یک از حیوانات میشود، بنابراین فرقی نخواهد داشت که مبیع از حیوانات بزرگ مانند گاو، و شتر، اسب، گوسفند و بز باشد یا از حیوانات کوچک مانند مرغ، کبوتر، ماهی و کرم ابریشم، زنبور عسل و امثال آن، ولی حیوان باید زنده باشد زیرا اطلاق حیوان متصرف بزنده است،

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۸۰

بدین جهت خیار حیوان در بیع ماهی دودی و شکار پس از کشته شدن جاری نمی‌گردد.

مدت خیار حیوان سه روز از تاریخ انعقاد عقد بیع میباشد، بدین نحو که پس از عقد بلافاصله تا انقضاء، سه روز مشتری میتواند عقد را فسخ نماید. روز طبق مادهٔ «۶۱۲» قانون آئین دادرسی مدنی بیست و چهار ساعت تمام محسوب میشود، بنابراین هرگاه عقد بیع در ساعت ده صبح روز شنبه واقع شده باشد حق خیار حیوان تا ساعت ده روز سه‌شنبه باقی خواهد بود.

مشتری در یک زمان میتواند دارای خیار فسخ بدو جهت یکی خیار مجلس و دیگری خیار حیوان باشد، زیرا اجتماع اسباب مختلفه حقوقی در آن واحد مانعی نخواهد داشت.

سوم- در خیار تأخیر ثمن.

اشاره

مادهٔ «۴۰۲» قانون مدنی: «هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیهٔ ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد

بایع مختار در فسخ معامله میشود.»

چنانکه از مادهٔ بالا معلوم میشود بایع میتواند با بودن شرائط زیر، عقد بیع را در ظرف سه روز از تاریخ انعقاد آن فسخ نماید:

۱- در صورتی که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد منظور از کلمهٔ (در حکم آن) مقدار معین بطور کلی از شیئی و متساوی الاجزاء است، مانند دو تن گندم از سی تن گندم موجود در انبار در مورد مزبور، مبیع مانند عین خارجی در خارج موجود است و بین افراد عدیده منتشر میباشد بدین جهت آن را در حکم عین خارجی دانسته‌اند و اصطلاحاً آن را کلی در معین نیز میگویند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۸۱

در بیعی که مبیع آن کلی فی الذمه باشد خیار تأخیر ثمن جاری نمیگردد.

برای تحقق خیار تأخیر ثمن هیچ‌گونه خصوصیتی در ثمن رعایت نمیشود، بنابراین فرقی نخواهد داشت که ثمن عین خارجی و یا در حکم آن و یا کلی فی الذمه باشد.

۲- در صورتی که بیع نقد باشد، یعنی برای تأدیهٔ ثمن و یا برای تسلیم مبیع اجلی در عقد بین متبایعین مقرر نشده باشد. بنابراین در صورتی که برای تسلیم مبیع اجلی معین شده باشد چنانکه متعاملین قرار دهند که مبیع پس از یک ماه بمشتری تسلیم شود، خیار تأخیر ثمن جاری نخواهد شد و همچنین است هرگاه برای تأدیهٔ ثمن اجل معین شود. در صورتی که در عقد بیع برای تسلیم بعضی از مبیع و تأدیه بعض از ثمن اجل معین شود. و نسبت ببقیه عقد ساکت باشد و یا قید نمایند که بلافاصله تسلیم شود یا نقداً پرداخت گردد، خیار تأخیر ثمن موجود نمیشود، زیرا این امر تبعض در بیع است و آن موجب ضرر مشتری خواهد بود، دلیل این امر اطلاق ماده «۴۰۲» ق. م. است که مؤجل بودن مبیع یا ثمن را مانع از پیدایش خیار تأخیر ثمن دانسته است.

۳- در صورتی که سه روز از حین عقد بگذرد و بایع تمام مبیع را تسلیم مشتری ننموده باشد بنابراین هرگاه بعض از مبیع تسلیم مشتری شده باشد خیار بایع ساقط نخواهد گردید. دلیل این امر مفهوم قسمتی از مادهٔ «۴۰۴» قانون مدنی میباشد که میگوید: «هرگاه بایع در ظرف سه روز از تاریخ بیع تمام مبیع را تسلیم مشتری کند ... دیگر برای بایع اختیار فسخ نخواهد بود». زیرا چنانکه با تسلیم بعض مبیع حق فسخ نسبت بآن بعض ساقط و نسبت ببعض دیگر باقی بماند، فسخ بعض مزبور موجب ضرر مشتری میشود و قانون برای جلوگیری از ضرر مشتری تبعض را نپذیرفته است و مقرر داشته که بایع میتواند یا از حق فسخ استفاده نموده تمامی بیع را فسخ نماید و یا آن را قبول کند.

در صورتی که پس از تسلیم مبیع بمشتری بنحوی از انحاء آن مبیع ببایع مسترد شود چنانکه پس از تسلیم، مشتری آن را نزد بایع ودیعه گذارد یا عاریه دهد و یا

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۸۲

برهن بگذارد، بایع حق فسخ نخواهد داشت، زیرا حق فسخ در اثر تسلیم مبیع ساقط شده و موجبی برای عودت آن نیست. مادهٔ «۴۰۴» قانون مدنی: «هرگاه بایع در ظرف سه روز از تاریخ بیع تمام مبیع را تسلیم مشتری کند یا مشتری تمام ثمن را ببایع بدهد، دیگر برای بایع اختیار فسخ نخواهد بود اگر چه ثانیاً بنحوی از انحاء مبیع ببایع و ثمن بمشتری برگشته باشد». تسلیمی که موجب سقوط حق خیار است باید بمیل بایع باشد و الا هرگاه باکراه و حیله مبیع را از بایع اخذ شود و یا مشتری بدون اجازهٔ بایع طبق مادهٔ «۳۷۴» قانون مدنی مبیع را قبض نماید، حق خیار بایع ساقط نخواهد شد و میتواند استرداد آن را از مشتری بخواهد. دلیل این امر مفهوم مخالف مادهٔ «۳۷۸» قانون مدنی است که میگوید: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن مبیع را بمیل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر بموجب فسخ در مورد خیار».

در پیدایش حق فسخ برای بایع پس از گذشتن سه روز، فرقی نمی‌نماید که عدم تسلیم ثمن ببایع اختیاری مشتری باشد، چنانکه برای قبض مبیع از حق حبس ثمن استفاده نموده، یا اضطراری، چنانکه مشتری بلافاصله بازداشت شده و یا فراموش کرده و ثمن را تسلیم

ننموده است، همچنانی که مطالبهٔ مشتری و عدم مطالبهٔ او نیز تأثیری در حق فسخ نمینماید، زیرا بایع میتواند مادام که ثمن را اخذ ننموده مبیع را تسلیم نکند اگر چه مشتری آن را مطالبه نماید.

۴- در صورتی که مشتری در ظرف سه روز از تاریخ عقد، تمام ثمن را ببایع تأدیه ننموده باشد. بنابراین چنانکه بعض از ثمن ببایع تأدیه شده باشد حق خیار او ساقط نمیگردد. این ستکه مادهٔ «۴۰۷» قانون مدنی میگوید: «تسلیم بعض ثمن یا دادن آن بکسی که حق قبض ندارد خیار بایع را ساقط نمیکند».

اگر مشتری برای ثمن ضامن بدهد یا بایع حواله دهد که ثمن بشخص ثالث تأدیه شود، بعد از تحقق حواله یعنی قبول محال علیه (مشتری) خیار تأخیر ساقط میشود، زیرا قبول ضمان از ناحیهٔ بایع و تحقق حواله، قبض ثمن محسوب میشود و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۸۳

ذمهٔ مشتری نسبت ببایع بری میگردد.

با توجه باطلاق مادهٔ بالا فرقی نمینماید که تأخیر ثمن از ناحیهٔ مشتری در اثر عذر موجه بوده و یا تقصیر نموده باشد، همچنانی که فرقی نمیکند که بایع ثمن را از مشتری مطالبه نموده یا مطالبه ننموده باشد، زیرا عقد بیع مشتری را طبق شق ۴ مادهٔ «۳۶۲» قانون مدنی بتأدیهٔ ثمن ملزم میکند، و عدم مطالبه موجب جواز تأخیر انجام تکلیف نمیگردد.

مطالبهٔ ثمن از طرف بایع التزام ببیع و موجب سقوط خیار تأخیر نمیباشد، زیرا حق خیار پس از آنکه موجود گردد ساقط نمیشود مگر بامر قانونی و یا باارادهٔ دارندهٔ حق که بایع است، و هیچیک از آن دو امر موجود نشده است. ولی چنانچه قصد بایع در مطالبهٔ ثمن از مشتری آن باشد که از حق خیار صرف نظر نموده دیگر نمیتواند پس از آن بیع را فسخ کند. این است که مادهٔ «۴۰۳» قانون مدنی میگوید:

«اگر بایع بنحوی از انحاء مطالبهٔ ثمن نماید و بقرائن معلوم گردد که مقصود التزام ببیع بوده است خیار او ساقط خواهد شد».

در صورتی که مشتری ثمن را حاضر کرد که ببایع بدهد و او از اخذ آن امتناع نمود طبق مادهٔ «۴۰۵» قانون مدنی خیار او ساقط میشود، زیرا مشتری برای انجام تکلیف قانونی آماده بوده و بایع استنکاف از پذیرفتن ثمن داشته است.

تسلیم ثمن معیوب، موجب سقوط خیار تأخیر ثمن است اگر چه ثمن کلی باشد، زیرا عرفاً ثمن، تأدیه شده شناخته می‌شود. هرگاه ثمن کلی باشد در صورتی خیار ساقط می‌شود که آنچه ببایع میدهد متعلق بغیر نباشد و الا هرگاه متعلق بغیر و مالك اجازهٔ تأدیه آن را نداده باشد، خیار ساقط نمیگردد، زیرا تأدیه قانونی محسوب نمی‌شود.

در صورتی که شرائط چهارگانه مذکور در فوق جمع شود، بایع میتواند پس از گذشتن سه روز از حین عقد بیع را فسخ نماید. روز چنانکه در خیار حیوان گذشت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۸۴

طبق مادهٔ «۶۱۲» قانون آئین دادرسی مدنی بیست و چهار ساعت میباشد.

پرسشی که پیش می‌آید آن است که آیا خیار تأخیر ثمن پس از انقضاء سه روز، فوری است یا بایع میتواند استفاده از حق فسخ را بتأخیر اندازد و مادام که آن را ساقط ننموده است بیع را فسخ کند؟ قانون مدنی تصریح بفوریت خیار تأخیر ثمن ننموده، بدین جهت نمیتوان با گذشتن مدتی که بتوان از حق فسخ استفاده نمود خیار تأخیر را ساقط دانست، مگر آنکه گذشتن مدت مزبور را بتوان با اوضاع و احوال خارج، کاشف از التزام بایع ببیع دانست.

در صورتی که سه روز از عقد بگذرد و حق خیار برای بایع مسلم گردد و قبل از فسخ بیع، مشتری ثمن را برای تأدیه حاضر نماید خیار او ساقط نمی‌شود و میتواند از پذیرفتن ثمن امتناع کند و بیع را فسخ بنماید، زیرا حق فسخ با گذشتن سه روز از تاریخ عقد و عدم تأدیه محرز گردیده است، و حق فسخ بدون سبب قانونی و یا اسقاط آن بوسیلهٔ دارندهٔ حق ساقط نمی‌شود، و در مورد مزبور

سبب قانونی موجود نیست و دارندهٔ حق هم آن را ساقط ننموده است، لذا خیار باقی و بایع میتواند بیع را فسخ کند.

تبصرهٔ ۱- در صورتی که مبیع از چیزهائی باشد که هرگاه بایع سه روز صبر نماید تا از خیار تأخیر ثمن استفاده کند، آن مبیع فاسد می‌شود

مانند سبزی، ماهی، گوشت و امثال آن و یا کم قیمت میگردد، مانند میوه، گل و امثال آن. مادهٔ «۴۰۹» قانون مدنی مدت انتظار را کوتاه نموده و آن را باعتبار طبیعت مبیع متفاوت قرار داده است، و ابتداء پیدایش خیار را زمانی دانسته که مبیع مشرف بفساد یا کسر قیمت میگردد. مثلا در مورد کسی که یک بار سبزی میفروشد و ثمن را دریافت نمیدارد، چنانچه سبزی شب بماند خراب و یا کم قیمت می‌شود، بایع میتواند قبل از فرا رسیدن شب هرگاه مشتری ثمن را نپرداخت، بیع را فسخ نماید و در مورد گوشت که پس از بیست و چهار ساعت فاسد می‌شود هرگاه مشتری قبل از فساد آن بمدتی که بتوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۸۵

گوشت را بفروش رسانید ثمن را نپرداخت، بایع میتواند بیع را فسخ نماید. بنابراین در صورتی که قصاب گوشت را صبح فروخته، و قیمت آن را دریافت نکرده باشد میتواند قبل از صبح روز بعد بیع را فسخ کند ولی چون قبل از صبح گوشت در بازار فروش ندارد، میتواند عصر روز معامله که بازار فروش گوشت باقی است، بیع را فسخ نماید تا ضرر متوجه او نشود.

خیار مزبور را در حقوق امامیه خیار ما یفسد لیومه میگویند و بعضی از فقهاء آن را خیار جداگانه غیر از خیار تأخیر ثمن شمرده‌اند.

تبصرهٔ ۲- قانون مدنی بعضی از کشورهای بیگانه اجازه داده که هر یک از متعاملین بتواند در صورت تأخیر طرف دیگر از انجام تعهد، معامله را فسخ نماید،

زیرا با پرداخت خسارت تأخیر تادیه، نمیتوان همیشه خسارت متعهد له را جبران نمود، و در صورتی که متعهد با اختیار از انجام تعهد امتناع نماید، سهل‌ترین وسیله برای اجبار او بانجام تعهد، دادن حق فسخ بمتعهد له میباشد. قانون مدنی ایران این اصل را در معاملات نپذیرفته و مادام که اجبار ممتنع صورت‌پذیر است، حق فسخ بمتعهد له نمیدهد و فقط برای بایع در مورد تأخیر ثمن حق فسخ را با شرائط مذکور در مادهٔ «۴۰۲» قانون مدنی شناخته و صریحاً آن را از مشتری در مادهٔ «۴۰۶» قانون مدنی سلب نموده است. مادهٔ «۴۰۶» قانون مدنی: «خیار تأخیر مخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تأخیر در تسلیم مبیع این اختیار نمیباشد».

قسم دوم- در خیارات مشترک

اشاره

خیارات مشترک، خیاراتی هستند که اختصاص به بیع ندارند و ممکن است در هر یک از معاملات لازمه یافت شود. مادهٔ «۴۵۶» قانون مدنی میگوید: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است».

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۸۶

نظر بمادهٔ مزبور و مادهٔ «۳۹۶» قانون مدنی که خیارات را میشمارد، خیارات مشترک عبارتند از: ۱- خیار شرط. ۲- خیار رؤیت و تخلف وصف. ۳- خیار غبن ۴- خیار عیب ۵- خیار تدلیس. ۶- خیار تبعض صفقه- خیار تخلف شرط ۸- خیار تفلیس که قانون مدنی در مادهٔ «۳۸۰» حکم آن را بیان مینماید.

اختصاص داشتن خیارات بمعاملات لازمه، از نظر آن است که عقود جائزه مانند ودیعه، عاریه، وکالت و امثال آن بخودی خود قابل

فسخ و انحلال میباشد و احتیاجی بموجب دیگری نخواهد داشت و هرگاه شرط فسخ در عقد جائز بشود بیان و تأکیدی بیش نمیباشد.

خیارات مشترک نمیتوانند در تمامی معاملات لازمه موجود شوند، زیرا بعض از آن خیارات در خور طبیعت معاملات معوض میباشد و در معاملات غیر معوض جاری نمیگردد، مانند خیار غبن که در مورد عدم تعادل قیمت حقیقی شیئی و عوضی است که در معامله قرار داده شده و آن منحصراً در معاملات معوض مثل بیع و معاوضه و اجاره خواهد بود و در هبه، که طبیعتاً غیر معوض است پیدا نخواهد شد.

همچنین در وقف که حبس عین و تسبیل منفعت است خیارات جاری نمیشود، چنانکه در نکاح از جنبهٔ اجتماعی که حبس عین و تسبیل منفعت است خیارات جاری نمیشود، چنانکه در نکاح از جنبهٔ اجتماعی و عمومی آن که در اصطلاح مذهبی جنبهٔ عبادی گویند، خیار شرط نمیتوان قرارداد اگر چه در مهر که جنبهٔ معاوضه‌اش غلبه دارد شرط خیار ممکن خواهد بود.

اول- در خیار شرط

اشاره

خیار شرط عبارت است از اختیاری که در ضمن عقد برای یکی از متعاملین یا هر دو آنها یا شخص ثالث قرار داده میشود تا بتواند در مدت معینی معامله را فسخ نماید.

عقدی که خیار شرط در آن قرار داده شده عقد خیاری گویند.

افراد آزادانه میتوانند هرگونه تعهدی بنمایند که بر خلاف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، خیار شرط در معامله امری است عقلائی که مورد عمل جامعه قرار

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۸۷

گرفته و منطق حقوقی نیز آن را میپذیرد، بدین جهت مادهٔ «۳۹۹» قانون مدنی میگوید:

«در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد».

طبق مادهٔ بالا هر یک از متعاملین میتواند در عقد بیع حق فسخ را برای خود قرار دهد که در مدت معینه معامله را برهم زند بدون آنکه طرف دیگر رضایت باین امر بدهد، زیرا حق مزبور در ضمن عقد بیع برای او حفظ شده، و عقد با قید مزبور منعقد گشته است. مثلًا در عقد بیع میتوان شرط نمود که چنانچه مشتری بخواهد میتواند پس از شش ماه از تاریخ تنظیم سند بیع را فسخ نموده و ثمن را دریافت دارد.

طرفین عقد میتوانند این حق را برای شخص ثالث یعنی کسی که بیگانه از عقد است قرار دهند، چنانکه متعاملین در ضمن عقد بیع شرط کنند که هرگاه پسر بایع خواست، میتواند در ظرف یک ماه پس از یک سال از تاریخ عقد، بیع را فسخ نماید.

ممکن است حق فسخ برای هر یک از متعاملین و شخص ثالث یا برای هر دو از متعاملین و شخص ثالث قرار داده شود، در این صورت هر یک که عقد را فسخ نمود عقد منحل میشود و موافقت دیگری شرط نیست، مگر اینکه در ضمن عقد موافقت دیگری قید شده باشد.

شخص ثالث در اختیار فسخی که باو داده شده داور است و سمت وکالت و نمایندگی از طرف متعاملین یا یکی از آنها را ندارد، مگر آنکه صراحتاً شخص ثالث را بعنوان وکیل در فسخ معین نمایند. داور بودن شخص ثالث عقیدهٔ حقوقیین امامیه است، ابو حنیفه و احمد و یکی از دو قول شافعی بر آن است که شخص ثالث سمت وکالت را در فسخ دارد، بنابراین حق فسخ برای موکل نیز ثابت خواهد بود.

همچنانی که متعاملین میتوانند برای شخص ثالث حق فسخ قرار دهند، میتوانند در ضمن عقد شرط کنند که حق فسخ برای متعاملین یا یکی از آنها پس از شور با شخص ثالث باشد، بدین معنی که مشروط له با شخص ثالث مشاوره مینماید در صورتی که شخص مزبور نظر بر فسخ داشت و آن را صلاح دانست، خیار برای مشروط له ثابت می گردد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۸۸

و او میتواند معامله را فسخ و یا قبول نماید و در صورتی که مشاور نظر بر فسخ نداشت معامله قطعی میگردد.

همچنانی که میتوان در عقد بیع، حق فسخ نسبت بتمامی مبیع قرارداد، میتوان نسبت ببعض از مبیع حق فسخ برقرار نمود، مثلا متبایعین میتوانند در ضمن عقد، شرط کنند که در مدت شش ماه از تاریخ عقد، مشتری بتواند ربع و یا قسمت مفروز معینی از مبیع را فسخ و بهمان نسبت از ثمن مسترد دارد.

در عقد باید معین شود که مشروط له در چه مدت میتواند معامله را فسخ کند و الا هرگاه مدت معین نباشد طبق مادهٔ «۴۰۱» قانون مدنی هم شرط خیار و هم عقد باطل است.

برای توضیح مادهٔ مزبور دو امر مورد بحث قرار میگیرد:

۱- معین بودن مدت خیار فسخ

معین نبودن مدت خیار فسخ در صورتیست که مقدار و زمان آن معلوم نباشد، چنانکه در عقد بیع فقط، شرط شود که مشتری بتواند معامله را فسخ نماید. همچنین است در صورتی که ابتدا و یا انتهای مدت حق فسخ را امری قرار دهند که تاریخ وقوع آن مجهول باشد، مانند تاریخ انعقاد قرار داد صلح پس از جنگ جهانی آتیه یا رفع بحران اقتصادی پس از جنگ مزبور و یا آمدن اولین برف در طهران، این مانند آنست که کسی مالی را بدیگری بفروشد و در ضمن آن حق فسخ بیع را مادام الحیات برای خود قرار دهد، زیرا تاریخ انتهای مدت که فوت بایع است معلوم نمیباشد.

در صورتی که ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد طبق مادهٔ «۴۰۰» قانون مدنی ابتداء آن از تاریخ عقد محسوب است و آن در دو صورت است: یکی آنکه مقدار زمان معین باشد ولی ابتدا و انتهای آن ذکر نگردد چنانکه گفته شود مشتری بتواند بیع را در مدت ده روز فسخ نماید و دیگر آنکه انتهای مدت معین باشد ولی مقدار و ابتدای آن بیان نگردد چنانکه گفته شود تا اول اردی‌بهشت ماه سال آینده مشروط له میتواند معامله را فسخ کند، در هر دو صورت ابتداء مدت خیار شرط از تاریخ انعقاد عقد محسوب میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۸۹

در خیار شرط لازم نیست مدت متصل بعقد باشد بلکه میتوان مدتی را معین نمود که منفصل از زمان عقد باشد چنانکه در عقد بیع، شرط شود که هر یک از متعاملین میتواند پس از دو سال از تاریخ عقد، بیع را فسخ نماید.

آیا میتوان حق فسخ را برای همیشه قرارداد؟

آنچه موجب پرسش بالا شده، آنست که مدت (همیشه) معین است یا غیر معین؟

چنانکه کسی خانهٔ را بدیگری بفروشد و حق فسخ برای همیشه ببایع داده شود.

بنظر میرسد که مدت مزبور معین است و آن در تمامی اوقات میباشد که ابتدای آن زمان انعقاد عقد است. اشکال شده است که هرگاه قرار دادن خیار فسخ برای همیشه در ضمن عقد لازم صحیح باشد، عقد لازم تبدیل بجائز میگردد. گفته میشود که اشکال مزبور تالی فاسدی ندارد، زیرا لزوم و جواز از مقتضیات ذات عقود نیست تا شرط مزبور بر خلاف مقتضای عقد باشد، همچنانی که میتوان عقد جائزی را مانند وکالت در ضمن عقد لازم بدون قید مدت شرط نمود، در این صورت عقد جائز مادام که عقد لازم

منحل نشده آثار عقد لازم را پیدا مینماید و موکل نمیتواند وکیل را عزل کند، مادهٔ «۶۷۹» قانون مدنی میگوید: «موکل میتواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد».

۲- شرطی که مدت آن مجهول باشد موجب بطلان عقد است

چنانکه در شق ۲ از مادهٔ «۲۳۳» قانون مدنی بیان گردید، از جملهٔ شروطی که باطل و موجب بطلان عقد میباشد، شرط مجهولی است که مجهول بآن موجب جهل بعوضین میگردد.
وجود خیار شرط در مبیع در ارزش مبیع تأثیر بسزائی دارد، زیرا هرگاه خیار شرط بنفع بایع است بدستور مادهٔ «۴۶۰» قانون مدنی «در بیع شرط مشتری نمیتواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید» و چنانچه مدت شرط مجهول باشد موجب تنزل ارزش مبیع برای مشتری بمقدار نامعلومی میگردد و هرگاه خیار بنفع مشتری است بایع باید در مدت مجهولی ثمن المثل را آماده نگهدارد که چنانچه مشتری از حق خیار خود استفاده نماید آن را باو رد کند و این امر سبب فزونی ارزش مبیع برای حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۴۹۰
مشتری بمقدار نامعلومی میشود. مقدار تنزل و ترقی ارزش مبیع بنسبت کوتاهی و درازی مدت خیار، فرق مینماید و در صورتی که مدت خیار شرط مجهول باشد جهل بآن در جهل با حد عوضین که ثمن باشد تسری مینماید. اینست که مادهٔ «۴۰۱» قانون مدنی میگوید: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است». قانون مدنی به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه عقد را نیز باطل میداند و قول دیگر آن است که بطلان شرط سرایت بعقد نمیکند زیرا جهل بمدت خیار شرط موجب جهل بثمن نمیگردد.
بیع شرط در ایران مانند کشورهای دیگر در اثر تحولات اقتصادی و اجتماعی دچار مقررات خاصی گردیده و از مقررات خیار شرط بر کنار شده است. در این کتاب به پیروی از قانون مدنی بیع شرط در فصل مخصوصی در آخر بیع بیان میشود.

شرط خیار به نحو ممکن است در عقد قرار داده شود:

۱- شرط خیار، در ضمن عقد درج شود.

یعنی شرط خیار بین ایجاب و قبول قرار گیرد. در این صورت عقد و شرط پیکر حقوقی واحدی را تشکیل میدهد و بصورت عقد مشروط واقع میشود، چنانکه موجر بگوید: خانهٔ خود را برای شش ماه اجاره میدهم بده هزار ریال، بشرط آنکه سر سه ماه حق فسخ اجاره را داشته باشم و مستأجر آن را قبول نماید. عموماً خیار شرط را بدین نحو قرار میدهند.

۲- شرط خیار، مقدم بر عقد باشد.

و آن در صورتی صحیح است که عقد مبتنی بر آن شرط، واقع شود، چنانکه بین متعاملین مقرر شود خانهٔ را که مالک بعداً اجاره میدهد موجر در سر ماه حق فسخ داشته باشد و عقد اجاره بر آن شرط واقع شود. در این صورت اگر چه شرط بین ایجاب و قبول قرار نگرفته است، ولی چون بناء طرفین بر انعقاد عقد بنحوی میباشد که قبلاـ بین طرفین مذاکره بعمل آمده است، عقد حقیقتاً مشروط واقع میشود. هرگاه عقد بنابر شرط سابق منعقد نشود، شرط باطل و عقد صحیح و مطلق خواهد بود. این امر در صورتی است که شرط سابق تعهد مستقلی نباشد.
و الا طبق مادهٔ «۱۰» قانون مدنی تعهد مزبور صحیح و در عقد مؤخر تأثیر خواهد داشت،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۱

چنانکه طرفین تعهد نمایند که در عقد اجارهٔ که بعداً منعقد مینمایند، برای موجر در سر سه ماه حق فسخ باشد، در این صورت تعهد مزبور طبق مادهٔ «۲۱۹» ق. م. الزام‌آور است، مگر آنکه در عقد اجاره تصریح بعدم حق فسخ بنمایند.

۳- شرط خیار، مؤخر بر عقد باشد. و آن در صورتی است که شرط مؤخر عرفاً منفصل از عقد شناخته نشود،

چنانکه پس از انعقاد عقد اجارهٔ خانه، بین طرفین مقرر شود که برای مؤجر در سر شش ماه حق فسخ اجاره باشد که در این صورت عقد اجاره مشروط خواهد بود، و الا هرگاه عرفاً شرط مؤخر، منفصل از عقد شناخته شود، شرط باطل و بلا اثر است و عقد صحیح و بطور مطلق واقع میگردد. این امر در صورتی است که شرط مؤخر از عقد، تعهد جداگانهٔ نباشد و الا تعهد مزبور، عقد مقدم را مقید مینماید، چنانکه پس از عقد، بین مؤجر و مستأجر قرار داد جداگانهٔ منعقد گردد و حق فسخ در سر سه ماه برای مؤجر قرار داده شود.

در صورتی که در عقد بیع، شرطی ذکر نشده باشد، طبق مادهٔ «۳۴۴» قانون مدنی بیع قطعی محسوب است، مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل انعقاد عقد و یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجاری، وجود شرط معهود باشد، زیرا معهود بودن امری در عرف و عادت مانند آن است که در ضمن عقد تصریح شده است. مادهٔ «۲۲۵» ق. م. میگوید: «متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد بمنزله ذکر در عقد است».

در هر یک از عقود لازمه غیر از نکاح و وقف میتوان خیار شرط قرار داد.

دوم- در خیار رؤیت و تخلف وصف

اشاره

با توجه بعنوان و تعریفی که در مادهٔ «۴۱۰» و مادهٔ «۴۱۳» قانون مدنی شده است میتوان خیار رؤیت را غیر از خیار تخلف وصف دانست، بدین جهت هر یک جداگانه مورد گفتگو قرار میگیرد.

۱- خیار تخلف وصف-

خیار تخلف وصف عبارت از اختیاری است که بایع یا مشتری میتواند هرگاه مبیع را مطابق با اوصافی که برای مورد معامله بیان شده نیابد بیع را فسخ کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۲

خیار تخلف وصف در مورد بیع عین خارجی است که در حین عقد حاضر نمیباشد و بذکر جنس و اوصاف، مورد معامله قرار می‌گیرد، ذکر اوصاف مبیع در عقد برای رفع ابهام از مورد معامله میباشد و بدین جهت برای صحت چنین معاملهٔ باید تمامی اوصافی که موجب اختلاف قیمت و رغبت خریداران میشود باید ذکر گردد. هرگاه اوصاف مبیع بصورت شرط در ضمن عقد قرار داده شود و مبیع بر خلاف آن اوصاف درآید، مشروط له میتواند باستناد خیار تخلف شرط، عقد را فسخ نماید و از موارد خیار تخلف وصف نمیباشد.

در صورتی که کسی مالی را ندیده باشد و فقط بتوصیف بایع یا شخص ثالث آن را بخرد و بعداً معلوم شود که مبیع دارای اوصافی که ذکر شده است نمیباشد، طبق مادهٔ «۴۱۰» قانون مدنی مشتری میتواند آن را فسخ نماید و یا بهمان نحو قبول کند و نمیتواند مطالبهٔ

تفاوت قیمت را بنماید، زیرا در مقابل اوصاف مبیع قسمتی از ثمن قرار نگرفته است تا در صورت فقدان بتوان استرداد آن قسمت از ثمن را از بایع خواست، مثلا باغی را که مشتری ندیده و باعتبار اوصافی که بایع از حیث اشجار و بنا بیان مینماید خریداری میکند و پس از معامله مشتری باغ را می‌بیند و آن را مطابق اوصافی که بایع گفته است نمی‌یابد، میتواند بیع را فسخ کند و ثمن را هرگاه پرداخته مسترد دارد.

خیار تخلف وصف اختصاص بمشتری ندارد، بلکه هرگاه بایع مبیع را ندیده و باعتماد اوصافی که مشتری یا شخص ثالث میگوید آن را بفروشد و بعد از معامله آگاه شود که مبیع دارای اوصافی که بیان شده نبوده است، بایع میتواند طبق مادهٔ «۴۱۱» قانون مدنی بیع را فسخ و مبیع را مسترد دارد. چنانکه بایع دارای مزرعهٔ در شهر دیگری است و مشتری آن را دیده است، نزد بایع میرود و با بیان اوصاف راجع بقنات و مقدار بذرافشان، آن مزرعه را میخرد، بعد از فروش بایع اطلاع پیدا مینماید که اوصاف مزرعه غیر از آن است که مشتری بیان کرده، بایع میتواند مزرعه را باستناد خیار تخلف وصف مسترد دارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۳

در صورتی که هیچ‌یک از بایع و مشتری مبیع را ندیده باشند و باوصافی که اشخاص ثالث حکایت نموده‌اند فروخته شده است و پس از معامله بر متبایعین معلوم شود که مورد معامله دارای اوصافی غیر از آنچه اشخاص ثالث بیان کرده‌اند میباشد، هر یک از بایع و مشتری از نظر تخلف اوصافی که شده است میتواند بیع را فسخ نماید. مثلا باغی که مورد معامله قرار گرفته چنانچه از حیث اشجار بیشتر و از حیث آب قنات کمتر از آنچه که توصیف شده است درآید، بایع از نظر زیادتی اشجار و مشتری از نظر کمی آب قنات میتواند بیع را فسخ کند. در این فرض هرگاه یکی از متبایعین بیع را فسخ و دیگری امضاء نمود بیع منفسخ میشود، زیرا پس از امضاء عقد از طرف یکی از حق فسخ صاحب آن ساقط میگردد و با فسخ طرف دیگر، عقد منحل میشود.

چنانکه گذشت ذکر اوصاف مبیع برای رفع ابهام و معلوم نمودن مورد معامله است و بدین جهت میتوان بوسیلهٔ ارائه نمونه از ذکر اوصاف مستغنی گردید و در مواردی بدین وسیله دقیقتر رفع ابهام از مبیع میشود. بنابراین در صورتی که مشتری مبیع را ندیده و از روی نمونه خریده باشد و بعداً معلوم شود که مبیع مطابق با نمونه نیست طبق مادهٔ «۳۵۴» قانون مدنی مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت، همچنانی که هرگاه مشتری مبیع را دیده ولی بایع آن را ندیده و از روی نمونه بفروشد و سپس معلوم گردد که مبیع بر خلاف اوصافی میباشد که در نمونه است، بایع میتواند بیع را فسخ نماید.

هرگاه مشتری بعض از مبیع را دیده و بعض دیگر را از روی بیان اوصاف یا از روی نمونه خریده باشد و پس از معامله معلوم شود که آن بعض مطابق با اوصافی که بیان شده و یا نمونهٔ که ارائه شده نمیباشد، مشتری طبق مادهٔ «۴۱۲» میتواند، تمام مبیع را رد کند و یا تمام آن را نگهدارد و نمیتواند آن بعض را که دیده قبول و آن بعض دیگر را رد نماید، زیرا عقد اگر چه باعتبار اجزاء بعقود متعدده منحل میشود ولی چون دادن حق خیار بمشتری برای رفع ضرری میباشد که باو متوجه شده است و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۴

در فرض مزبور هرگاه مشتری از حق خود بخواهد استفاده بطور تبعیض بنماید، ضرر متوجه بایع می‌گردد و با تعارض دو ضرر با یکدیگر، آن دو ساقط میشوند و موجبی برای فسخ بعض و نگهداری بعض، دیگر باقی نمی‌ماند. بنابراین مشتری برای جبران ضرر خود فقط میتواند تمام مبیع را رد و یا تمام را بهمان نحو قبول نماید. گفته شده است که مشتری میتواند بیع را قبول و یا آنکه آن بعض را که بر خلاف اوصاف معینه در آمده باستناد خیار رؤیت فسخ نماید و نسبت ببعض دیگر که بمشاهده خریداری نموده میتواند نگهدارد و ثمن را تقسیط نماید و میتواند باستناد خیار تبعض صفقه آن را نیز فسخ کند

قانون مدنی در مواد «۴۱۰» و ۴۱۱ و ۴۱۲» خیار تخلف وصف را در مورد مبیع بیان نموده و نامی از ثمن نبرده است ولی با توجه بملاک مواد مزبور، مسلم است که خیار تخلف وصف در ثمنی که عین خارجی باشد و با ذکر اوصاف یا از روی نمونه معین شده

باشـد و پس از عقـد بر خلاف اوصاف یا نمونه درآیـد، بشـرحی که در مورد مبیع بیان گردید، بایع میتواند بیع را فسخ نماید و مادهٔ «۴۵۶» که تمـامی انواع خیـارات مگر خیـار مجلس و حیوان و تـأخیر ثمن را در تمـامی معاملات لازمه جاری میدانـد، مثبت این امر میباشد، زیرا وصف ثمن و مبیع و وصف اعتباری و مانند عوض و معوض است.

۲- خیار رؤیت-

اشاره

مادهٔ «۴۱۳» ق. م «هرگـاه یکی از متبایعین مالی را سابقا دیـده و باعتماد رؤیت سابق معامله کنـد و بعـد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت» چنانکه کسی باغی را مدتی قبل از عقد دیده که دارای درختهای شاداب و عمارات سالم بوده و باعتبار همان وضـعیت آن را خریـداری کرده است، پس از معامله مشاهـده مینمایـد که قبل از عقـد بسـیاری از درختـان در اثر بی‌آبی خشـک و عمـارت آن مخروبـه شـده است، مشـتری میتوانـد معـامله مزبـور را فسـخ نمایـد و یـا بهمـان قیمت نگهدارد. همچنین است هرگاه بایع مزرعهٔ داشته باشد که قناتش پشته انداخته و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۵

آب آن کم شـده است و باعتبار آن وضـعیت، مزرعه را بفروشـد، بعـد از معامله معلوم بشود که قبل از عقد پشـته قنات بخودی خود رد، و قنات بازگشته و آب بیش از سابق جاری شده است، بایع حق فسخ معامله را خواهد داشت.

متعاملین برای معلوم بودن مبیع و رفع ابهام از آن، بایـد اوصافی که در ارزش مبیع و رغبت بآن مؤثر است بداننـد و چون بسـیاری از این اوصاف بوسـیلهٔ مشاهده دانسته میشود، این است که خیار مزبور را خیار رؤیت نامیده‌اند و الا خصوصیتی در حس باصره نیست. بنابراین چنانچه کسـی بوسـیلهٔ حواس ظاهری دیگر مانند سامعه، لامسه، شامه، ذائقه اوصاف لازمهٔ مبیع را قبلا میدانسـته و باعتبار آن اوصاف معامله نموده و پس از معامله معلوم شود که بعض یا تمامی آن اوصاف، قبل از عقـد نقصان پذیرفته و یا زائل شده است، او میتوانـد آن معـامله را باسـتناد ملاک مادهٔ «۴۱۳» قانون مـدنی فسـخ نماید. مثلا هرگاه کسـی سـرکهٔ را که قبلا چشـیده و ترشـی آن معمولی بوده خریداری بنماید، و بعد از معامله معلوم شود که قبلا سـرکه تخمیر شده و ترشی او نقصان پذیرفته است و یا مبیع قناری بوده که خواندن آن را سابقاً شنیده و پس از معامله معلوم شود که طرز خواندن خود را تغییر داده است، مشتری میتواند باستناد خیار رؤیت معامله را فسخ نماید.

دو امر را در خیار رؤیت و تخلف وصف باید متذکر بود:

۱- خیار رؤیت و تخلف وصف در مبیع عین خارجی و یا در حکم آن موجود میگردد

خیـار رؤیت و تخلف وصف چنانکه از مادهٔ «۴۱۴» قـانون مـدنی معلوم میشود در عین خارجی و یا در حکم آن ممکن است موجود گردد، زیرا در بیع عین خارجی و یا در حکم آن که بوسـیلهٔ عقد انتقال ملکیت حاصل میشود چنانچه مورد انتقال بر خلاف اوصاف معینه درآید، راهی برای جبران ضـرر بطور عادلانه غیر از فسخ تصور نمیرود. بوسـیلهٔ اخذ تفاوت قیمت، اگر چه میتوان جبران ضـرر مشتری را نمود، ولی این امر موجب تضرر بایع خواهد گردید علاوه بر آنکه در عقد در مقابل اوصاف مبیع قسمتی از ثمن قرار داده نشده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۶

در بیع کلی، خیار تخلف وصف و رؤیت موجود نمیشود، زیرا در بیع کلی بایع در اثر عقد تعهد مینماید فرد یا افرادی از کلی را که دارای اوصاف معینه باشد بمشتری بوسیله تسلیم تملیک نماید در صورتی که بایع فرد یا افرادی که دارای اوصاف معینه نیستند تسلیم مشتری کند، تملیك حاصل نمیشود و مشتری میتواند آن را رد نموده و فرد یا افرادی که دارای اوصاف معینه باشد بجای آن بخواهد، همچنانی که میتواند از آن اوصاف صرف نظر نماید و آن را در عوض فرد یا افراد مورد تعهد بپذیرد.

عدم ذکر کلمهٔ تخلف وصف در مادهٔ «۴۱۴» و اکتفا به کلمهٔ خیار رؤیت با آنکه قانون مدنی آن دو را در یك فصل بیان نموده مسامحه است و الا حکم مادهٔ نامبرده اختصاص بخیار رؤیت ندارد، و ممکن است از نظر آن باشد که خیار رؤیت بر خیار تخلف وصف نیز صدق مینماید.

۲- خیار رؤیت و تخلف وصف فوری است-.

طبق مادهٔ «۴۱۵» قانون مدنی فسخ معامله باستناد خیار رؤیت و تخلف وصف پس از رؤیت فوری است، یعنی هر یك از متبایعین که قانون اختیار فسخ باو داده است، پس از آنکه آگاه گردید اوصافی را که در موقع بیع منظور او بوده مبیع فاقد است، میتواند فوراً معامله را فسخ نماید و هرگاه تأخیر در آن روا دارد خیار ساقط و مبیع مستقر میگردد.

منظور از کلمهٔ فوری در مادهٔ بالا فوریت عرفی است یعنی مدتی بعد از عقد که دارندهٔ حق خیار بتواند فسخ را اعلام دارد.

سوم- در خیار غبن

اشاره

غبن در لغت بمعنی خدعه است و در اصطلاح خیار غبن، اختیاری است که قانون در اثر عدم تعادل ارزش معاوضه مبیع با ثمن، بمتضرر داده است که میتواند معامله را فسخ و یا بهمان نحو قبول نماید. نامیدن خیار مزبور بخیار غبن از نظر آن است که یکی از طرفین معامله، اغلب در اثر خدعه، دیگری را مغبون مینماید. کسی که در معامله متضرر شده مغبون و طرف او را غابن گویند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۷

اشتباه مغبون در ارزش مورد معامله، خللی بقصد و رضای او وارد نمیآورد، زیرا متعلق قصد و رضا در عقد بیع، تملیك هر یك از عوض و معوض در مقابل دیگری است و اشتباه در ارزش مورد، خارج از عقد میباشد، و قبل از عقد سنجیده میشود.

برقراری حق فسخ برای مغبون از نظر رفع ضرری است که در اثر اشتباه در ارزش مبیع باو متوجه شده است، بدین جهت قانون فقط غبن فاحش را یعنی ضرری که عرف تحمل آن را بر خلاف عدالت و انصاف بداند موجب پیدایش حق فسخ دانسته و ضرری را که عرف مسامحه مینماید قابل تحمل شناخته و اختیار برهم زدن معامله را بمتضرر نمیدهد، این است که مادهٔ «۴۱۶» قانون مدنی میگوید: «هر یك از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم بغبن میتواند معامله را فسخ کند».

تشخیص فاحش بودن غبن بنظر عرف است و قانون مدنی در مادهٔ «۴۱۷» ملاك نظر عرف را در غبن فاحش بیان مینماید. مادهٔ «۴۱۷»: «اگر غبن بمقدار خمس قیمت یا بیشتر باشد فاحش است و در کمتر از مقدار مزبور در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد». منظور از کلمهٔ قیمت در مادهٔ بالا ارزش مبیع در بازار است، بنابراین غبن عبارت از تفاوت بین ثمن مورد معامله و ارزش آن در بازار میباشد، و هرگاه تفاوت مزبور بمقدار خمس ارزش یا بیشتر باشد فاحش است. مثلا دانشجوئی که کتابی را به ۶۰ ریال خریده و در بازار ارزش (قیمت) آن ۴۰ ریال است در این معامله مغبون شده و مقدار غبن او ۲۰ ریال است. چون نسبت بین ۲۰ ریال غبن و ۴۰ ریال قیمت، نصف میباشد و آن بیش از خمس است غبن فاحش شناخته میشود و دانشجو حق فسخ معامله را دارد.

در صورتی که تفاوت بین مقدار غبن و قیمت مبیع کمتر از خمس باشد موقعی غبن فاحش محسوب میشود که عرف آن را قابل مسامحه ندارند، مثلا کسی قالیچهٔ برای منزل خود به ۲۰۰۰ ریال میخرد، پس از نشان دادن آن بکارشناسان معلوم میشود قیمت آن ۱۷۵۰ ریال است خریدار در این معامله ۲۵۰ ریال مغبون شده است. نسبت بین

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۸

مقدار غبن و قیمت ۳۵۰ و ۱۷۵۰ که یک هفتم است اگر چه کمتر از خمس میباشد ولی عرف معاملات، ضرر مزبور را غیر قابل مسامحه میداند و آن را فاحش میشمارد، بنابراین خریدار میتواند بیع را فسخ و ثمن را مسترد دارد.

برای تشخیص غبن، قیمت مبیع در زمان عقد در نظر گرفته میشود. در صورتی که قیمت مبیع در زمان عقد با ثمن تفاوت نداشته و یا تفاوت آن قابل مسامحه باشد، خیار غبن بوجود نمیآید، اگر چه پس از عقد قیمت مبیع در بازار چندین برابر تنزل کرده باشد.

بالعکس چنانچه قیمت مبیع در حین عقد با ثمن تفاوت فاحش داشته باشد، مغبون میتواند بیع را فسخ نماید اگر چه پس از عقد قیمت مبیع در بازار چندین برابر ترقی کرده باشد و در زمان اعلام فسخ هیچ‌گونه ضرری متوجه مغبون نشود، زیرا سقوط حق خیار موجبی ندارد و چنانچه بقاء آن مورد تردید قرار گیرد استصحاب میشود.

برای تعیین قیمت مبیع در بازار طبق مادهٔ «۴۱۹» قانون مدنی، شرائط معامله نیز باید منظور شود، زیرا در حقیقت شرائط معامله جزء یکی از عوضین است و در قیمت تأثیر بسزائی دارد، مثلا هرگاه بیع نسیه واقع شده است قیمت مبیع را بنسیه در همان مدت باید در نظر گرفت، زیرا مال بنسیه گرانتر از نقد بفروش میرود، همچنانکه قیمت مبیع سلم و سلف ارزان‌تر است.

خیار غبن در صورتی موجود میشود که مغبون در حین معامله جاهل بقیمت عادلهٔ مبیع در بازار باشد و الا هرگاه مغبون عالم بقیمت عادله بوده ولی بجهتی از جهات بکمتر از آن معامله نموده است طبق مادهٔ «۴۱۸» قانون مدنی خیار فسخ معامله را نخواهد داشت. بنابراین هرگاه کسی در نتیجهٔ اضطرار و پریشانی با علم بقیمت عادله، مال خود را چندین برابر کمتر از آن قیمت بفروشد، نمیتواند باستناد خیار غبن بیع را فسخ نماید.

ادعای جهل بقیمت عادلهٔ مبیع از طرف مغبون در دادرسی بدون دلیل پذیرفته میشود و طرف او میتواند بوسیلهٔ ادله و یا قرائن و اوضاع و احوال خارج، ثابت نماید

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۹۹

که مدعی در حین معامله قیمت عادلهٔ مبیع را میدانسته است، چنانکه ثابت کند مدعی از اهل خبره و کارشناس این نوع اموال است و یا کسی است که بوضعیت بازار اینگونه معاملات آشنائی کامل دارد.

وجود غبن در معامله، فقط حق فسخ بمغبون میدهد و غابن ملزم بمتابعت نظر مغبون در فسخ و قبول است. بدین جهت هرگاه مغبون معامله را بهمان نحو قبول نماید، غابن نمیتواند باستناد غبن طرف، معامله را فسخ کند، همچنان که هرگاه مغبون فسخ معامله را اختیار کند، غابن نمی‌تواند با دادن تفاوت قیمت، جلوگیری از اعمال حق فسخ او بنماید، مگر اینکه مغبون باخذ تفاوت قیمت راضی شود که در این صورت خیار غبن ساقط میگردد. (مادهٔ «۴۲۱» ق. م)

خیار غبن در تمام اقسام مبیع خواه عین خارجی و یا در حکم آن باشد و یا آنکه کلی فی الذمه باشد جاری می‌گردد.

مغبون پس از علم بغبن میتواند فوراً حق فسخ خود را اعمال بنماید و طبق مادهٔ «۴۲۰» قانون مدنی بیش از آنچه عرفا برای اخذ تصمیم و فسخ لازم است نمیتواند آن را بتأخیر بیندازد، زیرا اجازه فسخ معامله برای جبران ضرری میباشد که در اثر غبن متوجه مغبون شده است و هرگاه برای جبران ضرر بمغبون اجازه داده شود که هر زمان بخواهد بتواند بیع را فسخ کند، موجب اضرار طرف خواهد بود و در نتیجهٔ تعارض، دو ضرر ساقط میگردند و فوری بدون خیار غبن ثابت میشود. بنابراین چنانچه مغبون در اعلام فسخ اهمال کند و مدتی بدون اخذ تصمیم بگذارند که عرفا گفته شود تأخیر کرده حق خیار او ساقط میگردد. چنانچه مغبون قصد فسخ

را داشته ولی در اعلام آن بمنظور خاصی تاخیر انداخته است خیارش ساقط نمیشود.

شرط سقوط خیار غبن-

در ضمن عقد میتوان شرط نمود که چنانکه یکی از طرفین مغبون باشد خیار او ساقط گردد، و یا آنکه شرط شود که حق خیار ایجاد نشود.

همچنین میتوان ضمن عقد شرط نمود که بمبلغ معینی حق خیار غبن ساقط گردد و یا

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۰۰

بوجود نیاید، زیرا طبق ماده «۱۰» قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت بکسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» و سقوط غبن مولود قصد طرفین در حین اشتراط میباشد. بنابراین چنانچه شرط شود که مرتبهٔ معینی از غبن ساقط گردد مانند یک هشتم قیمت و بعداً معلوم شود که غبن بیش از آنست مثلا یک پنجم، خیار ساقط نمیگردد. همچنین هر گاه شرط شود که خیار غبن اگر چه فاحش باشد، ساقط شود، در صورتی خیار مزبور ساقط میگردد که در حین معامله احتمال آن را میداده‌اند، بنابراین هر گاه غبن بیش از آن مقدار باشد یعنی افحش آن خیار ساقط نشده و مغبون میتواند معامله را فسخ نماید، مثلا هر گاه مالی را کسی بخرد بده هزار ریال بتصور آنکه در چنین معامله هر گاه مغبون باشد بیش از سه هزار ریال مغبون نخواهد بود بدین جهت مشتری مزبور غبن فاحش خود را ضمن عقد ساقط می‌نماید و بعداً کشف میشود که چهار هزار ریال مغبون است خیار غبن مشتری ساقط نشده و میتواند معامله را برهم زند.

غیار غبن پس از علم بمقدار غبن میتواند مورد صلح قرار گیرد، همچنانی که با جهل بمقدار آن صلح صحیح است. در صورتی که پس از صلح کشف شود که مقدار غبن بیش از آن است که تصور میشده صلح باطل خواهد بود.

چهارم- در خیار عیب

عیب چیست؟

قانون مدنی تعریف عیب را ننموده و بنظر عرف گذارده چنانکه در مادهٔ «۴۲۶» میگوید: «تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت میشود و بنابراین ممکن است عیب بر حسب ازمنه و امکنه مختلف شود» زیرا عرف در محلی ممکن است امری را عیب بداند و عرف محل دیگر آن را عیب نشناسد و یا در زمانی عیب بشمارد و در زمان دیگر بآن اثر ندهند. بعضی از فقها گفته‌اند که عیب هر شیء عبارت از زیادتی یا نقصان جزء یا صفت آن شیئی است نسبت بنوع خود.

کسی که اقدام بخرید مالی مینماید و در مقابل آن، عوض بفروشنده میدهد، بتصور آنست که آن مال سالم و بدون عیب میباشد، این امر را در اصطلاح حقوقی

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۰۱

سلامت از عیوب نامند. بدین جهت است که در بیع اگر چه شرط سلامت مبیع نشده باشد اطلاق عقد اقتضاء مینماید که مبیع سالم و خالی از عیوب باشد. بنابراین شرط سلامت مبیع از عیوب در عقد تأکیدی بیش نخواهد بود. در صورتی که مشتری بتصور آنکه مبیع سالم است خریداری بنماید و آن مال در حقیقت معیوب باشد، ضرری از این راه متوجهٔ مشتری شده که عدل و انصاف اقتضا مینماید جبران شود. مادهٔ «۴۲۲» قانون مدنی برای جبران ضرر مقرر میدارد «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله». این امر در صورتی است که مبیع معیوب مالیت داشته یعنی در بازار ارزش معاوضه را از دست نداده باشد و الا هر گاه معیوب آن اصلا مالیت ندارد طبق مادهٔ «۴۳۴» قانون مدنی چون مبیع فاقد یکی از

شرائط صحت است بیع باطل میباشد، مانند آنکه کسی یک صندوق تخم مرغ بخرد و بعداً معلوم شود که تمامی آنها گندیده است. قانون برای جلوگیری از ضـرر مشتری در مورد عیب مبیع، او را بیکی از دو امر راهنمائی نموده است که هر کـدام را بخواهـد بـدون جلب رضایت طرف خود اختیار کنـد، یکی فسـخ و انحلال عقد میباشد چنانکه در باقی خیارات است، و دیگری قبول معامله با اخذ ارش یعنی تفاوت قیمت صـحیح و معیب. این تنها موردی است در خیارات، که قانون مـدنی ایران اجازهٔ قبول معامله را با اخـذ ارش بمتضرر داده است و در خیارات دیگر فقط متضرر میتواند معامله را فسخ بنماید و یا آن را بهمان نحو بپذیرد.

ارش چیست؟

ارش عبـارت است از تفـاوت بین صـحیح و معیب که مشتری برای جبران زیان خود در صورتی که مبیع را نگهـدارد میتوانـد از بایع دریـافت دارد. آنچـه در ارش ممکـن اسـت مـورد گفتگـو قرار گیرد آنسـت که ضـمان بـایع نسبت بـارش از عین ثمن است که در صورت وجود آن نزد بـایع او بایـد بمقـدار ارش از عین ثمن بمشـتری بدهـد چنـانکه از گفتـار بسـیاری از حقوقیین هویـدا است که میگویند ارش جزئی از ثمن میباشد. یا

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۰۲

آنکه بایع باید بمقدار تفاوت بین صـحیح و معیب بعنوان زیان مشتری باو بدهد، چنانکه علامه در تذکره باین امر تصـریح مینماید و ظاهر عبارت شهید و اول دوم آن را میرساند.

آنچه بنظر میرسـد آنست که ارش برای جبران زیان میباشد که در اثر وجود عیب در مبیع متوجه مشتری شده است تا با گرفتن آن بر مثمن افزوده شـده و بین ثمن و مثمن تعـدیل بعمـل آیـد و زیـان مشـتری برطرف گردد. این امر از بیـان مواد مربوط بـارش اسـتنباط میشود. بنـابراین مسـئولیت بـایع بـدادن تفـاوت از وجه رایـج کشور است و ملاـک تشـخیص زیـان، بپول است زیرا اصل در ضـمان مسـئولیت بوجه رایـج میباشـد مگر آنکه طرفین بمال دیگری توافق نماینـد. بدین جهت چنانچه ثمن عین معین غیر قابل تجزیه باشـد مانند قالی، خانه و امثال آن بمقدار ارش از وجه رایج پرداخته میشود همچنانی که هر گاه ثمن از اموال دیگر مانند گندم و جو باشـد مشتری نمیتواند ارش را از عین ثمن بخواهد و یا از جنس آن مطالبه نماید مگر آنکه بایع با این امر موافقت کند.

شرائط خیار عیب-

اشاره

مادهٔ «۴۲۳» قانون مـدنی میگویـد «خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت میشود که عیب مخفی و موجود در حین عقد باشد». چنانکه از مادهٔ مزبور معلوم میشود شرط پیدایش خیار عیب دو امر است:

۱- عیب مخفی باشد-

منظور مـاده از مخفی بودن عیب جاهـل بودن مشتری در حین معامله بوجود عیب در مبیع میباشـد. چون کلمـهٔ مخفی در ماده، معنی مزبور را نمیرساند قانون مدنی بلافاصـله در مادهٔ «۴۲۴» آن را تفسیر نموده و میگویـد: «عیب وقتی مخفی محسوب است که مشتری در زمان بیع عالم بآن نبوده است اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشـتری ملتفت آن نشـده است». بنـابراین در صورتی که مشتری در حین معـامله عـالم باشـد که مبیع معیوب است و آن را بخرد حق خیار عیب ندارد، زیرا هر گاه ضرری از معاملهٔ مزبور متوجه مشتری شود با علم باین امر اقدام بضرر خود نموده است.

۲- عیب در حین عقد موجود باشد-

اشاره

در صورتی که در حین عقد مبیع معیوب باشد و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۰۳

مشتری بتصور سـلامت آن را خریداری نماید و بذل عوض کند، او در معاملهٔ خود متضـرر شده است. قانون برای جلوگیری از ضرر بـاو اجـازه داده که بتوانـد بیع را فسـخ کنـد، و یا قبول و ارش بخواهـد و الا چنانچه عیب پس از قبض مشتری در مبیع حادث گردد، بعهـدهٔ مشتری میباشـد، زیرا عیب در ملـک او حادث شـده است. مثلا هرگاه کسـی اتومبیلی را بخرد و پس از معامله معلوم شود که شمعهای آن روغن میزنـد و این امر در زمان عقد موجود بوده، میتواند آن را ببایع رد نماید و ثمنی را که داده است مسترد دارد و یا آن را نگهـدارد و ارش بخواهـد. در صورتی که عیب در زمان عقد موجود نبوده و پس از عقد و قبل از قبض حادث شده باشد طبق مادهٔ «۴۲۵» قانون مدنی در حکم عیب سابق است یعنی مشتری میتواند بیع را فسخ کند و یا آن را قبول و اخذ ارش نماید.
چنـانکه در مبحث تلف مبیع قبـل از قبض بیـان گردیـد. قانون مـدنی مسـئولیت تلف و معیوب شـدن مبیع را قبل از قبض بعهـدهٔ بایع گذارده است.

تبصره

خیار عیب در مبیعی جاری میگردد که عین خارجی و یا در حکم آن باشـد (یعنی مقـدار معین بطور کلی از شـیئی متساوی الاجزاء) این امر در صورتیست که تمامی شـیئی متساوی الاجزاء که مقـداری از آن مورد بیع قرار گرفته معیوب باشـد و الا هرگاه افرادی که بـایع بمشتری تسـلیم نموده معیوب است ولی افراد سالمی در آن شـیئی متساوی الاجزاء یافت میشود که بایع میتوانـد بمقـدار مبیع از آنها تسـلیم مشتری کنـد، بنظر میرسـد که مشتری نمیتواند عقد را فسخ نماید بلکه میتواند تبدیل افراد معیوب را بخواهد. در صورتی که مبیع کلی فی الـذمه باشـد هرگـاه مشتری پس از اقبـاض، آن را معیوب یافت مسترد میـدارد و فرد دیگری از کلی که سالم باشـد مطالبه مینماید، زیرا مبیع معیوب اگر چه در اثر تسلیم بمشتری ظاهراً تملیک شده است و مانند عین خارجی جلوه میکند ولی پس از کشف آنکه در حین تسلیم معیوب بوده، معلوم میگردد که در حقیقت تملیک حاصل نشده است و دین بعهدهٔ بایع باقی است و باید فردی را که از عیوب سالم باشد بمشتری بدهد تا ذمه‌اش بری

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۰۴

شود. این است که مـادهٔ «۲۷۹» قانون مـدنی میگویـد: «اگر موضوع تعهـد عین شخصـی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلایم آن ایفاء کنـد لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی‌توانـد بدهد». بعضـی از فقهای امامیه بر آنند که مبیع کلی پس از تسـلیم بصورت عین خارجی درمی‌آیـد و هرگاه آنچه تسـلیم شـده معیوب باشـد مشتری میتواند عقد را فسخ و یا آن را قبول نموده و ارش مطالبه نمایـد. در این مورد نکتهٔ بنظر میرسـد که مبتنی بر تحلیل عقلی است که از بیع کلی شده و آن اینست که بیع کلی در حقیقت دو عقـد است: یکی تعهد بتملیک افراد کلی و دیگری تملیک آن افراد بوسـیلهٔ تسـلیم بمشتری. بنابراین چنانچه افراد تملیـک شـده بمشتری، معیوب درآیـد مشتری حق فسـخ عمل تملیک را فقط خواهـد داشت. در این صورت پس از فسـخ آن، تعهـد که عقـد اصلی میباشـد باقی است و بایع بایـد افراد دیگری را که خالی از عیب است تملیک کنـد لذا موجبی برای فسخ عقد نخواهد بود.

طریق تعیین ارش–

در صورتی که در مورد خیار عیب، مشتری بیع را فسخ ننماید و مبیع را قبول و مطالبه ارش کند، بدستور مادهٔ «۴۲۷» ارش بطریق ذیل معین میگردد.

بوسیلهٔ یکی یا چند کارشناس، قیمت حقیقی مبیع در حال بی‌عیبی و همچنین قیمت حقیقی آن در حال معیوبی تعیین میشود. (منظور ماده از کلمهٔ قیمت، ارزشی است که مبیع در بازار دارد نه ثمنی که در عقد بیع قرار داده شده است). در صورتی که قیمت مبیع بوسیلهٔ چند کارشناس در نظر گرفته شود و قیمتهائی که بوسیلهٔ آنها تعیین شده مختلف باشد حد وسط قیمتها معتبر است (مادهٔ «۴۲۸» قانون مدنی)

۱– «و اگر قیمت آن (مبیع) در حال بی‌عیبی مساوی با قیمتی باشد که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است، تفاوت بین این قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی مقدار ارش خواهد بود». مثلاـ دانشجوئی کتابی را از کتاب‌فروش میخرد بسیصد ریال بعد از خرید معلوم میشود که چندین ورق از کتاب مزبور ناقص است. دانشجو کتاب

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۰۵

را قبول و ارش از کتاب‌فروش میخواهد. برای تعیین مقدار ارش بکارشناسی که کتابفروشان دیگر باشند مراجعه میشود و از قیمت کتاب در حال بی‌عیبی استفسار میگردد، فرض شود آنها میگویند قیمت کتاب مزبور بدون نقص «۳۰۰» ریال میباشد ولی اکنون که ناقص است بیش از «۲۵۰» ریال ارزش ندارد، تفاوت بین دو قیمت ۳۰۰ ریال و ۲۵۰ ریال که ۵۰ ریال است ارش میباشد، بنابراین دانشجو میتواند پنجاه ریال از کتاب‌فروش بعنوان ارش مسترد دارد.

۲– «و اگر قیمت مبیع در حال بی‌عیبی کمتر یا زیادتر از ثمن معامله باشد، نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی‌عیبی، معین شده و بایع باید از ثمن مقرر بهمان نسبت نگاهداشته و بقیه را بعنوان ارش بمشتری رد کند» در قسمت مزبور دو فرض شده است:

اول– قیمت حقیقی مبیع در حال بی‌عیبی کمتر از ثمن معامله است. مثلاـ در مثال بالاـ چنانچه قیمت حقیقی کتاب سالم در بازار «۲۱۰» ریال و قیمت حقیقی معیوب آن «۱۴۰» ریال است، نسبت بین آن دو قیمت ۴/ ۳ میشود. بنابراین بایع از ثمن مأخوذی که ۳۰۰ ریال است دو سوم (یعنی ۲۰۰ ریال) نگهداشته و یک سوم (۱۰۰ ریال) بابت ارش بدانشجو پس میدهد.

دوم– قیمت حقیقی مبیع در حال بی‌عیبی بیشتر از ثمن معامله است، مثلاـ در مثال قبل چنانچه قیمت حقیقی کتاب در حال بی‌عیبی (۴۰۰) ریال است و قیمت حقیقی معیوب آن «۳۵۰» ریال، نسبت بین این دو قیمت ۸/ ۷ میباشد بنابراین بایع از ثمن مبیع که ۳۰۰ ریال است هفت هشتم آن را که ۵ ر ۲۶۲ ریال است نگهداشته و بقیهٔ آن را که ۵ ر ۳۷ ریال میباشد بابت ارش بدانشجو رد مینماید.

قانون مدنی در مادهٔ «۴۲۸» طریقهٔ تعیین ارش را بزبان ساده بیان نموده است تا عموم افراد بتوانند بسهولت آن را تعیین نمایند و الا میتوان طریق تعیین ارش را بعبارت کوتاهی بیان نمود و آن اینست: نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و بین

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۰۶

قیمت آن در حال بی‌عیبی تعیین میشود و از ثمن بهمان نسبت بابت ارش بمشتری مسترد میگردد.

مواردی که مشتری فقط میتواند ارش بخواهد–

اشاره

چنانکه در مادهٔ «۴۲۲» قانون مدنی ملاحظه گردید در موردی که مبیع معیوب در آید برای جبران ضرر مشتری دو طریق پیش‌بینی

شده است: یکی خیار فسخ معامله و دیگری اخذ ارش و چون در مورد فسخ معامله اصولا باید مبیع بهمان وضـعیتی که از بایع گرفته شـده است باو مسترد گردد، بدین جهت هرگاه بجهتی از جهات این امر مقدور نباشد مشتری فقط میتواند بطریق دیگر که اخذ ارش است متوسل شود. این است که قانون مـدنی در مادهٔ «۴۲۹» میگویـد: «در موارد ذیل مشتری نمیتوانـد بیع را فسخ کند و فقط میتواند ارش بگیرد.

«۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن بغیر».

منظور از تلف شـدن مبیع اعم از اتلاف و تسبیب است زیرا عـدم قـدرت بر رد عین مبیع در تمامی موارد یکسان میباشد. در صورتی که مبیع نزد مشتری تلف شـده باشـد مشتری نمیتواند عقد را فسخ نماید و بدل مبیع تالف را ببایع رد نموده و ثمن را بخواهد. زیرا با بودن طریق مستقیم دیگر که اخـذ ارش است موجبی برای دادن بدل نیست. همچنین است هرگاه مشتری قبل از علم بر عیب بنحوی از انحـاء مبیع را بغیر منتقل نموده باشـد، خواه بوسـیلهٔ بیع باشـد یا صـلح یا معامله دیگری، زیرا با انتقال مبیع به غیر، رد عین آن ببایع ممکن نخواهد بود مگر آنکه در زمان فسخ، مبیع بنحوی از انحاء در ملکیت مشتری درآمده باشد که در این صورت رد عین ممکن میباشـد ولی اطلاق ماده خلاف آن را میرسانـد لذا پس از انتقال بغیر اگر چه مبیع بجهتی از جهات بمشتری منتقل شده باشد نمیتوان معامله را فسخ کرد. برای اثبات این امر میتوان چنین استدلال نمود که با انتقال مبیع بوسیلهٔ مشتری بغیر، حق فسخ ساقط میشود و پس از

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۰۷

دخول مبیع، به ملکیت مشتری، خواه بوسـیلهٔ فسـخ و اقالـهٔ معامله اول باشد و یا بوسـیلهٔ معاملهٔ جدید دیگر، موجبی برای پیدایش حق فسـخ نخواهـد بود. ماننـد انتقال عین میباشـد رهن گـذاردن، اجاره دادن و امثال آن. در صورتی که در اثر فوت مشتری مبیع معیوب بورثه او منتقـل شود و ورثه پس از علم بعیب میتوانـد بیع را فسـخ و ثمن را مسترد دارنـد و یا آن را قبول و ارش بخواهنـد. زیرا ماده شامل انتقال قهری نمیگردد و ورثه قائم مقام مورث میباشند.

«۲- در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از اینکه تغییر بفعل مشتری باشد یا نه».

منظور از پیـدا شـدن تغییر در مبیع، زیاد یا کم شدن مبیع یا تغییر صورت حاصل نمودن آن است بنحوی که عرف تغییر بداند. سـبب آنکه پس از تغییر مبیع، مشتری نمیتواند بیع را فسخ نماید آن است که در مورد تغییر مانند مورد تلف، مشتری نمیتواند مبیع را بهمان وضـعیت که خریـداری نموده ببایع رد کنـد. در این امر فرقی نمینمایـد که تغییر بوسـیلهٔ مشتری قبل از علم بعیب باشـد یا بعد از آن، زیرا تصرف مشتری در مبیع با علم بعیب، مسقط حق فسخ است و حق مطالبهٔ ارش باقی میماند.

در این امر فرقی نمینمایـد که تغییر در مبیع بوسـیلهٔ مشتری حاصل شـده باشـد یا شـخص ثالث یا بایع یا آنکه بخودی خود مبیع تغییر نموده باشد.

هرگاه تغییری که در مبیع پیـدا شـده چندان ناچیز باشد که در نظر عرف تغییر محسوب نشود، حق فسخ مشتری ساقط نمیگردد، زیرا مبیع بهمـان وضـعیت سـابق ببـایع رد میشود، مگر آنکه تغییر بوسـیلهٔ مشتری پس از علم بعیب حاصـل شـده باشـد که تصـرف مزبور کاشف از آن است که مشتری بمعامله رضایت داده است، ولی هرگاه مشتری ثابت کند که از تصرف در مبیع و تغییر آن قصد التزام و رضایت به بیع نداشته بلکه بنظر دیگری مانند ایذاء بایع و یا اشتباه بوده است، مانعی برای فسخ نیست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۰۸

«۳- در صورتی که بعد از قبض مبیع، عیب دیگری در آن حادث شود».

چنانکه در بالا بیان گردید در صورتی که در مبیع تغییری پیدا شود که در نظر عرف وضعیت اولی خود را از دست بدهد، مشتری نمیتواند عقد را فسخ نماید و حدوث عیب نزد مشتری یکی از آن موارد میباشد. لذا دور از انصاف و عدالت است که با بودن طریق دیگری برای جبران ضرر که اخذ ارش است، بمشتری اجازه داده شود که بیع را فسخ و مبیعی که نزد او معیوب شده رد نماید.

در دو مورد زیر با آنکه عیب پس از قبض حادث شده چون مسئولیت آن بعهدهٔ بایع است، مشتری میتواند بیع را فسخ و مبیع را مسترد دارد.

اول- در صورتی که عیب در زمان خیار مختص بمشتری حادث شود. شق سوم مادهٔ «۴۲۹» قانون مدنی مورد بالا را بصورت استثناء ذکر کرده و میگوید:

«در صورتی که بعد از قبض مبیع، عیب دیگری در آن حادث شود مگر اینکه در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع از فسخ و رد نیست» با توجه بمادهٔ «۴۵۳» قانون مدنی که میگوید: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهدهٔ بایع است» مسئولیت بایع نسبت بعیب در زمان خیار مختص بمشتری در سه مورد میباشد:

۱- خیار حیوان که طبق مادهٔ «۳۹۷» قانون مدنی مختص بمشتری است.

۲- خیار شرط در صورتی که حق فسخ فقط برای مشتری قرار داده شده باشد.

۳- خیار مجلس در صورتی که بایع ضمن عقد حق خیار مجلس خود را ساقط نموده باشد. در موارد سه‌گانه بالا مشتری میتواند با حادث شدن عیب دیگری در نزد او، بیع را باستناد عیب سابق فسخ و مبیع معیوب را رد کند، همچنانی که میتواند مبیع را قبول و ارش مطالبه بنماید. ارشی که مشتری در مورد مزبور از بایع دریافت میدارد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۰۹

عبارتست از ارش عیب سابق (طبق مادهٔ «۴۲۲» قانون مدنی) و ارش عیب لاحق که نزد مشتری موجود شده است (بنابر مستفاد از ملاک مادهٔ «۴۵۳» قانون مدنی) زیرا عیب مزبور مانند تلف و نقص بعهدهٔ بایع است. عده‌ای از فقهاء بر آنند که چنانچه مشتری بیع را فسخ ننماید میتواند فقط نسبت بعیب سابق ارش بخواهد زیرا اینان بر آنند که در مورد عیب حادث در زمان خیار مختص بمشتری فقط مشتری میتواند بیع را فسخ کند. در خیار مجلس چنانچه حق خیار بایع ضمن عقد ساقط نشده باشد و همچنین در خیار شرط در صورتی که حق فسخ برای بایع و یا برای متبایعین باشد، هرگاه پس از تسلیم، عیب جدیدی در مبیع پیدا شود طبق شق سوم ماده «۴۲۹» ق. م. مشتری نمیتواند بیع را فسخ کند و فقط میتواند نسبت بعیب سابق اخذ ارش بنماید.

دوم- در صورتی که عیب حادث بعد از قبض در نتیجهٔ عیب قدیم باشد، مانند آنکه کسی باغی را بخرد که آب آن در اثر خرابی قنات کم شده باشد و پس از قبض و فرا رسیدن تابستان بعلت نرسیدن آب، درختان باغ نیز خشک شود، در این صورت مشتری میتواند بیع را فسخ و ثمن را مسترد دارد و یا آنکه مبیع را قبول و مطالبهٔ ارش بنماید. مادهٔ «۴۳۰» قانون مدنی: «اگر عیب حادث بعد از قبض، در نتیجهٔ عیب قدیم باشد مشتری حق رد را نیز خواهد داشت».

ارشی که در مورد بالا مطالبه میشود نسبت بعیب سابق و عیب حادث پس از قبض است، زیرا عیب متجدد در اثر عیب قدیم بوده و مسئول آن بایع میباشد.

در صورتی که مبیع در حین عقد معیوب بوده و قبل از اطلاع مشتری از آن و یا قبل از رد، عیب بر طرف گردد، بعضی از حقوقیین بر آنند که حق خیار ساقط میشود ولی مشتری میتواند ارش بخواهد، و بعضی دیگر بر آنند که رد مبیع و مطالبهٔ ارش ساقط میگردد،

زیرا موجب خیار فسخ و یا مطالبه ارش ضـرر مشتری میباشد و چون با زوال عیب ضرری متوجه او نمیشود، جبران آن را بیکی از دو نحو نمیتوان خواست. آنچه از نظر قضائی میتوان گفت آنست که حق خیار و مطالبهٔ ارش در اثر وجود عیب در حین عقد برای مشتری ثابت گشته و با زوال عیب، تردید در سقوط آن میشود و بوسیلهٔ استصحاب حکم ببقاء آن میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۱۰

موردی که فقط مشتری میتواند بیع را فسخ بنماید-

در موردی که عیب در مبیع موجب نقص قیمت نشود، مشتری نمیتواند از بایع ارش بخواهد زیرا تصور ارش نمیرود تا بتواند آن را مطالبه نماید، ولی از نظر وجود عیب، مشتری حق فسخ بیع را دارد.

مثلا هرگاه کسی کاسهٔ بلوری بخرد و در دیوارهٔ آن ریگ کوچکی بیابد، کاسهٔ مزبور از ارزش خود نسبت بکاسه‌های همنوع چیزی از دست نداده است ولی چون این امر عیب بشمار میرود مشتری میتواند بیع را فسخ کند.

انحلال عقد واحد بعقود متعدده

اشاره

در صورتی که عقد بین دو نفر واقع شود و مورد معامله واحد غیر قابل تجزیه باشد، عقد بسیط و غیر قابل انحلال است، مانند آنکه کسی میزی را در مقابل صندلی بدیگری بفروشد. ولی هرگاه طرفین عقد بیش از دو نفر یا مورد آن متعدد و یا قابل تجزیه باشد بطوری که هر قسمتی از آن را بتوان مستقلا تقویم نمود، عقد مزبور چنانکه ذیلا دیده میشود قابل انحلال بعقود متعدده میباشد و ممکن است بجهتی از جهات قانونی منحل گردد.

الف- در صورتی که اشیاء متعددی، بدون آنکه قیمت هر یک جداگانه معین شود مورد عقد قرار گیرد،

عقد مزبور باعتبار تعدد مورد قابل انحلال بعقود متعدده میباشد، مثلا هرگاه مورد معامله خانه و باغ باشد که بپانصد هزار ریال انتقال داده شده است، معاملهٔ مزبور اگر چه در ظاهر بسیط است ولی میتوان آن را بدو عقد منحل نمود، یکی معاملهٔ راجع بخانه و دیگری معاملهٔ راجع بباغ و ثمن هر یک را جداگانه سنجید.

در چنین معاملهٔ هرگاه یکی از اشیاء متعدد که مورد معامله بوده معیوب درآید طبق مادهٔ «۴۳۱» قانون مدنی مشتری باید تمام آنها را رد کند و ثمن را مسترد دارد و یا تمام را نگهدارد و ارش بگیرد و تبعیض نمیتواند بکند مگر برضای بایع، بنابراین در مثال بالا هرگاه خانه معیوب در آید مشتری نمیتوان عقد را نسبت بخانه و فسخ نماید و نسبت بباغ قبول و ثمن را تقسیط کند. علت این امر آن است که عقد اگر چه

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۱۱

باعتبار تعدد مورد بعقود متعدده منحل میشود، ولی تأسیس حق فسخ بطور کلی در عقد، برای جبران ضرری است که از ناحیهٔ عقد متوجهٔ مشتری شده است و تبعیض آن موجب اضرار بایع میگردد، زیرا وضعیت بایع پس از فسخ قسمتی از عقد، با وضعیت او قبل از عقد متفاوت میشود، در این هنگام دو ضرر با یکدیگر تعارض نموده و خنثی میگردند، زیرا فسادی را بفساد دیگری که هیچگونه ترجیحی بر او ندارد نمیتوان رفع نمود، بدین جهت مشتری فقط میتواند تمامی بیع را فسخ و یا نسبت بقسمت معیب مطالبهٔ ارش بنماید.

ب- در صورتی که در یک عقد، بایع یک نفر و مشتری متعدد باشد و پس از عقد در مبیع عیبی ظاهر گردد،

مثلا هرگاه سه نفر با یکدیگر بشرکت خانهٔ را بخرند و خانه معیوب درآید، طبق مادهٔ «۴۳۲» قانون مدنی یکی از مشتریها نمیتواند سهم خود را بتنهائی فسخ و رد کند و دیگران سهام خود را نگهدارند مگر با رضای بایع. بنابراین هرگاه تمامی خریداران با یکدیگر توافق در فسخ عقد ننمودند هر یک از آنها میتواند فقط نسبت بسهم خود ارش بخواهد. علت این امر مانند صورت قبل، آنست که عقد اگر چه باعتبار تعدد مشتری منحل بعقود متعدده میشود ولی هرگاه یکی از مشتریها برای رفع ضرر نسبت بسهم خود عقد را فسخ نماید و دو نفر دیگر سهام خود را نگهداشته و ارش بخواهند موجب اضرار بایع میشوند، زیرا مبیع تقسیم میگردد و با تعارض دو ضرر و سقوط آنها حق فسخ بطور تبعیض اعمال نمیشود.

ج- در صورتی که در یک عقد، مشتری یک نفر و بایع متعدد باشد و پس از عقد در مبیع عیبی ظاهر شود

طبق مادهٔ «۴۳۳» قانون مدنی مشتری میتواند نسبت بسهم یکی از آنها بیع را فسخ و نسبت بسهم دیگران قبول و مطالبهٔ ارش کند، مثلا هرگاه سه نفر که در خانهٔ شریک هستند آن را بیک نفر بوسیلهٔ یک عقد بفروشند و پس از عقد معلوم شود که خانه معیوب است، مشتری میتواند نسبت بسهم یک نفر از فروشندگان که ثلث خانه باشد بیع را فسخ و نسبت بدو ثلث دیگر خانه، بیع را قبول و ارش دریافت دارد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۱۲

زیرا عقد باعتبار تعدد بایع منحل بعقود متعدده میگردد، و فسخ نسبت ببعض از مبیع، موجب اضرار بایع آن و بایعین دیگری نمیشود و وضعیت بایع آن پس از فسخ نسبت بوضعیت قبل از عقد تفاوت نمینماید، زیرا بایعی که نسبت باو حق فسخ اعمال شده است قبل از عقد یک ثلث خانه را مالک بوده و پس از فسخ هم یک ثلث را مالک میباشد و تغییر بعض از شرکاء هم ضرر شناخته نمیشود، لذا میتوان بعض از بیع را فسخ و بعض دیگر را قبول و ارش خواست.

تبری از عیوب-

بایع باید عیوب مبیع را قبل از عقد بمشتری اعلام نماید و الا مسئول آن خواهد بود مگر آنکه بدستور مادهٔ «۴۳۶» قانون مدنی در عقد از عیوب مبیع تبری و عهدهٔ مسئولیت عیوب را از خود سلب نماید و یا آنکه مبیع را با تمام عیوب بفروشد. مثلا چنانچه بایع در موقع فروش اتومبیل بگوید: هیچ‌گونه مسئولیتی نسبت بعیوب اتومبیل ندارم، و یا بگوید هر چه هست با تمام عیوب موجوده میفروشم و پس از معامله کشف شود عیبی در مبیع موجود بوده، مشتری حق رجوع ببایع را نخواهد داشت، یعنی نمیتواند عقد را فسخ و یا مطالبهٔ ارش کند.

بایع نیز میتواند از بعض عیوب مخصوص تبری کند، چنانکه در فروش اتومبیل بگوید: مسئول عیوبی که در موتور باشد نیستم یا بگوید موتور را با تمام عیوب میفروشم، در این صورت هرگاه پس از عقد معلوم شود که موتور معیوب بوده مشتری نمیتواند عقد را فسخ و یا ارش بخواهد ولی اگر در قسمتهای دیگر اتومبیل مانند اطاق، شاسی، چرخها عیبی ظاهر گردد مشتری میتواند عقد را فسخ و اتومبیل را رد کند و یا قبول کرده ارش بخواهد.

در تبری از عیوب فرق نمینماید که بایع یا مشتری در زمان عقد از وجود عیب آگاه باشد یا نباشد، همچنانکه فرق نمی‌نماید که عیوب مبیع ظاهر باشد یا مخفی.

بایع میتواند از عیوبی که پس از عقد حاصل میشود و مسئولیت آن بعهده او است،

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۱۳
مانند عیب حادث قبل از قبض و یا عیب حادث پس از قبض در زمان خیار مختص بمشتری طبق مواد مربوطه بشروط ضمن العقد و ماده «۱۰» ق. م. نیز تبری کند و مسئولیت آن را از خود سلب بنماید.

فوری بودن خیار عیب.

خیار عیب بعد از علم بآن طبق مادهٔ «۴۳۵» قانون مدنی فوری است، یعنی مشتری پس از آنکه از وجود عیب در مبیع آگاه شد در کوتاهترین زمانی که عرفاً بتواند حق فسخ خود را اعمال کند باید از آن استفاده نماید و هرگاه تأخیر در آن روا دارد حق فسخ او ساقط میشود، زیرا تأسیس فوریت در اعمال حق فسخ برای جلوگیری از ضرری است که در اثر تأخیر ممکن است متوجه بایع گردد. در صورتی که مشتری حق فسخ خود را ساقط نماید و یا بجهتی از جهات ساقط شود میتواند از بایع ارش بخواهد، و تاخیر در مطالبه موجب سقوط آن نمیگردد، زیرا در اثر تاخیر خسارتی متوجه بایع نمیشود، از نظر قضائی دلیلی بر سقوط حق مزبور در اثر تأخیر موجود نیست و مشتری میتواند مادام که مطالبه ارش مشمول مرور زمان منقول نشده است آن را از بایع بخواهد. فوری نبودن خیار عیب مشهور نزد فقهاء امامیه است و فوری بودن آن قول نادر و موافق با قول شافعی میباشد.
کلیهٔ احکام راجع بخیار عیب که در مبیع بیان گردید، در ثمن در صورتی که عین خارجی باشد جاری میشود، زیرا تفاوت مبیع و ثمن مانند تفاوت عوض و معوض اعتباری است این است که مادهٔ «۴۳۷» قانون مدنی میگوید: «از حیث احکام خیار عیب، ثمن شخصی مثل مبیع شخصی است».

پنجم- در خیار تدلیس

اشاره

تدلیس مشتق از کلمهٔ دلس بفتح دال و لازم بمعنی ظلمت میباشد و در اصطلاح چنانکه مادهٔ «۴۳۸» قانون مدنی میگوید: «عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود» اصطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیفتاده است، زیرا در اثر تدلیس
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۱۴
حقیقت امر را می‌پوشانند تا غیر از آنچه هست او را بنمایانند.

برای تحقق خیار تدلیس دو شرط لازم است:

۱- عملیاتی انجام شود-

عملیات ممکن است گفتار باشد چنانکه فروشنده اوصاف کمالی را برای مبیع بشمارد که در آن نباشد، چنانکه برای فروش کاردهای میوه خوری بگوید که آنها در ترشی زنگ نمیزنند و سیاه نمیشوند و حال آنکه در حقیقت آن کاردها زنگ می‌زنند و سیاه می‌شوند، و ممکن است افعالی باشد که در مال بکار رفته، چنانکه مالک قریه برای آنکه بنمایاند قنات آن دارای آب فراوان است جلوی قنات را از چندین حلقه چاه قبل از مظهر میگیرد تا آب جمع شود و در موقع مشاهدهٔ مشتری بازمینماید. نتیجهٔ عملیات مزبور یکی از دو امر خواهد بود:
الف- نمایاندن صفت کمالی که در مال نباشد چنانکه مالک قنات برای آنکه بمشتری نشان دهد آب قنات مزرعه زیاد است آب سیل را از دهنهٔ چاههای بالا وارد قنات بنماید. زیادی آب قنات از مقدار معمول صفت کمالی است که در این مورد در اثر جاری

نمودن آب سیل حاصل شده است.

ب- پنهان نمودن صفت نقصی که در مال موجود است، مثلاـ خانهٔ که با خشت ساخته شده است جلوی بنا را با آجرهای سفید بسازند تا بمشتری بنماید که بنای خانه آجری است. بوسیلهٔ این عمل نقصی که در اثر ساختمان با خشت در بنا موجود است از نظر مشتری پنهان میگردد.

۲- موجب فریب گردد-

منظور آن است که عملیات سبب گول خوردن مشتری شود، و در اثر آن رغبت و میل برای او نسبت بمبیع پیدا گردد بطوری که هرگاه عملیات مزبور نبود مشتری آن معامله را نمینمود و یا آنکه در اثر آن مشتری بمبلغ بیشتری معامله نمایـد بطوری که هرگاه آن عملیات نبود برای خرید بمبلغ مقرر حاضر نمیشد. این است که بعضی از فقهاء میگویند تدلیس در موردی ایجاد خیار مینماید که

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۱۵

موجب اختلاف ثمن بشود، بنابر آنچه گفته شد هرگاه برای تزیین پشت مغازه چراغهای الوان برقی روشن نمایند که جلب توجه مشتریان کند و یا طوری اجناس را در پشت شیشهٔ مغازه بچینند که از حیث رنگ‌آمیزی جلب مشتری نماید، تدلیس اصطلاحی که موجب پیدایش حق فسخ بشود نیست.

طبق مادهٔ «۴۳۹»: «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری». مادهٔ مزبور چنانکه ملاحظه میشود حق فسخ را بمشتری در صورتی داده است که تدلیس بوسیلهٔ بایع بعمل آمده باشد و حال آنکه خصوصیتی در فعل بایع نیست بلکه هر عملی در مبیع انجام شود که مشتری گول بخورد و تصور خلاف واقع بنماید و در اثر آن معامل کند تدلیس است. بنابراین ممکن است عمل فریبنده بوسیلهٔ شخص ثالث انجام شود، چنانکه کسی نگین فیروزه را بوسیلهٔ عملیات جلا، آبی خوش رنگ جلوه دهد و آن را بدیگری هدیه کند و شخص اخیر آن را بثالثی بفروشد و پس از چندی رنگ آن تغییر بنماید و جلاء آن برطرف گردد، مشتری میتواند باستناد خیار تدلیس بیع را فسخ کند اگر چه عمل فریبنده بوسیلهٔ بایع انجام نشده است. همچنین است تدلیسی که در ثمن بعمل آید یعنی بایع میتواند عقد را فسخ نماید اگر چه بوسیلهٔ غیر از مشتری بعمل آمده باشد. بنابراین انتساب انجام عمل فریبنده در ماده بالا، بایع یا مشتری از نظر آن است که تدلیس در اغلب موارد بوسیلهٔ آنها بعمل می‌آید و الا خصوصیتی در فعل بایع و مشتری نیست. تعمیم ماده و جریان حکم آن در موردی که تدلیس بوسیلهٔ شخص ثالث بعمل آید، در روش قضائی که از عبارت ماده تجاوز نمی‌نمایند و بتفسیرهای خشک اکتفا میکنند دشوار است ولی از نظر وحدت ملاک میتوان حکم مادهٔ مزبور را در مورد تدلیس بوسیله شخص ثالث جاری ساخت.

خیار تدلیس مانند خیار عیب، فقط در مالی که عین خارجی است جاری میشود.

و در مبیعی که کلی فی الذمه باشد محقق نمیگردد و هرگاه در مورد مزبور بایع در اثر

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۱۶

عملیاتی مقداری از پست‌ترین جنس کلی را بصورت معمولی درآورده بمشتری بدهد، مشتری میتواند آن را مسترد و فرد معمولی آن را بخواهد، زیرا طبق مادهٔ «۲۷۹» قانون مدنی بایع مجبور نیست فرد اعلای کلی را ابقاء نماید ولی پست‌ترین فرد آن را هم نمیتواند بدهد.

خیار تدلیس مانند خیار رؤیت و تخلف وصف و خیار غبن و خیار عیب پس از علم بآن طبق مادهٔ «۴۴۰» قانون مدنی فوری است و کسی که حق خیار فسخ دارد میتواند پس از علم بآن در مدت زمانی که عرف برای اعمال حق فسخ لازم میداند، معامله را فسخ کند و الا حق او ساقط می گردد.

فرق بین عیب و تدلیس

قانون مدنی چنانکه گذشت تعریف از عیب ننموده و تشخیص آن را بنظر عرف گذارده است و ملاک نظر عرف در عیب هر زیادتی و یا نقصانی است در شیئی که در نوع آن یافت نشود. تدلیس عبارت از عملیاتی است که موجب فریب طرف معامله گردد و آن به نمایاندن صفت کمالی است که در حقیقت نباشد و یا پنهان نمودن نقصی است که در مال موجود باشد.
تنها موردی که ممکن است عیب و تدلیس با یکدیگر اشتباه شود، در صورتی است که نقصی در مال موجود باشد که عرف عیب بداند و بوسیلهٔ عملیاتی آن را پنهان نمایند، مانند آنکه میله شکستهٔ اتومبیل را جوش داده و روی آن را بوسیلهٔ رنگ پوشانیده باشند که معلوم نشود. با توجه بتعریف عیب و تدلیس باید گفت که در مثال بالا خیار عیب و خیار تدلیس موجود است، زیرا نقص را که عرف عیب میداند هرگاه در مبیع واقع شود موجب خیار عیب است اگر چه آن عیب بوسیلهٔ عملیاتی پنهان باشد و از طرف دیگر چون آن نقص بوسیلهٔ عملیاتی پوشیده شده تدلیس است، بنابراین ممکن است در عقد نسبت بامر واحد خیار تدلیس و همچنین خیار عیب بجهات عدیده موجود باشد که از جهتی موجب خیار عیب و از جهت دیگر موجب خیار تدلیس گردد.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۱۷

ششم- در خیار تبعض صفقه

اشاره

صفقه در لغت عرب بمعنی دست بهم زدن است. در معاملات سابقاً معمول بوده که طرفین معامله وقتی میخواستند رضایت خود را اعلام و عقد را منعقد سازند، دست راست یکدیگر را میگرفتند و بهم دست میدادند، بدین جهت به بیع مجازاً صفقه گویند و چون خیار مزبور در اثر تبعض معامله موجود میگردد آن را خیار تبعض صفقه مینامند.
خیار تبعض صفقه حقی است که قانون بمشتری میدهد تا در صورتی که قسمتی از بیع باطل درآید، بتواند قسمت دیگر را که صحیح واقع شده فسخ نماید.
مادهٔ «۴۴۱» قانون مدنی: «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل میشود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع بجهتی از جهات باطل باشد، در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت بقسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند».

۱- قسمتی از بیع باطل و قسمتی دیگر صحیح واقع شود-

از نظر تحلیلی عقد واحد باعتبار مورد ممکن است قابل انحلال بعقود متعدده باشد و آن در دو مورد است: یکی آنکه مبیع در خارج متعدد باشد چنانکه هرگاه کسی خانه و باغی را بدیگری بفروشد و خانه متعلق بغیر درآید، و دیگر آنکه مبیع در خارج واحد است ولی از نظر حقوقی قابل تجزیه میباشد و چنانکه کسی خانهٔ را بفروشد و نصف مشاع آن متعلق بغیر در آید. در دو مورد بالا عقد واحدی که قابلیت انحلال بدو عقد را دارد چنانچه هر یک از آن دو دارای حکم جداگانه باشد بدو عقد منحل میشود و عقدی که مورد آن متعلق بغیر است باطل و عقد دیگر صحیح میباشد.
بطلان قسمتی از بیع بهر سببی از اسباب که باشد، موجب خیار تبعض صفقه است.
سبب بطلان قسمتی از بیع ممکن است مستحق للغیر در آمدن، منفعت عقلائی نداشتن
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۱۸

نامشروع بودن و یا مالیت نداشتن مبیع باشد، چنانکه ذیل مادهٔ «۴۳۴» قانون مدنی میگوید:

«... اگر بعض مبیع قیمت نداشته باشد بیع نسبت به آن بعض باطل است و مشتری نسبت بباقی از جهت تبعض صفقه اختیار فسخ دارد».

بعضی از فقهای امامیه خیاری را که برای مشتری در اثر مستحق للغیر درآمدن قسمتی از مبیع واحد حاصل شود، خیار شرکت نامیده‌اند، زیرا مشتری در نتیجهٔ مستحق للغیر در آمدن آن قسمت از مبیع، با مالك قسمت دیگر شریك میشود. مثلا کسی خانه‌ای را که با دیگری مشاعاً شریك است اصالهٔ و وکالهٔ از طرف شریك بفروشد، پس از معامله معلوم شود که وکالت‌نامه ابرازی از طرف شریك مجعول بوده و معامله نسبت بقسمت متعلق بشریك فضولی و مالك آن را رد نماید. مشتری در نتیجهٔ بطلان قسمتی از معامله با مالك مزبور مشاعاً در خانه شریك خواهد بود و چون شرکت موجب زیان مشتری میگردد میتواند مبیع را نسبت بباقیمانده فسخ نماید.

۲- مشتری در حین معامله جاهل ببطلان قسمتی از عقد باشد-

مادهٔ «۴۴۳» قانون مدنی میگوید: «تبعض صفقه وقتی موجب خیار است که مشتری در حین معامله عالم بآن نباشد، ولی در هر حال ثمن تقسیط میشود». زیرا مشتری با علم ببطلان قسمتی از عقد مبادرت بانعقاد عقد ناقص نموده است و نمیتواند آن را فسخ بنماید و هرگاه ضرری متوجه او شده باشد خود اقدام بآن کرده است.

در صورت علم مشتری ببطلان قسمتی از بیع، اشکالی در صحت قسمت دیگر از آن پیش می‌آید، زیرا در این صورت آن مقدار از ثمن که در مقابل قسمت صحیح قرار میگیرد مجهول است و با جهل بمقدار ثمن، عقد باطل خواهد بود و مانند آن است که مشتری بگوید: خریدم کتاب را بمبلغی که در مقابل آن از ده هزار ریال قرار میگیرد.

ولی در مورد جهل مشتری ببطلان قسمتی از عقد، مشتری میتواند قصد تملیك ثمن را ببایع در مقابل تمامی مبیع بنماید و معلوم بودن مجموع ثمن کافی برای صحت بیع خواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۱۹

بود. چنانکه از مادهٔ «۴۴۳» معلوم میگردد قانون مدنی اشکال مزبور را وارد ندانسته و علم بمجموع ثمن را در مورد علم ببطلان قسمتی از معامله، مانند صورت جهل بآن کافی برای صحت معامله میداند.

بنابر آنچه گذشت در صورتی که عقد نسبت ببعض مبیع بجهتی از جهات باطل باشد، مشتری میتواند بیع را نسبت بقسمت صحیح فسخ نموده و تمام ثمن پرداختی را مسترد دارد (زیرا نسبت بقسمت باطل چون بیع فاسد اثری در تملك ندارد، باید بایع ثمن را باو رد کند و نسبت بقسمت صحیح چون مشتری عقد را فسخ نموده است باید ثمن را رد نماید) و همچنین مشتری میتواند نسبت بقسمت صحیح بیع را قبول بنماید (در این صورت مشتری آن مقدار از ثمن را که در مقابل مبیع در عقد باطل قرار گرفته مسترد میدارد).

چنانکه گذشت حق فسخ برای مشتری در صورتیست که جاهل ببطلان قسمتی از بیع باشد و الا هرگاه عالم ببطلان آن باشد، نسبت بقسمت صحیح نمیتواند بیع را فسخ نماید ولی مانند صورت جهل آن مقدار از ثمن که در مقابل بیع فاسد قرار گرفته مسترد میشود، زیرا طبق مادهٔ «۳۶۵» ق. م. بیع فاسد اثری در تملك ندارد، و بدستور ماده «۳۶۶» ق. م کسی که ببیع فاسد مالی را قبض کرده باید آن را بصاحبش رد نماید.

این است که ذیل مادهٔ «۴۴۳» قانون مدنی میگوید: «... در هر حال ثمن تقسیط میشود».

یعنی، مشتری چه عالم به بطلان قسمتی از عقد باشد و چه جاهل بان و قسمت صحیح معامله را قبول بنماید ثمن تقسیط میشود و آن

مقدار را که در مقابل بیع باطل قرار گرفته مسترد میدارد.

مادهٔ «۴۴۲» قانون مدنی طریق تقسیط ثمن را نسبت ببیع صحیح و باطل بیان مینماید و میگوید: «آن قسمت از مبیع که بملکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قیمت میشود، و هر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد پیدا شود، بهمان نسبت از ثمن را بایع نگاه داشته و بقیه را باید بمشتری رد نماید».

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۲۰

بنابراین هرگاه کسی خانهٔ را که دارای گاراژ است بمبلغ پانصد هزار ریال خریداری نماید و پس از خرید معلوم شود که خانه متعلق بدیگری است و بیع نسبت بآن باطل میباشد و مشتری نسبت بگاراژ بیع را قبول کند، گاراژ بتنهائی تقویم میشود، فرض نمائیم قیمت عادله آن چهل هزار ریال است و بعد مجموع خانه و گاراژ را تقویم مینمایند فرض می‌نمائیم قیمت عادله آن چهار صد هزار ریال باشد، سپس نسبت بین آن دو عدد را می‌گیریم که میشود ۱۰/ ۱ بایع بهمین نسبت از ثمن پرداختی را برای قیمت گاراژ نگه میدارد یعنی پنجاه هزار ریال و بقیهٔ آن را که چهار صد و پنجاه هزار ریال است بمشتری مسترد میدارد. همچنین است هرگاه مبیع قسمت باطل در بازار اصلا مالیت نداشته باشد. این است که مادهٔ «۴۳۴» قانون مدنی میگوید «اگر ظاهر شود که مبیع معیوب اصلا مالیت و قیمت نداشته بیع باطل است و اگر بعض مبیع قیمت نداشته باشد بیع نسبت بآن بعض باطل است و مشتری نسبت بباقی از جهت تبعض صفقه اختیار فسخ دارد».

در این صورت هرگاه مشتری عقد را نسبت بصحیح فسخ ننماید آن قسمت از ثمن را که در مقابل مبیع باطل قرار گرفته از بایع مطالبه و مسترد میدارد مثلا- هرگاه کسی یک لامپ هزار شمعی نور ما وراء قرمز و یک بخاری الکتریکی را به هزار ریال بخرد و بعد معلوم شود که لامپ مزبور سوخته و هیچ ارزش ندارد، قسمتی از ثمن را که در مقابل لامپ پرداخته مسترد میدارد و احتساب آن مانند احتساب در فرض بالا ساده میباشد. یعنی بخاری و لامپ را در حال سلامت تقویم مینمایند و سپس بخاری را قیمت میکنند و قیمت بخاری را نسبت به مجموع قیمت بخاری و لامپ میسنجند و بهمان نسبت از ثمن، بایع در مقابل بخاری نگاه میدارد.

فرض دیگری ممکن است پیش آید و آن اینست که آن قسمت از مبیع که باطل میباشد از چیزهائی است که طبیعتاً مالیت ندارد و نمیتوان آن را تقویم کرد، مثلا کسی بتصور آنکه تلخه را میتوان مانند دانه بمرغ داد، ببازار میرود و دو تن جو و یک تن تلخه بدو هزار و پانصد ریال میخرد و بعداً معلوم میشود که مرغ آنها را نمیخورد و

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۲۱

هیچ‌گونه انتفاعی در بر ندارد و بدین جهت بی‌ارزش است و آنها را از گندم برای آنکه آرد آن تلخ نشود جدا میکنند و دور میریزند. در این صورت باید بوسیلهٔ کارشناس دو تن جو را که بیع نسبت بآن صحیح است تقویم کرد و مجموع جو و تلخ را (بفرض آنکه دارای منفعت منظور باشد) تقویم نمود و مانند صورت قبل نسبت بین قیمت صحیح و قیمت مجموع مبیع را گرفته و از ثمن کسر نمود، زیرا نمیتوان بر آن بود که چون تلخه در هیچ صورت مالیت و ارزش ندارد ثمن در مقابل دو تن جو قرار گرفته است، زیرا مشتری قصد چنین معاملهٔ را نداشته و فرض مزبور بر خلاف قصد متبایعین است.

خیار تبعض صفقه اگر چه در مادهٔ «۴۴۱» قانون مدنی در مورد بیع بیان شده است، ولی با توجه بمادهٔ «۴۵۶» قانون مدنی که تمام انواع خیارات را در جمیع معاملات لازمه جاری میداند، مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است و خصوصیتی هم در بیع نیست که خیار تبعض صفقه انحصار بآن پیدا نماید، میتوان بر آن بود که خیار مزبور در کلیهٔ معاملات معوض، مانند بیع جاری میشود چنانکه در ثمن موجود می گردد.

عدم فوریت خیار تبعض صفقه-

قانون مدنی لزوم فوریت را در خیار تبعض صفقه ذکر ننموده است، لذا نمیتوان تأخیر در اخذ بخیار را از مسقطات آن دانست، مگر آنکه قرائن خارجی در مورد معین کاشف از اسقاط خیار باشد، بنابراین مشتری میتواند مادام که خیار مزبور را ساقط نکرده است از آن استفاده نماید. علت عدم فوریت خیار تبعض صفقه آن است که از تأخیر مشتری در اخذ بخیار خسارتی متوجه بایع نمیشود.
در هر موردی که خیار تبعض صفقه ساقط شود، حق مطالبهٔ آن قسمتی از ثمن که در مقابل مبیع باطل واقع شده است باقی خواهد ماند و مادام که مشمول مرور زمان نگردد مشتری میتواند آن را بخواهد.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۲۲

خیار تبعض صفقه در مبیع کلی و خارجی جاری میشود.

با توجه باطلاق مادهٔ «۴۴۱» قانون مدنی و نبودن خصوصیتی از نظر خیار تبعض صفقه در مبیع خارجی، باید گفته شود که خیار تبعض صفقه در مبیع کلی نیز پیدا میشود، مانند مثال خرید جو و تلخه در صورتی که مبیع کلی باشد.

هفتم- در خیار تخلف شرط

اشاره

احکام خیار تخلف شرط چنانکه مادهٔ «۴۴۴» قانون مدنی متذکر شده در مواد «۲۳۴ الی ۲۴۵» بیان گردیده است و در این کتاب هم تا اندازهٔ که اقتضاء داشته در مبحث احکام شرط ضمن عقد، شرح آن داده شد و برای توضیح بیشتری بتفصیل ذیل مبادرت می‌شود. چنانکه گذشت شروط ضمن عقد بر سه قسمند: شرط صفت، شرط نتیجه، شرط فعل اثباتاً و یا نفیاً و خیار تخلف شرط هم نیز بر سه قسم است: ۱- خیار تخلف از شرط صفت. ۲- خیار تخلف از شرط نتیجه. ۳- خیار تخلف از شرط فعل.

۱- خیار تخلف از شرط صفت-

در معاملهٔ عین خارجی ممکن است صفاتی را قید نمود و یا در ضمن عقد شرط کرد. این شرط ممکن است راجع بکیفیت مورد معامله باشد و یا راجع بکمیت آن.
در صورتی که شرط صفتی در ضمن عقد بشود و پس از عقد معلوم گردد که آن صفت موجود نیست، بدستور مادهٔ «۲۳۵» قانون مدنی کسی که شرط بنفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت و میتواند آن معامله را فسخ و عوض را مسترد دارد و میتواند معامله را بهمان نحو قبول کند بدون آن که حق مطالبهٔ تفاوت قیمت را داشته باشد و نمیتواند مطالبهٔ تفاوت بنماید، زیرا در عقد بیع مقداری از ثمن در مقابل اوصاف مبیع قرار داده نشده است اگر چه موجب پرداخت اضافه شده باشد.

۲- خیار تخلف از شرط نتیجه-

شرط نتیجه چنانکه مادهٔ «۲۳۴» قانون مدنی میگوید آن است که در ضمن عقد تحقق امری در خارج شرط شود که با انعقاد عقد آن امر پیدایش یابد.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۲۳
تخلف از شرط مزبور در موردی پیش می‌آید که در اثر فقدان یکی از شرائط لازمه برای تحقق آن، عقد بدون نتیجهٔ که در ضمن آن شرط شده موجود گردد. در این صورت مشروط له میتواند بنابر مستنبط از مادهٔ «۲۴۰» قانون مدنی عقد را فسخ نماید و یا بهمان

نحو آن را قبول کند، مثلا هرگاه کسی در ضمن خرید خانه بمبلغ یک میلیون ریال شرط بنماید که متعامل زوجهٔ او باشد و پس از معامله معلوم شود که متعامل مطلقه و عدهٔ او منقضی نشده است، خریدار مزبور نمیتواند مطالبهٔ استرداد قسمتی از ثمن را از زن بنماید، همچنانی که نمیتواند پس از انقضاء عده، زن را ملزم نماید که بنکاح او در آید. همچنین مشروط علیه نمیتواند پس از عقد با تهیهٔ وسائل لازمه برای ایجاد نتیجه، مانع از اعمال حق فسخ مشروطه له بشود، زیرا حق فسخ در اثر عدم تحقق نتیجه در ضمن عقد، بوجود آمده و مهیا بودن وسائل پیدایش نتیجه پس از عقد مانع از اعمال حق فسخ نخواهد بود.

۳- خیار تخلف از شرط فعل.

اشاره

در ضمن عقد ممکن است فعل اثباتاً یا نفیاً شرط شود. در این صورت کسی که ملتزم بانجام شرط شده است باید بدستور مادهٔ «۲۳۷» قانون مدنی آن را در موعد مقرر بجای آورد. در صورت تخلف و عدم انجام فعل مشروط در موعد مقرر یکی از دو فرض ذیل پیش می‌آید.

اول- موعدی که انجام فعل در آن شرط شده دارای خصوصیتی است که مشروط له در خارج از آن موعد انجام فعل را نمیخواهد،

یعنی فعل مقید بزمان بنحو وحدت مطلوب، مورد شرط قرار گرفته و با گذشتن آن مقصود فوت شده است.

مثلا کسی بمناسبت جشن تولدی که برای پسر خود میخواهد بگیرد سی کیلو شیرینی از قنادی بمبلغی میخرد و ضمن آن شرط مینماید که قناد در عصر روز دوشنبه ۱۹ اردیبهشت یکصد ظرف بستنی بمهمانان بدهد، در موعد مزبور قناد بستنی را نمیدهد. چون

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۴۲۴

خریدار بستنی را برای مهمانان در عصر روز معین میخواسته و خارج از آن زمان نمی‌خواهد، مشتری میتواند بیع را فسخ و شیرینی‌ها را بشیرینی فروش رد و آنچه پرداخته مسترد دارد و هرگاه شیرینیها تلف شده است چنانکه در احکام خیارات ملاحظه خواهد شد، بدل آن را از مثل یا قیمت بفروشنده خواهد داد. استناد بمادهٔ «۲۴۰» بدین تقریب میباشد که در فرض مزبور فعل مقید بزمان مورد شرط قرار گرفته است و پس از گذشتن آن زمان، نمیتوان فعل مقید به آن زمان را انجام داد و مورد مزبور از مصادیق شرطی است که انجام آن پس از عقد ممتنع شده است.

فرقی نمینماید که مورد شرط فعل، تسلیم مالی باشد، چنانکه در مثال بالا گذشت یا انجام عملی باشد، چنانکه ضمن عقد بر یکی از طرفین معامله شرط شود.

در مدت معینی که جشن مهمی منعقد می‌گردد لباسی برای طرف دیگر بدوزد. بعضی از حقوقیین امامیه در فرض اخیر بر آنند که در صورت تخلف شرط، مشروطه له میتواند عقد اصلی را فسخ و یا اجرت المثل عمل مشروط را بخواهد، زیرا با انعقاد عقد، مشروط له مالک عمل مشروط می‌گردد. ایراد بآنکه شرط، قید در معامله است و جزء آن نمی‌باشد تا در مقابل قسمتی از ثمن قرار گیرد، وارد نیست، زیرا این امر منافات با ملکیت مشروط (هرگاه مورد شرط از اعمالی باشد که بر مشروط علیه شرط شده است) برای مشروطه له ندارد.

دوم- موعدی که انجام فعل در آن شرط شده، دارای خصوصیتی است که مورد علاقهٔ مشروط له میباشد

ولی نه بنحوی که مشروط له فعل را در خارج از آن زمان نخواهد و باصطلاح علمی فعل مقید بزمان بنحو تعدد مطلوب، مورد شرط

قرار گرفته است، یعنی مشروط له انجام فعل را بطور مطلق میخواهد و تحقق آن در موعد مقرر مزیت و کمالی بآن میدهد که در غیر آن زمان خصوصیت مزبور را ندارد ولی انجام فعل در غیر آن زمان نیز مورد تعهد است. مثلا کسی در ضمن فروش باغ خود با خریدار شرط مینماید که خانهٔ طبق نقشه معین برای او بسازد و پس از پنج ماه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۲۵

تحویل بایع دهد. منظور بایع از این شرط دو امر است: یکی ساختن خانه طبق نقشه و دیگر تحویل خانه پس از پنج ماه که از شمیران بشهر می‌آید در خانهٔ خود منزل نماید.

در صورتی که مشروط علیه خانه را در ظرف پنج ماه تمام نکرد و سر موعد تحویل نداد و چندین ماه هم بتأخیر انداخت، مشروط له ساختن خانهٔ خود را خواستار است.

در فرض مزبور در صورت تخلف و عدم انجام شرط از طرف مشروط علیه در مدت معینه بدستور مادهٔ «۲۳۷» قانون مدنی مشروط له فقط میتواند بحاکم رجوع نموده تقاضای اجبار مشروط علیه را بوفاء بشرط بنماید، بدین نحو که مشروط له بوسیلهٔ تقدیم دادخواست بدادگاه صلاحیتدار، درخواست اجبار متعهد را بانجام شرط می‌کند. دادگاه پس از رسیدگی حکم بانجام شرط صادر مینماید و مشروط له نمیتواند در اثر عدم انجام شرط عقد اصلی را فسخ کند. در صورتی که موضوع تعهد عملی باشد که انجام آن جزء بوسیلهٔ شخص متعهد ممکن نیست، دادگاه میتواند بدستور ماده «۷۲۹» قانون آئین دادرسی مدنی بدرخواست متعهد له در حکم راجع باصل دعوی یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند، مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر بمحکوم له بپردازد و بدستور مادهٔ «۷۳۰» قانون آئین دادرسی مدنی دادگاه قبل یا بعد از اجراء حکم، میتواند در مقدار مبلغی که قبلا ـ معین کرده است تجدید نظر نموده و مبلغ دیگری برای تأخیر اجراء حکم در زمان گذشته یا آینده معین نماید.

پس از قطعی شدن حکم، اجرائیه طبق آن صادر میگردد، و بمشروط علیه ابلاغ میشود تا مفاد حکم را بموقع اجرا گذارد. در صورتی که مدت مقرر قانونی بگذرد و محکوم علیه مفاد حکم را اجرا نکند بطریق ذیل رفتار میشود:

الف- اگر انجام عمل مزبور بوسیلهٔ شخص دیگری مقدور است، چنانکه مورد شرط انتقال مال معین یا ساختن بنا طبق نقشهٔ موجود باشد، بدستور مادهٔ «۲۳۸» حاکم

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۲۶

میتواند بخرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم آورد و مشروط له نمیتواند عقد را فسخ کند.

ب- اگر انجام عمل مزبور بوسیلهٔ شخص دیگری ممکن نیست، یعنی خصوصیتی در مشروط علیه موجود میباشد که آن را بوسیلهٔ دیگری نمیتوان بدست آورد و بدین جهت از جمله اعمالی نیست که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، بدستور مادهٔ «۲۳۹» قانون مدنی مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت، چنانکه مشروط علیه نقاش معروفی باشد و نقاشی او مورد شرط قرار گرفته است.

صدور حکم تادیهٔ مبلغی برای هر روز تأخیر انجام عمل، بدستور ماده «۷۲۹» قانون آئین دادرسی مدنی مانع از فسخ معامله نمیباشد و تا تاریخی که مشروط له عقد را فسخ نماید طبق حکم صادر مبلغ معین را دریافت میدارد.

تبصره- قانون مدنی در فرض مزبور متابعت از قول مشهور فقهاء امامیه نموده که در صورت قدرت بر اجبار ممتنع بانجام شرط، مشروط له حق فسخ عقد را ندارد.

استدلال قول مشهور آن است که عقد لازم را در اثر تخلف شرط نمیتوان فسخ کرد مگر آنکه جبران ضرر ناشی از آن بطریق دیگری ممکن نباشد و با تحقق شرط بوسیلهٔ اجبار ممتنع و یا انجام آن بوسیلهٔ دیگری، ضرری که نتوان آن را جبران نمود باقی

نمیماند تا مشروط له بتواند عقد را فسخ کند.

قول دیگری از علامه نقل شده است که مشروط له در صورت قدرت بر اجبار ممتنع میتواند عقد را فسخ نماید و یا آنکه مشروط علیه را اجبار بانجام شرط کند. قول مزبور اگر چه با اصل حقوقی مذکور در فوق، که مستند قول مشهور میباشد سازگار نیست.

ولی بیشتر میتوان بوسیلهٔ آن نظم اجتماعی را حفظ نموده و بحقوق فردی احترام گذارد، زیرا چنانچه مشروط علیه با علم بآنکه اگر عمل بشرط ننماید مشروط له میتواند عقد را برهم زند، از ایفاء بشرط امتناع کند، کشف میشود که مشروط علیه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۲۷

نیز مایل بفسخ عقد میباشد، بنابراین با فسخ عقد بحقوق هیچ‌یك از آن دو ضرری متوجه نشده است.

خیار تخلف شرط فوری نیست، زیرا خیار بنفسه ایجاب فوریت نمینماید و مادهٔ هم که حاکی از فوریت خیار تخلف شرط باشد موجود نمیباشد، بنابراین مادام که خیار تخلف شرط بجهتی از جهات ساقط نشده است مشروط له میتواند عقد را فسخ نماید.

هشتم- در خیار تفلیس

اشاره

خیار مزبور را قانون مدنی در ردیف خیارات بشمار نیاورده و در ماده «۳۸۰» در قسمت تسلیم مبیع ذکر نموده است. ماده «۳۸۰» قانون مدنی: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد میتواند از تسلیم آن امتناع کند». مثلا هرگاه کسی اتومبیلی را بدیگری بفروشد و مشتری پس از معامله مفلس شود و هنوز ثمن را ببایع نپرداخته باشد، بایع میتواند در صورتی که عین مبیع نزد مشتری موجود باشد بیع را فسخ و اتومبیل را مسترد دارد و هرگاه بایع اتومبیل را بمشتری تسلیم ننموده است التزام او بتسلیم ساقط میگردد.

شرائط خیار تفلیس:

۱- مشتری پس از عقد بیع مفلس شده باشد، یعنی دادگاه در رأی خود تاریخ فلس مشتری را پس از زمان عقد معین نموده باشد.

۲- در صورتی که مبیع تسلیم مشتری نشده و یا آنکه تسلیم شده ولی عین آن نزد مشتری موجود است، یعنی تلف و یا انتقال بغیر داده نشده باشد. فرقی نمی‌نماید که مبیع عین معین باشد و یا کلی فی الذمه.

۳- در صورتی که ثمن ببایع تأدیه نشده باشد.

۴- در صورتی که ثمن کلی فی الذمه باشد و الا هرگاه پس از عقد مشتری مفلس

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۲۸

گردد و ثمن عین معین باشد طبق ماده «۳۶۳» ق. م. بایع میتواند آن را از مشتری بخواهد زیرا در اثر عقد ثمن معین در ملکیت بایع داخل میگردد. جعل خیار تفلیس برای کمك ببایع است که داخل در غرماء مفلس نشود و آن در مورد ثمن کلی میباشد.

بنابراین ماده «۳۸۰» قانون مدنی اگر چه مطلق است ولی با توجه بمفاد ماده «۳۶۳» قانون مدنی باید آن را در مورد بیعی دانست که ثمن آن کلی فی الذمه باشد.

۵- عدهٔ از حقوقیین امامیه بر آنند که بایع در صورتی میتواند بیع را فسخ و مبیع را مسترد دارد که موعد تأدیهٔ ثمن رسیده باشد و الا چنانچه ثمن مؤجل باشد و موعد آن نرسیده باشد بایع نمیتواند بیع را فسخ کند.

در صورتی که قسمتی از مبیع تلف و یا انتقال بغیر داده شده باشد بایع میتواند نسبت بآن قسمت که باقیست بیع را فسخ و مبیع را مسترد دارد، و نسبت بثمن قسمت دیگر با طلبکاران مفلس شریك گردد. تبعض خیار تفلیس در مورد بالا با تحلیل عقد واحد بعقود

متعدده اشکالی ندارد، زیرا تبعض موجب اضرار کسی نخواهد بود.

نظر بوحدت ملاک ماده «۳۸۰» ق. م. خیار تفلیس اختصاص ببایع نـدارد و مشتری نیز میتوانـد باسـتناد خیار تفلیس بیع را فسخ کند، لذا در صورتی که بایع مفلس شود.

و عین ثمن نزد او موجود باشـد در حـدود شـرایط مـذکور در بالاـ مشتری میتوانـد بیع را فسـخ و ثمن را مسترد دارد و چنـانچه تأدیه ننموده تعهد او بتسلیم ثمن ساقط می گردد.

خیـار تفلیس اگر چه در مـادهٔ «۳۸۰» قـانون مـدنی ذکر گردیـده وماننـد آن است که از خیـارات مختصه ببیع میباشـد ولی بـا توجه بملاک ماده «۳۸۰» و عمومیت ماده «۴۵۶» قانون مدنی که تمامی انواع خیار را در جمیع معاملات لازمه مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن جاری میداند، خیار تفلیس از خیارات مشترکه میباشد، بنابراین هرگاه مستأجر پس از عقد و یا در اثناء مدت اجاره مفلس شود و اجرت المسمی کلی و در ذمه او باشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۲۹

موجر میتوانـد اجاره را فسخ کند، همچنانی که هرگاه مقترض پس از قرض مفلس شود و عین مورد قرض نزد مقترض موجود باشـد مقرض میتواند عقد را فسخ نموده و عین مال خود را بخواهد.

چون اکنون افلاس در قوانین موضوعهٔ کشوری شناخته نشده است لذا موردی برای اجراء خیار تفلیس پیدا نمیشود. پرسشی که پیش می‌آیـد آنست که خیار تفلیس نسبت بتاجر ورشکسـته نیز جاری میگردد و یا ورشکسـته منحصـراً تابع مقررات قانون تجارت است. آنچه بنظر میرسـد آنست که مقررات مربوط بقوانین مـدنی نسبت بتـاجر ماننـد غیر تـاجر جـاری است مگر آن که قانون تجارت در مورد خاصی تصریح بر خلاف نموده باشد.

فقرهٔ دوم در احکام خیارات بطور کلی

۱- خیار در اثر عقد بوجود می‌آید

خیار حقی است که در اثر آن یکی از متعاملین یا هر دو آنها میتوانـد عقـد لازم را بر هم زنـد و آن را فسـخ کنـد. حق مزبور با عقد موجود میشود مگر در خیار تأخیر ثمن، خیار تفلیس و خیار تخلف شـرط که سبب پیدایش هر یک چنانکه ذیلا دیده میشود پس از عقـد است. حق فسـخ در خیـار تـأخیر ثمن چنـانکه از مادهٔ ۴۰۲ ق. م. معلـوم میگردد پس از انقضـاء سـه روز از حیـن عقـد در اثر نپرداختن ثمن از طرف مشتری حاصـل میشود و در خیـار تفلیس چنـانکه از مادهٔ «۳۸۰» ق. م. اسـتظهار میشود پس از عقد در تاریخ تفلیس مشتری بوجود می‌آید و در خیار تخلف شـرط چنانکه مواد «۲۳۷» و «۲۳۹» ق. م. تصریح مینمایند در شرط فعل پس از عقد، در اثر عـدم ایفاء شـرط در صورت عـدم امکان اجبار ممتنع حاصل میگردد مگر آنکه کشف شود که در حین عقـد انجام آن ممتنع بوده که در این صورت از زمان عقـد پیـدایش می‌یابد. اما در خیارات دیگر مانند خیار غبن، خیار عیب، خیار تدلیس، خیار رؤیت و تخلف وصف حق فسخ با عقد بوجود می‌آید

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۳۰

زیرا سـبب آن در حین عقد موجود است، و کسـی که حق خیار دارد پس از اطلاع، از وجود حق مزبور میتواند از آن استفاده نماید، بنابراین آگاه شدن بوجود غبن در معامله و یا عیب و تدلیس و یا نبودن اوصاف منظور در مبیع هیچ‌گونه تأثیر در پیدایش حق فسـخ ندارد.

۲- خیارات مختلف ممکن است در یک عقد بوجود آیند.

چندین خیار ممکن است در یک زمان در عقد واحد موجود شود، مثلا خیار مجلس و خیار حیوان در بیع حیوان بلافاصله پس از عقد پیدایش می‌یابد و ممکن است در عقد واحد خیار غبن و عیب و تدلیس و شرط و خیارات دیگر هر یک بجهتی موجود گردد. ایراد بآنکه هر یک از خیارات سبب خاصی برای انحلال عقد است و هرگاه چند سبب در عقد واحد جمع شود تداخل اسباب متعدده خواهد شد و توارد علل عدیده لازم می‌آید، وارد نمیباشد، زیرا سبب قانونی معرف است نه مؤثر و اجتماع چندین معرف با یکدیگر مانعی ندارد. بنابراین میتوان برای فسخ عقد بیکی از خیارات یا تمامی خیاراتی که در عقد موجود است متوسل شد و هرگاه یکی از آنها بجهتی از جهات ساقط گردد بقیه خیارات را اعمال نمود.

۳- وجود خیار شرط در بیع، مانع از تملیک مبیع بوسیله عقد نمیشود.

در اثر عقد بیع مشتری مالک مبیع میگردد و این امر در تمامی اقسام بیع از مطلق و مشروط و خیاری یکسان میباشد. این است که مادهٔ «۳۶۴» قانون مدنی میگوید: «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع». در عقد معلق ملکیت برای منتقل الیه از زمان پیدایش معلق علیه محقق میگردد (باقسام عقود مراجعه شود). بعضی از حقوقیین امامیه بر آنند که در خیارات مدت‌دار مانند خیار مجلس و حیوان و شرط ملکیت مورد معامله برای مشتری با انقضاء خیار حاصل می گردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۳۱

از نظر تحلیل حقوقی، عقد بیع سبب قانونی برای پیدایش ملکیت مشتری میباشد ولی رابطهٔ مالکیت مشتری نسبت بمبیع در تمامی اقسام بیع یکسان نیست، چنانکه در بیع مطلق، خواه یکی از خیارات (غیر از خیار شرط) موجود باشد و خواه نباشد، ملکیت مشتری نسبت بمبیع مستقر است و مشتری میتواند با علم بوجود خیار بایع، هرگونه تصرف متلف یا ناقل در مبیع بنماید. مثلا در مدت خیار مجلس و یا پس از عقد در مورد خیار تأخیر ثمن و همچنین در مواردی که برای بایع خیار غبن موجود است، مشتری میتواند مبیع را بشخص ثالث انتقال دهد و یا آن را تلف بنماید، زیرا خیار بایع در موارد بالا برای استدراک مالکیت سابق است که قانون بجهتی از جهات باو داده است. در بیع خیاری ملکیت مشتری نسبت بمبیع در مدت خیار متزلزل است، بدین جهت بدستور ماده «۴۶۰» قانون مدنی: «در بیع شرط مشتری نمیتواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». ملکیت مزبور بانقضاء خیار مستقر میشود و مشتری میتواند هر گونه تصرفی در مبیع بنماید.

۴- خیار حقی است مالی و قابل انتقال

اشاره

چنانکه گذشت خیار فسخ حقی است که طبق قانون یا قرارداد به متعاملین یا یکی از آنها یا شخص ثالث داده میشود تا بوسیلهٔ آن بتواند معامله را منحل نماید. اثر انحلال عقد برگشتن مورد معامله بمالک قبل از عقد میباشد، یعنی چنانچه بیع منحل شود مبیع ببایع و ثمن بمشتری برمی‌گردد، اگر چه خیار فسخ برای شخص ثالث شرط شده باشد و او معامله را فسخ نماید. انتقال خیار ممکن است بیکی از دو وسیله بعمل آید:

الف- انتقال خیار بوسیلهٔ عقد

ارزش هر چیز باعتبار انتفاعی است که از آن برده میشود، بنابراین در صورتی که بایع خیار فسخ داشته باشد فقط دو کس میتواند مستقیماً از خیار فسخ منتفع گردد: یکی ذو الخیار که بایع است و در اثر اعمال حق بهره‌مند میگردد و دیگری من علیه الخیار که

مشتریست و حق فسخ بر علیه او اعمال میشود، زیرا مادام که خیار باقی است ملکیت او متزلزل میباشد و چنانچه اعمال گردد معامله منحل شده و مورد آن بمالک قبل از عقد عودت می‌یابد، بدین جهت مشتری حاضر است

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳۲

در مقابل انتقال حق خیار باو بذل مال بنماید. حق خیار برای اشخاص ثالث هیچ‌گونه نفعی ندارد چنانکه در خیار برای شخص ثالث مشاهده گردید که هرگاه شخص مزبور حق فسخ خود را اعمال بنماید عقد منحل شده و مبیع بایع و ثمن بمشتری برمی‌گردد، بدین جهت او را حکم و داور میدانند.

بنابر آنچه گذشت خیار حقی است مالی برای ذو الخیار، و میتواند بجهتی از جهات بمن علیه الخیار آن را واگذار نماید، مانند آنکه ثمن در بیع یا مورد صلح قرار دهد. نتیجهٔ انتقال خیار بمن علیه الخیار آنست که منتقل الیه مالك خیار میشود و میتواند عقد را فسخ بنماید و یا خیار را ساقط کند. خیار قابل انتقال بشخص ثالث نمیباشد، زیرا از خیار فسخی که متعاملین یا یکی از آنها دارد شخص ثالث منتفع نمیگردد، مگر آنکه گفته شود که شخص ثالث اگر چه مستقیماً منتفع از خیار نمیشود.

ولی ممکن است در اثر مالك شدن حق فسخ، سلطه نسبت به معامله بین متعاملین پیدا بنماید که بنفع هر یک که مایل باشد آن را اعمال کند و همین قدر نفع، کافی است برای آنکه حق خیار، بتواند مورد انتقال قرار گیرد و لو بصلح باشد.

ب- انتقال خیار بوسیله ارث

اشاره

طبق صریح ماده «۴۴۵» ق. م. «هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل بوارث میشود» زیرا خیار حق مالی است و مانند اموال دیگر و متوفی در اثر فوت بوارث منتقل می‌گردد.

شرح انتقال خیار بوسیله ارث در دو قسمت بیان می‌گردد:

قسمت اول- نحوه اعمال حق خیار

فقهای امامیه در این امر دارای اقوال مختلفی میباشند که مهمترین آنها ذیلا بیان میشود:

اول- هر یك از ورثه دارای خیار مستقلی میشود که میتواند تمامی عقد را فسخ نماید اگر چه بقیه آن را امضاء کنند.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳۳

دوم- هر یك از ورثه نسبت بحصهٔ خود دارای خیار مستقلی میشود که میتواند بهمان نسبت عقد را فسخ نماید بدون آنکه آن حصه نسبت بحصص دیگران سرایت کند. در این صورت چنانچه تمامی ورثه توافق در فسخ عقد یا امضاء آن ننمایند و بعضی آن را فسخ و بقیه امضاء کنند، کسی که خیار بر علیه او اعمال میشود خیار تبعض صفقه نسبت بسهام کسانی که عقد را امضاء نموده‌اند خواهد داشت.

سوم- تمامی ورثه در خیار فسخ ذیحق میباشند و در آن شریك خواهند بود و در صورت توافق با یکدیگر میتوانند عقد را فسخ کنند و هیچ یك از ورثه بتنهائی نمیتواند تمامی عقد و یا نسبت بحصهٔ خود آن را فسخ نماید.

ارث خیار از نظر قانون مدنی- مادهٔ «۴۴۵» ق. م. که میگوید: «هر یك از خیارات بعد از فوت منتقل بوارث میشود» در نحوهٔ انتقال خیار بورثه سکوت اختیار نموده است.

آنچه از نظر تحلیلی بنظر میرسد آنست که خیار حق مالی میباشد و مانند اموال دیگر مورث در اثر فوت بورثه منتقل میشود.

استحقاق ورثه نسبت بتمامی ترکه یکسان است یعنی تمامی ورثه در اموال و همچنین در حقوق مالی هر یك بقدر سهم الارث خود

شریک میباشند، با این فرق که اموال مادی قابل تقسیم میباشند و حقوق چون بسیط و غیر قابل تجزیه است بحال اشتراک بین ورثه باقی می‌ماند، بدین جهت است که در عقد ساده هرگاه یکی از طرفین معامله دارای خیار باشد نمی‌تواند آن را تجزیه نموده نسبت بقسمتی عقد را فسخ و نسبت بقسمت دیگر آن را امضا بنماید.

در اثر فوت هر چه را مورث در حین فوت دارا بودن بورثه منتقل میشود و آن خیار بسیط غیر قابل تجزیه است، بنابراین تمامی ورثه میتوانند با توافق یکدیگر عقد را فسخ بنمایند. چنانچه بعضی از ورثه موافقت در فسخ نکند و آن را امضاء بنماید و بعض دیگر آن را فسخ کند فسخ بلااثر خواهد بود.

قسمت دوم- سهم هر یک از ورثه

آنچه از ظاهر ماده «۴۴۵» ق. م. که بطور اطلاق

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳۴

هر یک از خیارات را بعد از فوت منتقل بوارث میداند، معلوم میگردد قانون مدنی حق خیار را مانند اعیان مال مستقلی دانسته و ورثه را در آن سهیم میداند، بنابراین هر یک از ورثه متوفی بمقدار سهم الارث خود در آن سهیم میباشد و آنچه در اثر اعمال حق مزبور حاصل شود هر یک بمقدار سهم الارث خود از آن ارث میبرد همچنانی که باید هر یک در مقابل اخذ بخیار بمقدار سهم الارث خود از ثمن بطرف بپردازند.

تبصره 1-

در صورتی که ورثه توافق در فسخ عقد بنمایند و آن را فسخ کنند چنانچه عین ثمن در میان ترکه موجود باشد آن بمشتری داده میشود، زیرا در اثر فسخ هر یک از دو مورد بمالک قبل از عقد بر می‌گردد. هرگاه عین ثمن موجود نباشد هر یک بمقدار سهم الارث خود از ثمن میدهد.

بعضی از فقها بر آنند که چنانچه مورث ترکه نداشته باشد که بتوان ثمن را از آن تأدیه نمود، ورثه میتوانند عقد را فسخ کنند و مبیع داخل در ملکیت متوفی میشود و ثمن بر ذمهٔ او قرار میگیرد و ورثه ملزم نیستند که از دارائی خود ثمن را بپردازند و آن مانند موردیست که حق خیار برای شخص ثالث باشد و یا وکیل حق فسخ داشته باشد و آن را فسخ بنماید. در این صورت مبیع متعلق حق طلبکاران قرار میگیرد و مشتری مانند طلبکاران دیگر جزء غرما میشود.

تبصرهٔ 2-

بنظر میرسد که چنانچه دین متوفی مستغرق ترکهٔ او باشد حق خیار نیز مانند اموال دیگر متوفی متعلق حق طلبکاران قرار میگیرد و هر عملی که نسبت باموال میشود نسبت بحق خیار نیز انجام میگردد. بعض از فقها بر آنند که حق خیار از آن ورثه است و نمیتوان ورثه را از فسخ عقد منع نمود اگر چه دین متوفی مستغرق ترکهٔ او باشد، زیرا حق فسخ از آن مفلس و ورشکسته نیست و او نمیتواند عقد را فسخ کند. در این صورت ورثه باید مصلحت طلبکاران را در نظر بگیرند و چنانچه ضرری از این راه متوجه طلبکاران شود آنان نمیتوانند عقد را فسخ کنند، زیرا خیار جزء

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳۵

ترکه است و تمامی ترکه متعلق حق طلبکاران است.

در صورتی که مصلحت طلبکاران ایجاب فسخ عقد را بنماید، عده‌ای از فقهاء بر آنند که نمیتوان ورثه را اجبار بر فسخ نمود زیرا فسخ و حق ورثه است و آنان در اعمال آن آزاد میباشند.

تبصره 3-

زوجه از خیـاری که متعلق آن زمین است ارث میبرد و همچنین تمامی ورثه از خیاری که متعلق آن مالیست که ممکن بود حبوه قرار گیرد و اکنون مورد معامله قرار گرفته است ارث میبرنـد، زیرا چنانکه گـذشت، خیار حق مالی مسـتقلی است که تمامی ورثه بمقدار سهم الارث خود در آن سـهیم میباشـند. بعض از فقهاء بر آننـد که خیار فسخ حقی است برای دارنده آن که میتواند آنچه را واگذار بغیر کرده مجدداً تملک نمایـد، مثلا خیار غبن بایع باو اجازه میدهد که بتواند مبیع را که بمشتری تملیک نموده مجدداً بوسـیلهٔ اخذ بخیار بملکیت خود درآورد و همچنین مشتری مغبون میتواند بوسیلهٔ اعمال خیار ثمنی را که بملکیت بایع در آمده بخود برگرداند. بعبارت دیگر اعمال خیار، اسـتدراک مالکیت چیزی است که سابقاً ملک او بوده و انتقال بغیر داده است. بنابراین خیار باعتبار متعلق خود مالی شـناخته میشود و ورثه از آن ارث میبرنـد، لـذا چنانچه مورث زمینی را بوسـیله بیع بغیر انتقال داده باشد و بعداً کشف شود که فروشـنده مغبون بوده است زوجـهٔ او از خیار مزبور ارث نمی‌برد، زیرا اخـذ بخیار برای بدست آوردن زمین است و زوجه از ارث زمین محروم میباشـد. بعبـارت دیگر چنـانکه زوجه در اثر اخـذ بخیار چیزی عایـد او نمیگردد نمیتوانـد در خیار آن سـهیم شود، زیرا خیار عبارت از علاقه‌ایست برای دارندهٔ آن نسـبت بچیزی که بدیگری منتقل نموده تا بوسیلهٔ اعمال آن حق بتواند آن چیز را دو باره مالک گردد، بنابراین زوجه نمیتواند از خیار مربوط بزمین ارث ببرد.

تبصره 4-

در صورتی که خیار عیب باشد و تمامی ورثه عقد را قبول کنند میتوانند

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳۶

ارش از طرف بخواهند، ارش بین آنان طبق مقررات ارث تقسیم میشود و هر یک از ورثه بقدر سهم الارث خود سهیم خواهد بود و زوجه نیز از آن برخوردار میگردد، زیرا ارش برای جبران زیـان مورث میباشـد که تمـامی ورثه از آن سـهم میبرنـد چنـانچه بعض از ورثه عقد را قبول نماید بمقدار سهم الارث خود از ارش برخوردار میگردد

تبصره 5-

در صورتی که خیـار فسـخ بجهتی از جهـات برای مشتری (منتقل الیه) باشـد مثل آنکه مبیع معیوب بوده و یا مشتری مغبون و یا خیار شرط داشته باشد و مشتری فوت کند. مورد معامله بوارث او منتقل میشود و خیار فسخ نیز بتبع آن منتقل میگردد.

چنانچه ورثه متعـدد باشـند میتواننـد با توافق یکـدیگر عقـد را فسـخ و یا آن را قبول نماینـد، زیرا چنانکه در بالا گفته شـد خیار قابل تبعض نمیباشد اگر چه متعلق آن بنسبت سهام قانونی بورثه منتقل میشود.

تبصره 6-

در صورتی که یکی از خیارات تـدلیس، غبن یا عیب و امثال آن برای مشتری باشـد و مورد معامله را بغیر انتقال دهـد، حق خیار بتبع مورد منتقل نمیشود، زیرا خیار، موجود حقوقی مسـتقلی است ولی مشتری میتواند آن را نیز بخریدار مسـتقلًا یا بتبع واگذار کند، زیرا خریدار میتواند از آن منتفع شود.

در صورتی که در بیع شـرط مشتری خیاری فوت کنـد، مورد معامله بهمان وضـعیت بورثـهٔ او منتقل میشود و بایع میتوانـد اخذ بخیار کنـد. چنانچه مشتری دارای ورثه متعـدد باشد و بایع بخواهد حق خیار خود را اعمال نماید نمیتواند آن را تبعض کند، زیرا حق خیار قابل تبعض نمیباشد و فوت مشتری هم چنین امری را ایجاب نمیکند همچنانکه انتقال مبیع بورثه موجب آن امر نمیگردد. مثلا هرگاه کسـی خانهٔ را بمعاملهٔ شرطی بدیگری واگذار نماید و برای بایع خیار فسخ معامله در ظرف شش ماه قرار داده شود و مشتری پس از

دو ماه از تاریخ معامله فوت نماید و سه پسر از او باقی بماند و خانهٔ مزبور باشاعه بآنها برسد، بایع نمیتواند نسبت ببعضی از آنها معامله را فسخ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳۷

و نسبت ببعض دیگر معامله را تنفیذ نماید مگر برضایت آنها، این است که مادهٔ «۴۶۲» قانون مدنی میگوید: «اگر مبیع بشرط بواسطهٔ فوت مشتری بورثهٔ او منتقل شود حق فسخ بیع در مقابل ورثه بهمان ترتیبی که بوده است باقی خواهد بود». همچنین است در مورد خیارات دیگر که هرگاه طرف بمیرد و دارای ورثهٔ متعدد باشد دارندهٔ خیار نمیتواند آن را تبعیض بنماید و نسبت به بعض از ورثه اخذ بخیار کند و نسبت ببعض دیگر معامله را امضاء بنماید.

در دو مورد زیر خیار منتقل بورثه نمیشود:

الف- در صورتی که شرط خیار، بقید مباشرت باشد

یعنی حق اعمال او برای شخص مشروط له قرار داده شود، بدستور ماده «۴۴۶» ق. م. بورثه منتقل نمیشود مثلًا هرگاه پدری مالی را بپسر خود هبه نماید و شرط کند که او شخصاً در ظرف چهل سال بتواند آن را فسخ نماید بفوت پدر هبه مستقر میگردد، زیرا طبق شرطی که شده، حق اعمال فسخ منحصراً با شخص واهب است و ورثه واهب غیر از واهب هستند، بنابراین حق فسخ مزبور از حقوق مالی مطلق نمیباشد تا بورثه منتقل گردد بلکه بفوت او ساقط میشود. اینست که مادهٔ «۴۴۶» قانون مدنی میگوید: «خیار شرط ممکن است بقید مباشرت و اختصاص بشخص مشروط له قرار داده شود، در این صورت منتقل بوارث نخواهد شد».

ب- در صورتی که شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین قرار داده شده باشد

بدستور مادهٔ «۴۴۷» ق. م. بورثه مشروط له منتقل نمی‌شود، زیرا چنانکه در خیار شرط گذشت شخص ثالث، داور و حکم است و حق مالی مزبور متعلق بداور نیست تا جزء ترکه‌اش بورثهٔ او منتقل شود. بدین جهت است که متعاملین از نتیجهٔ فسخ استفاده مینمایند و در صورت فوت متعاملین یا یکی از آنها ورثهٔ آنها استفاده خواهند نمود.

۵- امضاء عقد و اسقاط حق خیار

اشاره

چنانکه گذشت حق خیار از حقوق مالی است و حقوق مالی قابل اسقاط میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳۸

زیرا مالک میتواند هر گونه تصرفی در ملک خود بنماید. بنابراین تمام یا بعضی از خیارات را میتوان پس از عقد ساقط نمود، خواه کسی که آن را ساقط مینماید و یا طرف او، عالم بوجود خیار باشد یا جاهل، زیرا در اسقاط حق، علم بوجود آن لازم نیست همچنانی که علم بمقدار آن شرط نمیباشد.

اسقاط حق خیار در صورتی ممکن است که خیار موجود شده باشد و الا هرگاه خیار موجود نشده باشد نمیتوان آن را اسقاط نمود. مثلًا قبل از گذشتن سه روز از انعقاد بیع بایع نمیتواند خیار تأخیر ثمن را اسقاط نماید، زیرا چیزی که هنوز پیدا نشده نمیتوان در آن تصرف نمود.

اسقاط خیار مانند ابراء و اعراض، از ایقاعات است و بقصد انشاء از کسی که حق خیار دارد حاصل میشود. چیزی که دلالت بر

اسقاط خیار مینماید گاه لفظ است، چنانکه مغبون بگوید خیار فسخ خود را ساقط نمودم، و یا بگوید هر چه هست بیع را قبول دارم، و گاه دیگر فعل است و آن عبارت از تصرف صاحب خیار است پس از عمل بآن در مالی که در اثر عقد مالک شده است، مانند آنکه مشتری با علم بغبن در خانهٔ خریداری خود تصرف نماید و آن را تعمیر کند. توضیح امر مزبور محتاج بدانستن موقعیت حقوقی خیارات است.

خیارات بر دو قسم است:

الف- خیار عیب

قانون مدنی برای جلوگیری از ضرر در مورد عیب، دو طریق مقرر نموده است:
یکی آنکه مشتری بتواند عقد را فسخ و ثمن را مسترد دارد. دیگر آنکه مبیع معیوب را نگهدارد و برای جبران خسارت خود ارش بگیرد. دو طریق مزبور در عرض یکدیگرند و هر کدام را مشتری بخواهد میتواند انتخاب کند. در صورتی که اجراء یکی از دو طریق بجهتی از جهات ممکن نباشد، متضرر منحصراً از طریق دیگر میتواند جبران خسارت را بنماید. طریقی که بیشتر اجرای آن مواجه با اشکال میشود فسخ عقد است، زیرا منظور از فسخ عودت دادن وضعیت متبایعین بصورت قبل از عقد میباشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۳۹
در موارد چهارگانه تلف و انتقال و تغییر و معیوب شدن مبیع نزد مشتری (مذکور در مادهٔ «۴۲۹» قانون مدنی) نمیتوان پس از فسخ وضعیت بایع را بصورت قبل از عقد درآورد، یعنی نمیتوان مبیع را در صورت تلف و انتقال اصلا و در صورت تغییر و معیوب شدن با همان وضعیت ببایع رد نمود، بنابراین تلف یا انتقال مال مورد معامله و تغییر و معیوب شدن آن، موجب سقوط حق فسخ خواهد بود و مشتری میتواند فقط مطالبهٔ ارش کند. چنانکه گذشت سقوط حق فسخ در موارد بالا باعتبار کاشفیت تصرفات مزبور از رضای مشتری بمعامله و امضای فعلی آن نیست، بلکه از نظر عدم قدرت بر عودت وضعیت قبل از عقد میباشد، بر خلاف آنکه مشتری خیار مزبور را ساقط بنماید و یا سقوط آن در معامله شرط شود که در این صورت او نمیتواند مطالبهٔ ارش بنماید، زیرا عمل مزبور ظاهر در رضای بمعامله و امضای فعلی است، مگر آنکه قصد مشتری در این امر فقط اسقاط حق انحلال عقد باشد که در این صورت او می‌تواند چنانچه مبیع معیوب درآید، مطالبهٔ ارش بنماید.

ب- خیارات دیگر غیر از خیار عیب

در خیارات دیگر مانند خیار غبن، خیار تدلیس و خیار تخلف شرط برای جبران ضرری که متوجه بمشتری میشود قانون فقط حق فسخ قرار داده که او بتواند معامله را بر هم زند و ثمن پرداختی را دریافت دارد. در اینگونه خیارات نمیتوان تصرف مشتری را در مبیع، با جهل او بموجب خیار و یا بحق خیار، سبب سقوط حق فسخ دانست و ضرر را غیر عادلانه بر او تحمیل نمود، زیرا مشتری طریق دیگری غیر از فسخ برای جبران ضرر خود ندارد. بنابراین تصرفی می‌تواند مسقط حق خیار شود که مشتری پس از علم بحق فسخ در مبیع بقصد آنکه ملک او است بنماید. در این صورت فعل مزبور مانند لفظ کاشف از قصد انشاء باسقاط حق فسخ خواهد بود.

تصرفی میتواند کاشف از اسقاط حق خیار شود که دو شرط زیر را دارا باشد:

الف- از افعالی باشد که نوعاً بوسیلهٔ مالک بعمل می‌آید و غیر مالک بجای نمیآورد

مانند تلف نمودن مال مورد معامله و یا انتقال دادن آن و امثال آنها، زیرا اینگونه

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۰

تصرفات با علم بخیار در موردی است که متصرف معامله را امضاء میکند و الا چنین تصرفی نمینماید. اینست که مادهٔ «۴۵۰» قانون مدنی میگوید: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد امضای فعلی است مثل آنکه مشتری که خیار دارد با علم بخیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد، تصرفات دیگر مانند پاک کردن اتومبیل و علوفه دادن بحیوان و مانند آنها را نمیتوان کاشف از امضاء عقد دانست، زیرا اینگونه تصرفات را نیز اشخاصی که مالی را بطور امانت در دست دارند و نگاهداری میکنند تا بصاحبش بدهند مینمایند ایراد بآنکه ممکن است متصرف با علم بخیار مال مورد معامله را تلف و یا انتقال بغیر دهد تا پس از فسخ معامله بدل آن را بطرف بدهد و با این امر نمیتوان تصرف مالکانه را بطور مطلق کاشف از اسقاط حق فسخ دانست، بلکه باید احراز شود که تصرف بتصرف بقصد امضاء معامله بوده است وارد نمیباشد، زیرا نظم جامعه‌های کنونی که حس اطاعت از قوانین را برای افراد ایجاب مینماید، موجب فرض ایمان برای افراد در پیروی از قوانین میشود و بدین جهت اعمال آنان را باید منطبق با قوانین موضوعه دانست، اینست که گفته میشود: عمل مؤمن را حمل بر صحت باید نمود (ضع فعل اخیک علی احسنه). امارهٔ مزبور مانند امارات دیگر حقوقی مادامی که خلاف آن را ذی نفع ثابت ننماید معتبر خواهد بود بنابراین صرف احتمال و یا ادعای مشتری بر آنکه قصد اسقاط حق فسخ در اتلاف و یا انتقال مبیع بغیر نداشته کافی نخواهد بود، بلکه مشتری باید آن را ثابت نماید، و مادام که ثابت ننموده تصرف مزبور امضاء شناخته میشود.

ب- فاعل در حین تصرف عالم بحق فسخ باشد.

فعل بخودی خود نمیتواند مسقط حق فسخ و امضاء معامله باشد، بلکه باعتبار کاشفیت از قصدی است که فاعل در دماغ خود ایجاد مینماید. این است که فعل در موقعی میتواند کاشف قرار گیرد که فاعل عالم بحق فسخ خود باشد و الا هرگاه جاهل بآن باشد پس از تصرف حق خیار باقی است و میتواند معامله را فسخ بنماید، زیرا حق پس از آنکه بجهتی از جهات پیدایش یافت فقط بوسیلهٔ ارادهٔ دارنده حق بر اسقاط آن یا بموجب قانونی ساقط میگردد و قانون تصرف مشتری را در صورت جهل از اسباب سقوط حق ندانسته است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۱

۶- شرط سقوط خیار در عقد

طبق ماده «۴۴۸» قانون مدنی: «سقوط تمام یا بعضی از خیارات را میتوان در ضمن عقد شرط نمود» متبایعین میتوانند در ضمن عقد بیع شرط کنند خیاراتی که در عقد مزبور بوجود می‌آید، مانند خیار عیب، خیار غبن، خیار تدلیس، خیار تخلف وصف ساقط شود، اگر چه مشروط علیه جاهل بوجود سبب آن باشد مثلا متعاملین میتوانند سقوط خیار غبن را در بیع شرط نمایند بدون آنکه از وجود غبن آگاه باشند.

شرط سقوط خیاراتی که پس از عقد بوجود می‌آیند در ضمن آن عقد صحیح خواهد بود، مثلا میتوان ضمن عقد شرط نمود که خیار تأخیر ثمن ساقط گردد، خیار مزبور پس از پیدایش بخودی خود ساقط میشود.

شرط مزبور از اقسام شرط نتیجه است و در اثر شرط سقوط خیار، ضمن عقد چنانچه خیاری بوجود آید یا بعداً پس از مدتی موجود گردد در همان لحظه ساقط میشود.

۷- فوری بودن خیار

خیار فسخ در معامله برای جبران زیانیست که بجهتی از جهات مانند تدلیس، عیب و غبن متوجه یکی از متعاملین شده است تا بتواند بوسیله اعمال آن عقد را برهم زند، دارندهٔ حق خیار نمیتواند در اعمال آن چندان تأخیر کند و اهمال روا دارد که موجب زیان طرف خود گردد، زیرا نباید برای جبران زیان کسی زیانی بدیگری وارد ساخت.

این است که قانون مدنی در عدهٔ از خیارات اخذ بآن را فوری دانسته است و دارندهٔ حق خیار میتواند پس از عقد در مدتی که عرفاً برای اخذ بخیار لازم است عقد را فسخ کند و چنانچه تأخیر اندازد حق او ساقط میشود. این امر در خیاراتیست که تأخیر در اعمال آن موجب توجه زیان بطرف می‌گردد و الا در خیاراتی که زیانی از تأخیر بطرف نمیرسد، دارندهٔ خیار میتواند تا مدتی که میخواهد اعمال آن را بتأخیر اندازد، مثلا در مورد خیار تبعض صفقه که بدستور ماده «۴۴۱» ق. م. مشتری میتواند بیع را فسخ کند چنانچه در اعمال خیار خود تأخیر بنماید چون زیانی متوجه بایع نمیشود، قانون مدنی آن را فوری ندانسته است.

طبق قاعدهٔ کلی پس از آنکه حقی بسببی از اسباب برای کسی بوجود آید بخودی خود

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۲

ساقط نمیشود مگر آنکه طبق نص قانونی در موارد معینه‌ای ساقط گردد و یا آنکه دارندهٔ حق آن را اسقاط کند: بنابراین در هر موردی که حق خیار بجهتی از جهات برای کسی ایجاد شود چنانچه آن را خود ساقط ننماید میتواند هر زمان اعمال کند، مگر آنکه قانون فوری بودن آن را لازم دانسته باشد.

خیاراتی که پس از علم بآنها قانون مدنی تصریح بفوری بودن آن نموده عبارتند از: خیار رؤیت و تخلف وصف (ماده «۴۱۵» ق. م.) خیار غبن (ماده «۴۲۰» ق. م.)

خیار عیب (ماده «۴۳۵» ق. م.) خیار تدلیس (ماده «۴۴۰» ق. م.) خیاراتی که قانون مدنی بسکوت برگزار نموده است و بفوری بودن آنها تصریح نکرده عبارتند از: خیار شرط، خیار تأخیر ثمن، خیار تبعض صفقه، خیار تخلف شرط، خیار تفلیس. در خیارات مزبور دارنده حق خیار میتواند اعمال حق خود را بتأخیر اندازد و هر زمان بخواهد اخذ بخیار کند، زیرا دلیلی بر اسقاط خیار در اثر تأخیر موجود نیست.

خیار مجلس که طبق ماده «۳۹۷» ق. م هر یک از متبایعین بعد از عقد فی المجلس مادام که متفرق نشده‌اند میتواند بیع را فسخ بنماید، و خیار حیوان که طبق مادهٔ «۳۹۸» ق. م. فقط مشتری میتواند تا سه روز از حین عقد بیع را فسخ کند، از موضوع بحث خارج است زیرا ابتداء و انتهای مدت خیار معین شده است.

تبصره- در خیاراتی که پس از علم بآن دارنده میتواند فوراً اعمال نماید و الا حق خیار او ساقط میشود، چنانکه در اثر جهل بحکم و یا جهل بفوریت در اعمال آن تأخیر اندازد، بنابر وحدت ملاک ماده «۱۱۳۱» ق. م. حق او ساقط نمیگردد و پس از رفع جهل میتواند اخذ بخیار کند. ماده «۱۱۳۱» ق. م: «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع بعلت فسخ نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط میشود بشرط اینکه علم بحق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده بنظر عرف و عادت است» شرح این امر در دو قسمت بیان میشود:

الف- جاهل بحکم خیار- و آن در صورتیست که دارنده خیار جاهل بحکم قانونی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۳

باشد، مانند آنکه مشتری مغبون نداند که میتواند در اثر غبن، عقد بیع را فسخ کند و بدین جهت اقدام بآن ننماید و بتأخیر اندازد. بنظر میرسد که پس از اطلاع بر حکم مزبور دارندهٔ خیار میتواند فوراً اخذ بخیار کند زیرا جهل موجب معذوریت جاهل است و فرقی بین جاهل بموضوع (جهل بغبن) و جاهل بحکم (بآنکه مغبون دارای حق خیار فسخ است) دیده نمیشود و خیار مشتری در اثر تأخیر در اعمال فسخ، ساقط نمیگردد و الا ضرری که در اثر غبن متوجه او شده بدون جبران خواهد ماند. ترک جاهل از جستجوی

حکم قانونی غبن، منافات با معذور بودن او ندارد و مانند ترک جاهل از جستجوی اصل غبن میباشد و الا باید بر آن بود که هر خریداری پس از معامله باید تحقیقات لازمه را نسبت بمبیع از رجوع بکارشناسان برای دانستن ارزش مبیع و معاینه دقیق برای دانستن عیب بنماید، و حال آنکه چنین تجسسی را قانون لازم نمیداند و هر زمان که مشتری بر غبن خود آگاه گردید مادام که مشمول مرور زمان نشده است میتواند اخذ بخیار نماید.

ب- جاهل بفوریت خیار- و آن در صورتیست که دارندهٔ خیار جاهل بفوریت آن باشد، مانند آنکه مشتری نداند که پس از آگاه شدن او بر غبن باید فوراً اخذ بخیار کند و الا حقش ساقط میگردد و بدین جهت اخذ بخیار را مدتی بتأخیر اندازد. بنظر میرسد که جاهل بفوریت معذور میباشد و دارندهٔ خیار هر زمان که از لزوم فوریت آگاه گردیده میتواند فوراً از خیار خود استفاده کند، زیرا جهل بفوریت مانند جهل بحکم خیار است و خیار جاهل بفوریت، در اثر تأخیر ساقط نمیشود و الا زیان او بدون جبران میماند و حال آنکه منظور قانون از دادن حق فسخ جبران زیان متضرر است عدهٔ از فقهای امامیه بر آنند که حق خیار جاهل بفوریت در اثر تأخیر ساقط میگردد، زیرا دارندهٔ خیار پس از علم بآن مدتی وقت داشته که از آن استفاده کند و رفع ضرر از خود بنماید و حال آنکه از آن مدت استفاده نکرده است. گفتار اینان بنظر موافق با قاعدهٔ جبران ضرر دارنده خیار نمیباشد، زیرا همان علتی که موجب پیدایش حق فسخ شده است ایجاب مینماید که جاهل بفوریت معذور باشد. چنانچه در اثر تأخیر در اعلام فسخ شک گردد که حق فسخ پس از زمان اول ساقط شده یا باقی است بقاء خیار استصحاب میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۴

دعوی مدعی، بجاهل بودن او بحکم خیار و یا فوریت آن بدون دلیل پذیرفته میشود مگر آنکه طرف علم او را باین امر ثابت نماید، چنانکه طرف ثابت کند که مدعی جهل، اطلاعات حقوقی کافی دارد و یا گواهانی بر کذب اظهار مدعی اقامه نماید که او بر وجود خیار و یا فوریت آن آگاه بوده است.

ناسی مانند جاهل بفوری بودن غبن معذور میباشد، مثلا هرگاه مشتری قبلا میدانسته که مغبون حق خیار فسخ دارد و اخذ بآن فوری است ولی بعداً بجهتی از جهات فراموش کند در این صورت پس از تذکر، او میتواند حق خیار خود را اعمال نماید، زیرا نسیان از حیث آثار در حکم جهل است.

۸- مرور زمان در دعوی خیار فسخ

طبق شق ۴ ماده «۷۴۰» آئین دادرسی مدنی، مرور زمان دعاوی هر یک از طرفین معامله و قائم مقام آنها راجع بفسخ یا بطلان معاملات و تعهدات یک سال است و چنانکه شق ۵ از ماده «۷۴۱» قانون مزبور متذکر است، ابتدای آن از تاریخ وقوع معامله میباشد. بنابراین هرگاه یک سال از تاریخ انعقاد عقد بگذرد هیچ یک از طرفین و قائم مقام آنها نمیتواند در دادگاه اقامه دعوی فسخ معامله را بنماید و باستناد آن مطالبهٔ مبیع یا ثمن را کند، اگر چه دارندهٔ خیار جاهل بآن باشد. فرقی نمیکند که مورد معامله منقول یا غیر منقول باشد. بنابراین هرگاه ملکی وقف بر اولاد باشد و طبقهٔ اول از موقوف علیهم باستناد ماده «۸۸» ق. م. که عین موقوفه مشرف بخرابی است آن را بدیگری بفروشند و پس از یک سال از تاریخ انعقاد معامله بر غبن فاحش خود آگاه شوند میتوان بدعوی آنان ایراد مرور زمان نمود، ولی هرگاه اقامه دعوی فسخ، باستناد غبن از طرف طبقهٔ دوم از موقوف علیهم بشود مادام که دعوی مشمول مرور زمان عمومی نشده مسموع خواهد بود، زیرا طبقه دوم از موقوف علیهم قائم مقام طبقه اول در این امر نمیباشند، بلکه شخص ثالث هستند و از واقف حق انتفاع موقوفه بآنها رسیده است و ماده «۷۴۰» نامبرده شامل آن نمیشود.

۹- فسخ عقد

فسخ عبارت از برهم زدن عقد لازم است در مواردی که قانون اجازه میدهد. فسخ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۵

مانند اسقاط خیار و التزام بعقد از ایقاعات میباشد و بدون موافقت طرف و حضور او محقق میشود، بر خلاف اقاله که مانند عقد بتوافق طرفین ایجاد میگردد و بدین جهت آن را تفاسخ گفته‌اند.

در تحقق فسخ حضور حاکم و رسیدگی دادگاه لازم نمیباشد، زیرا اعمال حق احتیاج برسیدگی قضائی ندارد. در صورتی که طرف معامله تسلیم بفسخ نشود کسی که از فسخ منتفع میگردد میتواند برای اجبار طرف خود باجراء آثار فسخ (از رد ثمن هرگاه بایع فسخ کرده و رد مبیع هرگاه مشتری فسخ نموده است) بدادگاه مراجعه نماید. این امر نظر فقهاء امامیه است، ولی ابو حنیفه حضور طرف و قاضی را در فسخ لازم میداند.

فسخ مانند اسقاط طبق ماده «۴۴۹» قانون مدنی بهر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل میشود. لفظی که دلالت بر فسخ کند ممکن است صریح باشد چنانکه بگوید: عقد را فسخ نمودم، یا ضمنی باشد چنانکه مشتری ببایع بگوید: پولی را که داده‌ام پس بده. تصرفاتی که نوعاً کاشف از بهم زدن معامله باشد طبق ماده «۴۵۱» قانون مدنی فسخ فعلی است. چنانکه از ماده «۴۵۱» معلوم میشود قانون تصرف را در مورد فسخ عقد مانند مورد امضاء آن، امارهٔ حقوقی قرار داده است و تصرفی که نوعاً کاشف از بهم زدن معامله میباشد فسخ شناخته است، مگر آنکه خلاف آن بوسیلهٔ ادله مثبته و یا قرائن و اوضاع و احوال خارجی ثابت شود. بنابراین لازم نیست برای احراز فسخ در مورد مزبور مقصود فاعل را جستجو نموده و منظور او را احراز کرد، مثلا در صورتی که کسی اتومبیل خود را بصد هزار ریال برفیق خود بفروشد و در عوض ثمن، چکی از او دریافت دارد و سپس معلوم شود که در فروش اتومبیل غبن فاحش دارد، و فروشنده چک را ببرد درب منزل خریدار رد کند. عمل مزبور نوعاً کاشف از آن است که فروشنده معامله را فسخ نموده است. چنانچه فروشنده مدعی شود که منظور از رد چک بمشتری فسخ معامله نمیباشد بلکه در اثر عدم مطابقت امضاء صادرکننده

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۶

با نمونهٔ امضاء و یا نداشتن پول بمقدار کافی در بانک، چک وصول نشده است و فروشنده آن را بخریدار رد کرده تا پول نقد از او دریافت دارد، و خریدار باین امر تسلیم نشود و اتومبیل را ندهد، فروشنده میتواند بر علیه خریدار دعوی اقامه کند و آن را ثابت نماید.

ولی هرگاه تصرف از افعالی نباشد که نوعاً کاشف از بهم زدن معامله است مانند آنکه کسی مالی را که فروخته پاک کند و اگر حیوان است آب دهد، فسخ عقد شناخته نمیشود، مگر اینکه ذی نفع ثابت نماید که مقصود او از عمل مزبور فسخ عقد بوده است.

در صورتی که خیار فسخ برای متعاملین باشد (یعنی مشتری و بایع هر دو خیار فسخ معامله را داشته باشند، چنانکه در مورد خیار مجلس و خیار شرط است، هرگاه خیار برای طرفین شرط شده باشد) اگر یکی از طرفین حق فسخ خود را اسقاط نماید، حق فسخ دیگری بحال خود باقی میماند و میتواند عقد را امضاء و یا فسخ کند، زیرا هر یک از طرفین دارای خیار فسخ مستقلی میباشد و هیچگونه رابطه با خیار فسخ طرف دیگر ندارد. بنابراین کسی که عقد را قبول مینماید از طرف او عقد لازم میگردد و مانند آن است که از ابتدا حق فسخ نداشته است و از ناحیه دیگر عقد قابل انحلال میباشد و هرگاه فسخ نمود عقد برهم میخورد. ماده «۴۵۲» قانون مدنی: «اگر متعاملین هر دو خیار داشته باشند و یکی از آنها امضاء کند و دیگری فسخ نماید معامله منفسخ میشود»

آثار فسخ- فسخ مانند اقاله از زمان انشاء فسخ، عقد را برهم میزند و از ادامهٔ آثار آن جلوگیری میکند.

در قانون مدنی موادی که صریحاً آثار فسخ را بیان نماید موجود نیست ولی میتوان از مواد مختلف مانند ماده «۴۵۹» ق. م. در بیع شرط و مواد راجعهٔ به اقاله، آثار فسخ را دانست و حکم آنها را از نظر وحدت ملاک بفسخ و انفساخ در تمامی موارد سرایت داد،

زیرا اقاله و فسخ هر دو یکسان معامله را برهم میزنند و فرق بین آن دو از حیث سبب است که در اقاله بوسیلهٔ توافق طرفین میباشد و بدین جهت تفاسخ گفته‌اند و در فسخ بوسیلهٔ ارادهٔ یک طرف. همچنین است در انفساخ عقد در مورد تلف مبیع قبل از قبض که عقد در اثر تلف منحل میگردد. بنابر آنچه گذشت در اثر فسخ، هر یک از دو مورد معامله در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۷

همان وضعیتی که در موقع فسخ دارد بمالک قبل از عقد رد میشود، یعنی مبیع بفروشنده و ثمن بخریدار مسترد میگردد.

نظر بمستفاد از مادهٔ «۲۸۶» قانون مدنی، تلف یکی از دو مورد معامله (جز در خیار عیب) مانع از فسخ عقد نمیباشد، در این صورت بجای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده میشود. در صورتی که مورد معامله ناقص و یا معیب شده باشد علاوه بر رد آن، عوض نقص و عیب که ارش است داده خواهد شد، زیرا عیب مانند نقص، تلف بعض است و تلف بعض مانند تلف کل، موجب پرداخت عوض خواهد بود.

در صورتی که مورد معامله از ملکیت مشتری بوسیلهٔ عقدی از عقود لازمه از قبیل وقف و بیع خارج شده باشد، مانند مورد تلف عمل میشود یعنی بدل آن از مثل یا قیمت داده خواهد شد در صورتی که قبل از دادن بدل بجهتی از جهات مانند اقاله، معامله دوم فسخ شود و یا بعقد جدیدی مورد معامله بملکیت مشتری درآید، عین مبیع ببایع رد میشود اگر چه بایع رضایت ندهد، زیرا دادن بدل در صورت نبودن اصل است و انتقال بغیر، حقیقت شیئی را تغییر نداده است. و هرگاه مورد معامله بعقد غیر لازمی مانند هبه و بیع خیاری واگذار غیر شده باشد نمیتوان مشتری را ملزم بانحلال آن نمود بلکه مانند مورد تلف، بدل ببایع داده خواهد شد.

چنانچه ایراد شود که: اولا- در اثر فسخ معامله، مشتری باید عین مبیع را ببایع رد نماید و با عدم قدرت بر آن در صورت انتقال یا تلف، فسخ عملی نخواهد شد. ثانیاً عدم قدرت بر اعادهٔ وضعیت سابق که قبل از عقد بایع داشته موجب ضرر بایع است.

و با تعارض دو ضرر (ضرر مشتری در صورت عدم فسخ و ضرر بایع در صورت فسخ) و سقوط آن دو، حق فسخ ساقط میگردد. در پاسخ گفته میشود: اولا- لزوم رد عین مبیع در اثر فسخ، در صورتی است که عین مبیع نزد مشتری موجود باشد نه در تمامی موارد ثانیاً- با دادن بدل از مثل یا قیمت وضعیت اقتصادی بایع تا آنجا که ممکن است مانند قبل از عقد خواهد گردید و ضرری متوجه او نمیشود. بنابراین توهم لزوم رد عین مبیع و یا توهم

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۸

آنکه صورتاً وضعیت قبل از عقد را برای بایع نمیتوان اعاده نمود، موجب عدم جواز فسخ در مورد تلف و انتقال نمیشود، علاوه بر آنکه خیار عبارت از ملکیت حق فسخ است و با تلف و یا انتقال مورد معامله، حق مزبور زائل نمیگردد و از مسقطات حق فسخ نیز بشمار نیامده است. بنظر میرسد که در جواز فسخ پس از تلف و انتقال مبیع، فرق ننماید که فسخ از طرف بایع باشد یا مشتری، اگر چه در مورد اخیر که مشتری خود اقدام بانتقال و تلف مبیع نموده است فقهاء امامیه تصریح بجواز فسخ ننموده‌اند، زیرا آنچه موجب جواز فسخ در صورت اول است در صورت دوم نیز موجود میباشد.

بدستور مادهٔ «۴۵۴» قانون مدنی: «هرگاه مشتری مبیع را اجازه داده و یا بنحو دیگری منافع آن را برای مدتی واگذار کرده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمیشود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است» ولی در صورتی که عدم تصرفات ناقله بر مشتری شرط نشده باشد اجاره صحیح میباشد و پس از فسخ بیع، عین مبیع ببایع رد میشود و نسبت بمنافع مدت پس از تاریخ فسخ که بدیگری واگذار شده است، اجرت المثل آن ببایع تأدیه میگردد گفته شده که چون مسلوب المنفعه بودن مال، نقص محسوب میشود.

باید مشتری فرق بین قیمت مبیع (با داشتن منفعت) و قیمت آن (بدون منفعت بقیه مدت اجاره) را ببایع بدهد. ماده بالا در موردیست که کسی ببیع قطعی مالی را بدیگری انتقال دهد و بجهتی از جهات بر مشتری شرط کند که در مدت معینی تصرفات ناقله در عین و

منفعت ننماید و سپس در اثناء مدت مزبور بایع معامله را بیکی از علل قانونی فسخ کند. از نظر وحدت ملاک معاملات دیگر مانند بیع است.

مادهٔ «۴۵۵» قانون مدنی: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». در فرض مزبور مبیع بهمان وضعیت بملکیت بایع در می‌آید، و مشتری باید موجبات فک رهن را فراهم و مال مرهونه را فک نماید.

در صورتی که در حین فسخ، مبیع نزد مشتری موجود باشد ولی در اثر تصرف

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۴۹

او تغییری در آن حاصل شده باشد، بطریق ذیل رفتار میشود.

الف- هرگاه تصرف مشتری تغییری در قیمت مبیع نداده است، مبیع بهمان وضعیت به بایع رد میشود و هیچ یک از متعاملین از این جهت حقی بر دیگری ندارد.

ب- هرگاه تصرف موجب کسر قیمت مبیع شده است، عین مبیع ببایع رد میشود و فرق قیمت مبیع پس از تصرف و قبل از تصرف در زمان فسخ، تقویم و ببایع داده میشود.

ج- هرگاه تصرف موجب ازدیاد قیمت شده است و آن زیادتی صفت محضه باشد، مانند آرد کردن گندم یا ساختن آلات زینت از شمش طلا و یا آنکه شبه عین باشد، مانند رنگ نمودن پارچه بنابر مستفاد از مادهٔ «۲۸۸» ق. م. در مورد اقاله، مشتری در حین فسخ بمقدار قیمتی که بسبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود و از بایع دریافت میدارد، زیرا زیادی قیمت در اثر فعل مشتری بوده که باجازهٔ قانونی انجام گرفته است نظریات مختلفهٔ دیگری نیز در مورد موجود است، مانند آنکه مشتری با بایع بنسبت زیاده در قیمت شریک میباشد و آن مال فروخته شده و ثمن بین آنان تقسیم میشود و یا آنکه مشتری نسبت بزیادهٔ قیمت در عین مبیع با بایع شریک میباشد و یا آنکه عین متعلق ببایع و مشتری مستحق اجرت المثل عمل خود میباشد و یا آنکه حقی مشتری بر بایع ندارد. همچنین است در موردی که زائد، عین غیر قابل انفکاک باشد مانند آنکه مبیع خانه بوده و مشتری کاغذ و عکس بدیوار آن چسبانده که هرگاه جدا شود از مالیت بیفتد.

د- هرگاه تصرف مشتری که موجب ازدیاد قیمت شده، اضافه نمودن اشیائی باشد که قابل انفکاک است مانند آنکه مورد معامله زمین بوده و مشتری در آن بنا ساخته و درخت کاشته است، در اثر فسخ مبیع ببایع رد میشود و زائد متعلق بمشتری است. بایع نمیتواند مشتری را مجبور بکندن و یا الزام با بقاء آنها بنماید اگر چه مجانا باشد همچنانکه مشتری نمیتواند آنها را بدون اجرت المثل در ملک بایع باقی گذارد، بنابراین مشتری میتواند آنها را با پرداخت اجرت المثل در روی زمین نگاهدارد و یا آنها را کنده

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۰

و گودالها را پر کرده و نقص را جبران نماید.

ه- در صورتی که مبیع با مال دیگری مخلوط شده باشد. هرگاه امتزاج با غیر جنس باشد بنحوی که مبیع مستهلک گردد، چنانکه شیشهٔ عطری را در حوض بریزند، مانند آنست که مبیع تلف شده است، باید مشتری مثل یا قیمت آن را بدهد. چنانچه مبیع مستهلک نشود ولی قابل تفکیک نیست مانند مخلوط کردن شیشهٔ عطر با الکل برای ساختن ادکلن، مشتری با بایع بنسبت قیمت در عین شریک میباشند و یا آنکه در قیمت شریک هستند. هرگاه امتزاج مبیع بمال متجانس باشد، چنانکه گندم با گندم و یا بنزین با بنزین مخلوط گردد، هر یک بمقدار مال خود در ممزوج شریک میباشد. در صورتی که مبیع با جنس پست‌تری مخلوط شود، مشتری با بایع در ممزوج شریک میباشند.

و زیان ناشی از اختلاط را که فرق قیمت است بایع از مشتری میگیرد و در صورتی که با جنس بهتری مخلوط شده باشد بایع اضافه

را بمشتری میدهد.

آثار فسخ در خیار شرط- منظور هر یک از متبایعین که شرط خیار برای خود در ضمن عقد مینماید، آن است که بتواند در اثر اعمال حق خیار وضعیت سابق را استدراک کند، مثلا کسی که خانهٔ را میفروشد و سه ماه برای خود حق فسخ قرار میدهد، در نظر دارد که در ظرف سه ماه هرگاه صلاح خود بداند عقد را فسخ و ملکیت مجدد خانه را بدست آورد. این امر منوط بر آن است که مشتری عملی ننماید که منافی با اعمال حق مزبور باشد، بدین جهت است که مادهٔ «۴۶۰» قانون مدنی میگوید: «در بیع شرط مشتری نمیتواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید»

ملکیت مبیع در اثر بیع خیاری بطور متزلزل بمشتری منتقل میشود، مشتری نمیتواند بیش از آنچه خود دارا است بدیگری واگذار کند ولی میتواند با حفظ حق بایع، هر گونه تصرفی در مبیع بنماید، مانند آنکه آن را بدیگری با قید شرط خیار همانگونه که برای خود او قرار داده شده انتقال بدهد و یا باجاره با قید شرط خیار در مدت مقرر واگذار کند. در صورتی که مشتری رعایت این امر را ننماید و بطور مطلق عین و یا منافع را بیش از مدت انتقال دهد، عمل مزبور فضولی خواهد بود. در صورتی که بایع بیع را فسخ کند صحت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۱

عمل مشتری منوط باجازهٔ بایع است و هرگاه آن را اجازه ندهد و رد کند عقد دوم تا آنجائی که منافات با حق خیار بایع دارد باطل خواهد بود. در صورتی که بایع از حق فسخ استفاده نکند عقد دوم صحیح است زیرا از طرف مالک منعقد شده است.

در صورتی که بایع عقد را فسخ نماید و مبیع بجهتی از جهات تلف شده باشد مشتری ملزم است بدل آن را ببایع مسترد دارد یعنی هرگاه مبیع قیمی بوده قیمت آن و هرگاه مثلی بوده مثل آن.

در صورتی که مشتری دارای خیار شرط باشد و در مبیع عمداً تصرفی کند که منافی با فسخ باشد تصرف او کاشف از رضای بمعامله و اسقاط حق فسخ است مگر آنکه ثابت نماید که قصد دیگری غیر از اسقاط حق خیار داشته است.

در خیار مجلس و حیوان متبایعین میتوانند هرگونه تصرفی که بخواهند در مورد معامله که در اثر عقد بآنها منتقل شده بنمایند و تصرفی که منافی با فسخ باشد از طرف دارندهٔ حق خیار، کاشف از رضای بمعامله و اسقاط حق خیار است.

نمائات و منافع مبیع- از نظر وحدت ملاک مادهٔ «۲۸۷» قانون مدنی راجع باقاله، در فسخ، نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان فسخ در مورد معامله حادث میشود مال کسی است که بواسطهٔ عقد مالک شده است، زیرا نمائات و منافع در ملکیت تابع عین هستند و نمائات متصله مال کسیست که در نتیجهٔ فسخ مالک میشود.

علاوه بر استنباط امر مزبور از ماده «۲۸۷» ق. م. در ذیل مادهٔ «۴۵۹» قانون مدنی در مورد بیع شرط که یکی از خیارات میباشد تصریح شده است که در اثر فسخ بایع، از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد و نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است و از نظر وحدت ملاک نیز میتوان مفاد مادهٔ «۴۵۹» ق. م. را در مورد خیارات دیگر جاری ساخت تلف مبیع پس از فسخ نزد مشتری- در صورتی که مبیع پس از فسخ نزد مشتری تلف شود تلف بعهدهٔ کیست؟ فرض مزبور دارای دو فرع است.

الف- فسخ بوسیلهٔ مشتری بعمل آمده است. در این صورت مشتری ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود، زیرا قبل از فسخ مشتری ضامن مبیع بوده و در مقابل عوضی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۲

که ثمن باشد آن را پذیرفته است، و پس از فسخ رضایت جدیدی از طرف بایع در بقاء مال بصورت امانت نزد مشتری موجود نشده است و ضمان استصحاب میشود، اگر چه ضمان قبل از فسخ، ضمان بثمن المسمی بوده و در اثر تلف بضمان تلف که عوض حقیقی از مثل یا قیمت است تبدیل میشود، چنانکه در بیع فاسد مقرر است.

ب- فسخ بوسیله بایع بعمل آمده است. در این صورت مشتری ضامن تلف نمیباشد مگر در مورد تعدی و تفریط، زیرا بایع بمیل خود رابطهٔ عقد را که موجب ضمان بوده قطع کرده و آن را برهم زده است و مادام که مطالبهٔ مبیع را از مشتری ننماید برضای خود آن را نزد او گذارده است و این امر در حقیقت امانت مالکانه است.

بنابراین هرگاه مبیع نزد مشتری تلف یا ناقص شود طبق ماده «۶۱۴» قانون مدنی مشتری ضامن نیست مگر آنکه تفریط یا تعدی نموده باشد بعضی از فقهاء در این فرع مانند فرع قبل استدلال نموده و گفته‌اند: ضمانی که بوسیلهٔ عقد حاصل گردید. با فسخ عقد زایل نمیشود و چنانچه شک در زوال آن شود، ضمان استصحاب میگردد، بنابراین در مورد تلف مبیع اگر چه مشتری تعدی و تفریط ننموده باشد ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود.

چنانکه از ماده «۶۳۱» ق. م. استنباط میشود قانون مدنی از نظر فقهای اخیر پیروی نموده است، زیرا مقررات قانون مدنی مشتری را نسبت بمبیع پس از فسخ امین نشناخته است.

ماده «۶۳۱» ق. م: «هرگاه کسی مال غیر را بعنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت بآن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است بنابراین مستأجر نسبت بعین مستأجره، قیم یا ولی نسبت بمال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمیباشند مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک باسترداد از تاریخ مطالبهٔ او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگر چه مستند بفعل او نباشد».

۱۰- تلف و نقص و عیب مبیع در زمان خیار.

اشاره

چنانکه گذشت در صورتی که مبیع عین خارجی باشد، عقد بیع ناقل ملکیت است و قبض هیچ‌گونه تأثیری در این امر ندارد. بدین جهت است که منافع و نمائات بین زمان عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۳

و قبض از آن مشتری است. بنابراین طبق شق ۳ مادهٔ «۳۶۲» قانون مدنی بایع باید پس از بیع، مبیع را بمشتری تسلیم نماید و چنانچه مبیع نزد او تلف یا ناقص شود طبق مادهٔ «۳۸۷» و «۳۸۸» قانون مدنی ضامن است. ضمان مزبور که ضمان معاوضی نامند در نتیجهٔ بیع حاصل میشود و مادام که مبیع تسلیم مشتری نگردد باقی خواهد بود، و در اثر تسلیم مبیع، ضمان بمشتری منتقل میشود.

قاعدهٔ مزبور با یک استثنائی که مادهٔ «۴۵۳» قانون مدنی متذکر شده است، مواجه میگردد و آن ضمان بایع پس از قبض در زمان خیار مختص بمشتری میباشد.

مادهٔ «۴۵۳» قانون مدنی: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهدهٔ بایع است».

توضیح مطلب و شرح ماده «۴۵۳» ق. م. خیاراتی که دارای مدت معین هستند عبارت است از: خیار مجلس، خیار حیوان و خیار شرط (خیار تأخیر ثمن، موضوعاً از گفتگوی ما خارج است زیرا علاوه بر آنکه خیار مدت ندارد گفتگو در تلف یا نقص مبیع پس از تسلیم آن بمشتری است و خیار تأخیر ثمن چنانکه مادهٔ «۴۰۲» قانون مدنی تصریح مینماید قبل از تسلیم مبیع میباشد و در صورتی که مبیع نزد بایع تلف یا ناقص شود طبق مادهٔ «۳۸۷» بعهدهٔ بایع است) در خیارات سه‌گانهٔ مذکور در بالا چهار فرض میشود:

فرض ۱- در صورتی که خیار، برای متعاملین باشد- چنانکه در خیار مجلس (در موردی که خیار هیچ یک از آنها ساقط نشده باشد) و خیار شرط است (در موردی که خیار برای متبایعین قرار داده شده و هیچ‌یک ساقط ننموده باشند)

فرض ۲- در صورتی که خیار، مختص ببایع باشد- چنانکه در خیار مجلس (در موردی که خیار مشتری ضمن عقد ساقط شده

باشد) و خیار شرط است (در موردی که

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۴

خیار در عقد فقط برای بایع قرار داده شده)

در دو فرض بالا- تلف یا نقص چنانکه در اول ماده «۴۵۳» تصریح شده بعهدهٔ مشتری است مسئولیت مزبور مطابق قاعده است، زیرا تلف و نقص بعهدهٔ مالک میباشد و ضمان معاوضی هم که موجب مسئولیت بایع نسبت بمبیع میباشد در اثر تسلیم آن، منتقل بمشتری گردیده است. مناط این امر آنست که ضمان بایع در اثر آنکه مبیع از آن مشتری شده اختصاص باو پیدا نموده بطوری که نمیتواند آن را از خود سلب نماید.

خیار مختص بشخص ثالث مانند خیار بایع است اگر چه خیار مزبور بنفع مشتری باشد، زیرا دلیلی بر خارج بودنش از قاعدهٔ بالا نیست.

فرض ۳- در صورتی که خیار، مختص بمشتری باشد- چنانکه در خیار حیوان (خیار حیوان طبق مادهٔ «۳۹۸» قانون مدنی مختص بمشتری است) و خیار مجلس (هرگاه در ضمن عقد شرط سقوط خیار بایع شده باشد) و خیار شرط است (هرگاه در عقد فقط حق خیار برای مشتری قرار داده شده باشد) چنانکه ذیل مادهٔ «۴۵۳» حاکی است عیب و نقص حاصل پس از تسلیم مبیع بمشتری در مدت خیار، بعهدهٔ بایع است. حکم قانون در فرض بالا بر خلاف قاعدهٔ کلی است، زیرا طبق قاعدهٔ، تلف مال بعهدهٔ مالک آنست و مالک مبیع پس از عقد مشتری میباشد مخصوصاً که مبیع از طرف بایع باو تسلیم و در ید او تلف شده است. قانون مدنی در ماده «۴۵۳» پیروی از حقوق امامیه نموده است و مستند آن در حقوق مزبور، روایاتی است که منشأ قاعدی مخصوص (التلف فی زمن الخیار ممن لا- خیار له) میباشد. توجیهی که از نظر عقلی برای صحت قاعدهٔ مزبور نموده‌اند آنست که در عقد بیع هرگاه خیار مختص بمشتری باشد عقد نسبت ببایع مستقر و ثابت است بطوری که او نمی‌تواند ملکیت را از خود سلب بنماید ولی بالعکس عقد مزبور نسبت بمشتری تا انقضاء خیار متزلزل می‌باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۵

فرض ۴- در صورتی که خیار در عقد برای متعاملین باشد و پس از آن بجهتی از جهات خیار بایع ساقط شود- چنانکه در خیار مجلس (پس از انعقاد بیع بایع حق خیار خود را ساقط کند) و خیار شرط است (هرگاه حق خیار فسخ برای متعاملین در عقد قرار داده شده باشد و پس از آن خیار بایع بجهتی از جهات ساقط گردد)

تلف در زمان خیار مختص بمشتری بعهدهٔ خود او است و بعهده بایع نمیباشد، زیرا چنانکه ماده «۴۵۳» ق. م. بآن تصریح مینماید تلف یا نقص مبیع در زمان خیار متبایعین بعهدهٔ مشتری است یعنی در مورد مزبور با تسلیم مبیع بمشتری ضمان بعهدهٔ او منتقل میگردد، بنابراین چنانچه پس از این امر خیار بایع بجهتی از جهات ساقط شود موجبی برای رفع ضمان مشتری و ایجاد ضمان برای بایع موجود نیست.

قانون مدنی در مادهٔ «۴۵۳» بعبارت (اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهدهٔ بایع است) بدون آنکه نحوهٔ مسئولیت را شرح دهد اکتفا نموده است. گمان میرود علت این امر آن باشد که قانون مدنی با بیان حکم تلف و نقص مبیع قبل از قبض در مادهٔ «۳۸۷ و ۳۸۸»، خود را از بیان نحوه حکم تلف و نقص در زمان خیار مختص بمشتری مستغنی میدانسته است، زیرا با توجه بآنکه ضمان بایع در زمان خیار مختص بمشتری ادامهٔ همان ضمان معاوضی است که ناشی از عقد بیع بوده و در مورد تلف و نقص مبیع قبل از قبض حکم آن ذکر شده است و نحوهٔ ضمان معاوضی در هر دو مورد یکسان خواهد بود، تکرار را لازم ندیده اگر چه بنظر میرسد که چون قانون برای عموم افراد نوشته میشود مقتضی آن بوده که از ذکر نحوهٔ مسئولیت در مادهٔ «۴۵۳» خودداری نشود، تا عموم افراد بتوانند بدون اعمال اصل حقوقی آن را دریابند،

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج ۱، ص: ۵۵۵

مسئولیت بایع در مورد تلف و نقص و عیب مبیع، در زمان خیار مختص بمشتری، بشرح زیر میباشد:

الف- مسئولیت بایع در مورد تلف مبیع

در اثر تلف مبیع نزد مشتری در زمان خیار مختص باو، عقد بیع منفسخ میشود و بایع باید ثمن را مسترد دارد، زیرا
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۶
ضمان معاوضی که قبل از تسلیم مبیع بعهدهٔ بایع بوده، پس از تسلیم آن بمشتری در مدت خیار مختص باو، باقی خواهد بود و پس از انقضاء مدت مزبور بمشتری منتقل میشود. اثر آن چنانکه در تلف مبیع قبل از قبض گذشت، انفساخ عقد است، بدین نحو که لحظهٔ قبل از تلف، عقد منفسخ شده و مبیع بملکیت بایع درآمده تلف میشود، بنابراین بایع ثمن را بمشتری مسترد میدارد و هرگاه نپرداخته است ذمهٔ او ساقط می‌گردد.
ضمان بایع در مدت خیار مختص بمشتری در صورتیست که مبیع عین شخصی یا در حکم آن باشد. اما در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد و پس از تسلیم آن بمشتری تلف شود، تلف آن بعهدهٔ مشتری است، بنابراین در صورتی که کسی جنس کلی را بخرد با شرط خیار برای خود و بایع فردی از آن جنس را تسلیم مشتری نماید، نمیتوان تلف فرد مقبوض را موجب انفساخ عقد دانست، چنانکه در تلف مبیع قبل از قبض گذشت، زیرا در تحلیل تعهد بیان گردید که تعهد بتسلیم کلی عقدی است مستقل و مولد عقد فرعی دیگری است که تملیك فعلی فرد کلی بوسیلهٔ تسلیم آن بمشتری میباشد و تلف مال بعهدهٔ مالك آن است.

ب- مسئولیت بایع در مورد نقص مبیع

بنابر مستنبط از مادهٔ «۳۸۸» قانون مدنی مشتری میتواند در صورت نقص مبیع در زمان خیار مختص بخود بیع را فسخ و ثمن را هرگاه پرداخته است مسترد دارد. چنانکه در نقص مبیع قبل از قبض گذشت بنظر میرسد که در این مورد باید گفته شود، هرگاه در مقابل قسمت تالف مبیع، سهمی از ثمن قرار گرفته باشد،: عقد بیع باعتبار اجزاء مبیع، منحل بعقود متعدده میشود و نسبت بجزء تالف، عقد منفسخ و ثمن تقسیط میگردد و آنچه در مقابل آن از ثمن قرار میگیرد، بمشتری داده میشود، و او میتواند از نظر خیار تبعض صفقه یا تخلف جزء، عقد را نسبت به بقیه فسخ بنماید. در صورتی که در مقابل قسمت تالف مبیع، سهمی از ثمن قرار نگرفته باشد، مشتری فقط میتواند بیع را فسخ بنماید. همچنین
حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۷
است در مورد زوال یکی از اوصاف مبیع که نقص آن عیب مبیع شناخته نمیشود.

ج- مسئولیت بایع در مورد عیب مبیع

چنانکه در خیار عیب گذشت طبق ماده «۴۲۲» ق. م. برای جبران ضرری که از عیب متوجه مشتری میشود. دو طریق در نظر گرفته که بهر یك از آن دو میتواند متوسل شود و ضرر را از خود برطرف نماید و آن فسخ عقد و یا قبول و اخذ ارش است. این امر اختصاص بمورد مخصوصی ندارد، و شامل تمامی موارد عیب که مسئولیت آن بعهدهٔ بایع است میگردد، خواه عیب در زمان عقد باشد و خواه پس از عقد و قبل از قبض و یا آنکه عیب پس از قبض و در مدت خیار مشتری حادث شده باشد. زیرا چنانکه گذشت

طبق قاعدهٔ [تلف مبیع در زمان خیار بعهدهٔ کسی است که خیار ندارد (مستفاد از ماده «۴۵۳» ق. م) بایع مسئول هر عیب و نقصی است که تا زمان انقضاء مدت خیار در مبیع حاصل میگردد بنابراین اگر چه مادهٔ «۴۵۳» قانون مدنی نحوهٔ مسئولیت بایع را در مورد عیب در مدت خیار مشتری تصریح ننموده است، ولی پس از آنکه نحوهٔ مسئولیت بایع در خیار عیب بطور کلی معلوم گردید، میتوان آن را در مورد عیب در مدت خیار مشتری جاری دانست، اما لازم بود قانون مدنی نحوهٔ مسئولیت بایع را در این مورد تصریح مینمود، تا عموم افراد که قانون برای آنان نوشته شده و با اصول حقوقی آشنا نیستند از آن آگاه گردند.

بنابر آنچه گذشت عیب پس از قبض بر دو قسم است:

1- عیبی که ضمان آن بعهدهٔ بایع است و آن در دو مورد میباشد:

یکی آنکه عیب در مدت خیار مختص بمشتری حادث شود و دیگر آنکه عیب حادث نتیجهٔ عیب قدیم باشد. منظور از ضمان بایع آن است که خسارات ناشی از عیب را باید متحمل شود، خواه بوسیلهٔ فسخ مشتری و استرداد مبیع باشد، و خواه بوسیلهٔ دادن ارش عیب. بنابراین همچنانی که مشتری میتواند بیع را فسخ کند، میتواند آن را نگهدارد.

و ارش عیبی که نزد خود او حادث شده است از بایع بخواهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۸

2- عیبی که ضمان آن بعهدهٔ مشتری است و آن در غیر دو مورد فوق میباشد.

منظور از ضمان مشتری آن است که بار خسارت ناشی از عیب را خود متحمل شود.

ضمان معاوضی که از عقد تولید شده و بعهدهٔ بایع است در اثر تسلیم مبیع بمشتری خاتمه می‌یابد مگر آنکه عقد دارای چهار مختص بمشتری باشد که در این صورت ضمان بایع پس از انقضاء خیار بر طرف میگردد.

چنانکه گذشت، فرق بین ثمن و مثمن اعتباری است و بدین جهت از نظر وحدت ملاک مفاد مادهٔ «۴۵۳» قانون مدنی نسبت بثمن در صورتی که شخصی باشد جاری میگردد. بنابراین تلف ثمن پس از قبض آن در زمان خیار مختص ببایع بعهدهٔ مشتری میباشد.

خاتمه- آنچه گفته شد در صورتیست که مبیع پس از قبض در زمان خیار بخودی خود یا بآفت سماوی تلف شود، ولی هرگاه مبیع مورد اتلاف کسی قرار گیرد سه فرض تصور میشود:

1- اتلاف مبیع بوسیلهٔ صاحب حق خیار

در صورتی که اتلاف مبیع بوسیله صاحب حق خیار عمدی باشد هرگاه بوسیلهٔ مشتری بعمل آید کاشف از آن میباشد.

که قصد اسقاط حق فسخ را داشته و معامله را قبول نموده است و هرگاه بوسیلهٔ بایع بعمل آید کاشف از آن میباشد که معامله را فسخ نموده است. در صورتی که اتلاف غیر عمدی باشد خیار فسخ بحال خود باقی است مگر بنابر قولی که فسخ را در صورت وجود مال میداند.

2- اتلاف مبیع بوسیلهٔ طرف صاحب حق خیار

عمل مزبور موجب سقوط خیار صاحب آن نمیشود، زیرا اتلاف مال بوسیله کسی موجب سقوط حق دیگری نخواهد بود.

بنابراین هرگاه مشتری خیار دارد و مبیع بوسیلهٔ بایع تلف شده است مشتری میتواند عقد را امضاء نماید، در این صورت چون مال در ملک او تلف شده است میتواند قیمت روز تلف را طبق مادهٔ «۳۲۸» قانون مدنی از تلف‌کننده بخواهد و میتواند عقد را فسخ

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۵۹

کند، در این صورت فقط ثمن پرداختی را مسترد میدارد. هرگاه کسی که خیار دارد بایع است و بوسیله مشتری مبیع تلف شده، بایع پس از تلف میتواند معامله را فسخ و بدل مبیع را از مثل یا قیمت از مشتری بخواهد.

3- اتلاف مبیع بوسیله شخص ثالث

تصرف مزبور موجب سقوط حق خیار نمیشود و کسی که خیار دارد میتواند عقد را فسخ نماید. در این صورت چون در اثر اتلاف بدل در ذمهٔ شخص ثالث مستقر شده است، بدل مزبور بعوض مبیع تالف خواهد بود.

فصل دوم در بیع شرط

اشاره

بیع شرط عبارت از بیعی است که در آن شرط شود هرگاه بایع در مدت معین مثل ثمن را بمشتری رد نماید حق فسخ آن را داشته باشد.

بیع شرط یا بیع خیاری یکی از اقسام عقد مشروط است و در جامعهٔ کنونی بقصد استقراض صورت میگیرد و تأثیر مهمی در اقتصادیات و گردش پول در بازار دارد، بدین جهت قانون مدنی فصل جداگانهٔ را بآن اختصاص داده است.

مادهٔ «۴۵۸» قانون مدنی میگوید: «در عقد بیع متعاملین میتوانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند، خیار فسخ معامله را نسبت بتمام مبیع داشته باشد و همچنین میتوانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کرد، خیار فسخ معامله را نسبت بتمام یا بعض مبیع داشته باشد. در هر حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود. و هرگاه نسبت بثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن».

برای توضیح امر نکاتی چند را در ذیل متذکر میشود:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۰

اول – وضعیت حقوقی رد ثمن –

رد ثمن را پنج قسم میتوان اعتبار نمود:

۱- رد ثمن، قید برای پیدایش خیار، بطور تعلیق باشد. در این صورت خیار پس از رد ثمن بوجود می‌آید و تا قبل از آن موجود نبوده است.

۲- رد ثمن، قید برای فسخ کردن عقد است، باین معنی که حق خیار بوسیلهٔ عقد بوجود می‌آید ولی اعمال آن که فسخ عقد است منوط برد ثمن میباشد.

۳- رد ثمن، فسخ فعلی است، باین معنی که رد ثمن از طرف بایع کاشف از اراده فسخ بیع است.

۴- رد ثمن، قید برای انفساخ عقد است، باین معنی که با دادن ثمن عقد بخودی خود منفسخ می‌شود.

۵- رد ثمن، شرط لزوم اقاله است، باین معنی که در عقد، مشتری ملتزم میگردد که چنانچه ثمن باو مسترد شود معامله را فسخ کند.

بنابراین یا رد ثمن بمشتری او ملزم بانجام تعهد خود میباشد و در صورت امتناع، از طرف حاکم اجبار بفسخ میشود.

و هرگاه فسخ ننموده حاکم فسخ مینماید.

چنانکه از عبارت ماده «۴۵۸» ق. م. معلوم میشود، ماده مزبور رد ثمن را در خیار شرط بیکی از دو قسم اول و دوم اعتبار نموده است ولی چنانچه رد ثمن در عقد بیع، بیکی از سه قسم دیگر اعتبار شود عقد نیز خیاری میباشد و صحیح است.

دوم- رد ثمن-

در معاملات بیع شرطی نوعاً ثمن وجه نقد است و بایع بمنظور استقراض ملك خود را میفروشد و پولی را که بدست می‌آورد مصرف مینماید و بدین جهت در عقد قید می‌نماید که پس از فسخ بایع مثل آنچه را که گرفته است بمشتری مسترد میدارد. در صورتی که در عقد بیع قید نشود که پس از فسخ بایع مثل ثمن را بمشتری میدهد چنانچه بیع فسخ شود و عین ثمن نزد بایع موجود باشد، او باید آن را بمشتری بدهد، زیرا در اثر فسخ، معامله منحل میشود و هر یک از دو مورد بمالك قبل از عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۱

برمی‌گردد. مثلا هرگاه کسی خانهٔ خود را در مقابل اتومبیلی به بیع خیاری بدیگری فروخته باشد، چنانچه بایع در مدت معین بیع را فسخ کند عین اتومبیل را که ثمن معامله بوده بمشتری رد میکند.

منظور از رد ثمن، دادن آن است بقبض مشتری بنحوی که بتواند انواع تصرفات را در آن بنماید. در صورتی که مشتری از اخذ ثمن در زمان خیار امتناع کند، طبق مادهٔ «۴۶۱» قانون مدنی بایع میتواند با تسلیم آن بحاکم یا قائم مقام او معامله را فسخ کند و قبل از آنکه ثمن را تسلیم حاکم یا قائم مقام او نماید، نمیتواند عقد را فسخ نماید، فرض ماده بالا در موردیست که حق فسخ پس از رد مثل ثمن بوجود آید.

سوم- انحلال بیع شرط

عقد اگر چه باعتبار تعدد هر یک از طرفین و یا تعدد مورد قابل انحلال بعقود متعدده است، ولی بدون سبب قانونی منحل نمیشود. مثلا هرگاه کسی اتومبیل و باغی را بپانصد هزار ریال بدیگری بفروشد، اگر چه مورد عقد مزبور متعدد است ولی منحل نمیشود مگر بجهتی از جهات قانونی، مانند آنکه بیع نسبت بیکی از آن دو باطل باشد و یا قبل از قبض تلف شود، در این صورت عقد منحل و ثمن تقسیط میگردد. همچنین است هرگاه در عقد شرط شود که با پرداخت قسمتی از ثمن بتوان بهمان نسبت از عقد فسخ نمود. بنابراین هرگاه بین متعاملین شرط نشود که با پرداخت تمام یا قسمتی از مثل الثمن از طرف بایع بمشتری، حق فسخ معامله را نسبت بتمام یا بعض عقد دارد، بایع نمیتواند با پرداخت قسمتی از ثمن قسمتی از عقد را فسخ کند، ولی هرگاه بین متعاملین شرط شود که چنانچه بایع بعض ثمن را پرداخت خیار فسخ نسبت بتمام یا بعض معامله را دارد، او میتواند با رد بعض از ثمن طبق شرط عمل نماید، مثلا متعاملین میتوانند شرط کنند که هرگاه بایع ربع ثمن را پرداخت میتواند نسبت بربع یا ثلث یا تمام مبیع عقد را برهم زند. پس از فسخ قسمتی از عقد، بقیه از ثمن که پرداخت نشده در مقابل باقی از مبیع قرار میگیرد و هرگاه تمام بیع فسخ شده باشد بقیه از ثمن دین و بر ذمه بایع است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۲

چنانکه ذیل مادهٔ «۴۵۸» قانون مدنی متذکر است، حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه در عقد خیاری نسبت بثمن، قید بعض یا تمام نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن و پس از رد تمام ثمن بایع میتواند عقد را نسبت بتمام مبیع فسخ نماید، زیرا اطلاق عقد منصرف بآن میباشد.

در صورتی که در عقد بیع قید شود که چنانچه بایع بعض از ثمن را تأدیه نماید بتواند تمام یا بعض بیع را فسخ کند لازم است مقدار آن معین گردد همچنانی که لازم است مقدار مورد فسخ معلوم شود و الا شرط مجهول میباشد و جهل آن بمورد معامله سرایت میکند و طبق مادهٔ «۲۳۳» ق. م. شرط و عقد باطل خواهد بود. میتوان در ضمن عقد شرط نمود که هر مقدار از ثمن را بایع رد نمود بهمان نسبت از عقد بیع را بتواند فسخ نماید، شرط مزبور اگر چه از جهتی مجهول است ولی چنانکه گذشت شرط مجهولی باطل و موجب بطلان عقد میشود که جهل بآن سرایت باحد عوضین بنماید. و شرط مزبور چنین نیست و در عرف اجتماع متداول و با منطق حقوقی نیز منافات ندارد.

چهارم- آثار بیع شرط

اشاره

آثار بیع شرط بقرار ذیل است

۱- «در بیع شرط بمجرد عقد، مبیع ملک مشتری میشود با قید خیار برای بایع»

(ماده «۴۵۹» قانون مدنی). چنانکه گذشت مبیع در صورتی که عین خارجی باشد بوسیلهٔ عقد بمشتری منتقل میشود و وجود خیار، مانع از انتقال نمیباشد، این امر را در مادهٔ «۳۶۳» و مادهٔ «۳۶۴» قانون مدنی نیز تصریح شده است. اثر خیار بایع فقط تزلزل ملکیت مشتری نسبت بمبیع میباشد که بایع میتواند بوسیلهٔ اعمال آن ملکیت مبیع را مجدداً بدست آورد. هرگاه بایع از حق خیار خود استفاده ننماید و اخذ بآن نکند بیع قطعی و ملکیت مشتری مستقر میشود و مانند آن است که خیار در آن درج نشده باشد. و اما مالکیت بایع نسبت بثمن پس از عقد مستقر و ثابت میباشد، زیرا فرض آنست که مشتری

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۳

نمیتواند عقد را منحل بنماید و خیار فسخ بایع هم تأثیر در نحوه مالکیت او نسبت بثمن ندارد.

۲- اثر فسخ از زمان فسخ است و اثر قهقرائی ندارد (ماده «۴۵۹» قانون مدنی).

در صورتی که بایع بشرط مندرج در عقد عمل نمود و بیع را فسخ کرد و از حین فسخ عقد منحل شده و مبیع بملکیت بایع برمی‌گردد، بدین جهت منافع و نمائات حاصله از حین عقد تا زمان فسخ مال مشتری میباشد، زیرا منافع و نمائات تابع ملك است. مادهٔ «۴۵۹» قانون مدنی اگر چه نمائات و منافع را بطور اطلاق از آن مشتری دانسته است ولی باید تفصیل آن را در مادهٔ «۲۸۷» قانون مدنی یافت و بین نمائات و منافع متصله و و منفصله فرق گذارد، بدین نحو که نمائات و منافع منفصلهٔ که از زمان عقد تا زمان فسخ در مورد معامله حادث شده باید مال مشتری دانست و نمائات و منافع متصله بتبع مبیع ببایع بر می‌گردد (بشرح آن در اقاله مراجعه شود)

۳- «در بیع شرط مشتری نمیتواند در مبیع تصرفی که منافی با خیار بایع باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.»

اشاره

(ماده «۴۶۰» قانون مدنی) زیرا مالکیت مشتری در مبیع مادام که خیار منقضی نشده متزلزل میباشد و تصرفاتی که مینماید باید در حدود حقی باشد که باو داده شده و از آن نمی‌تواند تجاوز نماید.

تصرفات مشتری که منافی با حق خیار بایع میباشد عبارت است از:

الف. اتلاف مبیع

مشتری نمیتوانـد مبیع را تلف کنـد یا سبب تلف آن شود، چنانکه گوسـفند مورد معامله خیاری را بکشد، زیرا با اتلاف مورد معامله بـایع در صـورت فسـخ از بـدست آوردن مـبیع محروم میگردد و بعبـارت دیگر اتلاـف مورد موجب تفویت محـل حق میباشـد و آن منافات با مفاد عقد خیاری دارد که هرگاه بایع بخواهد بتواند عقد را فسخ نماید. بنظر میرسد که تخریب مبیع بنحوی که ارزش خود را از دست بدهد در حکم اتلاف است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۴

ب- تغییر وضعیت مورد معامله

بنظر میرسـد که مشتری نمیتوانـد تصـرفاتی در مبیع بنمایـد که عرفاً موجب تغییر وضـعیت آن شود، زیرا منظور بایع از قرار دادن حق خیار برای خود، اسـتدراک ملکیت مبیع است بنحوی که بمشتری واگذار نموده است و تصرفات مزبوره منافات با مقصود بایع دارد، علاوه بر آنکه ملکیت مشتری نسـبت مبیع متزلزل است و اینگونه تصرفات از لازمه ملکیت مطلق میباشد، بنابراین چنانچه مبیع خیاری باغ باشد مشتری نمیتواند اشجار آن را قطع بنماید و تبدیل بزمین زراعتی کند.

ج- نقل و انتقال

واگـذاری عین ملک از طرف مشتری بـدون قیـد خیاری که بنفع بایع در عقـد قرار داده شـده صـحیح نیست و ماننـد معاملهٔ فضولی محسوب میگردد، زیرا حق مشتری نسبت بمبیع بطور مطلق نمیباشـد بلکه مقیـد بخیار و تا انقضاء مدت متزلزل است و واگذاری آن بطور مطلق، تجـاوز بحق بـایع خواهـد بود. ولی مشـتری میتوانـد حق خود را که مـالکیت مـتزلزل بر مـبیع است بهر طریق که بخواهد بـدیگری انتقـال دهـد و آن با حفظ حق فسـخ بایع خیاری است منظور ماده از نقل و انتقال واگـذاری بـدون قیـد خیار و بطور مطلق میباشد.

د- واگذاری منافع یا دادن حق انتفاع برای بیش از مدت خیار

مشتری نمیتواند خانهٔ را که برای بایع سر شش ماه حق خیار برقرار شده است بمدت یک سال بدیگری باجاره واگذار نماید و یا حق انتفاع از آن را بطور رقبی برای یک سال یا بیشتر بدیگری بدهد. این است که مادهٔ «۵۰۰» قانون مدنی میگوید: «در بیع شرط مشتری میتوانـد مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد باید بوسـیلهٔ جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل خواهد بود». زیرا اجاره نسبت

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۵

بمدت زائد فضولی و صحت آن با فسخ بیع منوط باجازه بایع است و هرگاه رد کند باطل میشود.

مادهٔ «۴۵۴» قـانون مـدنی که میگویـد: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشـد و بیع فسـخ شود اجاره باطل نمیشود ...» ناظر بموردی است که عقد بیع مطلق باشد و بوسیلهٔ یکی از خیارات (غیر از خیار شرط) مانند خیار غبن، عیب، تدلیس و امثال آنها فسخ شود و از مورد خیار شرط منصرف است.

ه- برقراری حق عینی برای شخص ثالث

مشتری خیاری نمی‌تواند مبیع را نزد شخص ثالث رهن گذارد و یا مورد حق ارتفاق برای ملک مجاور قرار دهد.

هر یک از این دو امر منافی با حق خیار بایع است، زیرا بوسیلهٔ عقد رهن، بمرتهن حق داده میشود که بتواند در صورت عدم تأدیه دین از طرف راهن، درخواست فروش عین مرهونه را کند تا طلب خود را از ثمن آن استیفاء بنماید و این امر با حق بایع خیاری منافات دارد، زیرا او نمیتواند ملکیت خود را نسبت بمبیع استدراک کند و مادهٔ «۴۵۵» قانون مدنی که میگوید: «اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». ناظر بموردی است که بیع بطور مطلق واقع شده باشد و بوسیلهٔ یکی از خیارات (غیر از خیار شرط) مانند غبن، عیب و امثال آنها عقد منحل شود. همچنین است حق ارتفاق، زیرا هرگاه بایع عقد را فسخ کند ملکیت مبیع را بنحوی که بمشتری واگذار نموده نمیتواند استدراک نماید بلکه ناقص، یعنی با حق ارتفاق غیر بر او ببایع برمی‌گردد و این امر منافی با خیار بایع است مگر آنکه حق ارتفاق با قید حق خیار، بشخص ثالث واگذار گردد.

۴- حق خیار شرط مانند اموال دیگر متوفی بورثه منتقل میشود

چنانکه در احکام خیارات بطور کلی گذشت حق خیار حقی است مالی و مانند اموال دیگر متوفی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۶

بورثه او منتقل می‌گردد. اینست که مادهٔ «۴۴۵» قانون مدنی میگوید: «هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل بوارث میشود». بنابراین چنانچه بایع فوت نماید وارث او میتواند مانند مورث خود از حق خیار استفاده نموده بیع را فسخ کند. چنانچه ورثه متعدد باشند نمیتوانند خیار را تبعض نموده بعضی فسخ و بعضی دیگر آن را اعمال نماید، زیرا مورث خود نمی‌توانسته خیار را تبعض نماید و ورثه بیش از آنچه مورث داشته در اثر فوت دارا نمیشود.

مادهٔ «۴۶۲» قانون مدنی میگوید: «اگر مبیع بشرط: بواسطهٔ فوت مشتری بورثه او منتقل شود حق فسخ بایع در مقابل ورثه بهمان ترتیبی که بوده است باقی خواهد بود». مفاد مادهٔ مزبور در موردی است که مشتری (مشروط علیه) فوت نماید، و بایع بخواهد از حق خیار خود استفاده کند. چنانکه کسی خانه خود را بدیگری بشرط خیار بفروشد و سپس مشتری فوت کند و دارای یک پسر و یک دختر باشد، بایع در مقابل ورثهٔ متوفی دارای همان حقی میباشد که نسبت بشخص متوفی داشته است. بنابراین بایع میتواند یا تمام بیع را فسخ و مبیع را مسترد دارد و یا از حق خود صرف نظر کند و خانه ملک قطعی ورثهٔ مشتری گردد و نمیتواند نسبت ببعض از ورثه اخذ بخیار بنماید و نسبت ببعض دیگر خیار خود را اعمال نکند، زیرا خیار بایع در مقابل مشتری واحد است و با فوت مشتری و انتقال ملک بورثهٔ متعدد، وحدت خود را از دست نمیدهد، اگر چه عین ملک تقسیم شده باشد. مورد مزبور مانند بیعی که بایع آن واحد و مشتری متعدد است نمیباشد، که بایع بتواند نسبت بیکی از مشتریان بیع را فسخ و نسبت بدیگران امضاء نماید، زیرا در مورد مزبور عقد در حین انعقاد از نظر تحلیلی متعدد است، بخلاف مورد فوت مشتری خیاری که عقد در حین انعقاد واحد بوده است خیار نیز بتبع آن واحد میباشد.

بیع شرط بقصد استقراض

گردش اقتصادیات بسیاری از افراد را باستقراض وادار مینمود و این امر اغلب بدون

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۷

پرداخت ربح میسر نمیشد. منع ادیان از معاملات ربوی سد غیر قابل نفوذی پیش پول‌داران بسته بود که از دادن قرض و گرفتن ربح خودداری میکردند و بالاخره چاره‌اندیشی نموده متوسل بحیل قانونی شدند و بیع شرط را از صورت حقیقی خود منحرف نموده و آن را بقصد استقراض با گرفتن ربح منعقد میساختند. مثلا مقترض در مقابل مبلغی که دریافت میداشت مالی را بطرف (مقرض)

میفروخت و ضمن آن شرط خیار فسخ در مدت معینه برای خود مینمود که چنانچه در موعد مقرر آن مبلغ را تأدیه ننمود بیع قطعی و مبیع بملکیت ثابت مشتری درآید. از طرف دیگر مقرض برای دریافت ربح، مال مورد معامله را بمقترض اجاره میداد و ماهیانه مبلغی دریافت میداشت. در رأس موعد چنانچه بایع اخذ بخیار نمینمود مبیع بملکیت قطعی مشتری مستقر میگشت. این نوع معامله چندان شایع گردید که معاملات تجاری را راکد و اقتصادیات کشور را متزلزل نموده و پولداران بجای آنکه سرمایهٔ خود را در معاملات تجاری و یا امور کشاورزی بکاربرند در معاملات بیع شرطی مصرف مینمودند. برای جلوگیری از این رویه فرمانی در زمان ناصر الدین شاه صادر شد و محاکم عدلیه را منع نمود که در رسیدگی بدعاوی بین متبایعین در معاملات بیع شرطی حکم بمالکیت قطعی تمام مبیع بمشتری بدهند، بلکه مشتری بایستی از قیمت مبیع یا از عین ملک بمقدار ثمن پرداختی و مال الاجارهٔ مقرر بین طرفین استفاده کرده و بقیه از آن بایع باشد.

فرمان مزبور نتوانست از این عمل جلوگیری کند، زیرا پولداران حاضر نبودند بکسی قرض بدهند مگر آنکه ملك آنان را به ثمن بخسی به بیع قطع بخود انتقال گیرند و چون قصد بایع خیاری از معامله استقراض میبود باین امر حاضر نبودند و ناچار حیلهٔ دیگری اندیشیدند که مقترض ملك را ببیع قطع بمقرض واگذار نماید و مشتری ببایع وکالت خارج دهد که در موعد معین، بایع بتواند در مقابل پرداخت ثمن و مال الاجارهٔ زمان گذشته، مبیع را بخود انتقال دهد. بدین وسیله معاملات ربوی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۸

از صورت بیع شرط بصورت بیع قطع با شرط وکالت خارج درآمد و محاکم فرمان را شامل آن ندانسته و در صورت عدم انجام وکالت، حکم بملکیت قطعی مشتری میدادند. همچنین برای بدست آوردن قرضه بمعاملات دیگری که قبلا بطور نادر واقع میشده مانند صلح با شرط خیار متوسل شدند.

قانون مدنی که در ۱۳۰۷ شمسی نوشته شد، در فصل مخصوص به بیع شرط، پس از ذکر احکام آن، در ماده «۴۶۳» ق. م. مقرر داشت: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود». مادهٔ مزبور قضات را متوجه ساخت که معاملات بیع شرطی که بقصد استقراض و دادن ربح واقع میشود، مشمول احکام بیع شرط نیست، ولی چون حکم این گونه معاملات را قانون بسکوت برگزار نموده بدین جهت دادگاهها دست از مفاد اسناد بر نداشته و در پی قصد متعاملین که امری مخفی و نوعاً کشف حقیقت آن دشوار میبود نمیگشتند. سکوت مادهٔ مزبور در بیان حکم اینگونه معاملات از نظر آن بود که مقتضیات زمان اجازه نمیداد که قوهٔ مقننه جنبه وثیقه بمعاملات مزبوره بدهد و اخذ ربح را قانونی شمارد.

علت آنکه قانون مدنی در مادهٔ بالا قصد بایع را ملاک تشخیص بیع بودن معامله قرار داده با آنکه عقد بوسیلهٔ قصد و رضای طرفین منعقد میگردد، آنست که در این گونه معاملات انتقال‌گیرنده همیشه قصد داشت در مقابل مالی که بانتقال دهنده میپردازد مورد معامله را مالك گردد و کم اتفاق می‌افتاد که بقصد وثیقه آن را بپذیرد، ولی بالعکس انتقال دهنده عموماً مال را بقصد وثیقه و مال الاجاره را بعنوان ربح به طرف میداد و بسیار نادر است که بقصد بیع شرط واگذار نماید. بنابراین عدم قصد مالك بانتقال مال خود، مانع از توافقی است که موجب انتقال مال بمشتری گردد.

قوانین موضوعهٔ کنونی چنانکه بعداً ملاحظه میشود حکم اینگونه معاملات را مشروحاً بیان نموده است و چنانچه قوانین مزبوره موجود نبود، طبق اصول

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۶۹

حقوقی آنها باید باطل شناخته شوند، زیرا در این معاملات علاوه بر آنکه توافق بین قصد و رضای طرفین موجود نیست، ارادهٔ حقیقی بایع که وثیقه گذاردن مال و استقراض با ربح میباشد با ارادهٔ انشائی او که بیع شرط است مطابقت نمی‌نماید.

تطور بیع شرط در قوانین ایران

ماده ۲ متمم قانون ثبت مصوب ششم دی‌ماه ۱۳۰۷ بیع شرط را تابع مقررات مخصوصه دانسته و حکم وثیقه را بر آن بار نموده است، ولی دادگاههای دادگستری نظر باینست که بقوانین اسلام داشتن آن ماده را ناظر بمعاملات بیع شرطی املاك ثبت شده میدانستند و مقررات بیع شرط را در معاملات بیع شرطی که ثبت نشده بوده جاری مینمودند.

قانون ثبت مصوب ۲۲ بهمن ماه ۱۳۰۸ مقررات مخصوصی راجع بمعاملات با حق استرداد وضع نمود که در موقع ثبت ملك هرگاه مدت خیار باقی بود، انتقال‌گیرنده حق تقاضای ثبت را با قید اینکه مورد معامله متعلق حق انتقال دهنده است دارا میبود و بهمین نحو هم ملك در دفتر املاك ثبت میشد. و بعداً در صورتی که انتقال دهنده در ظرف مدت خیار از حق خود استفاده نمینمود، طرف میتوانست تقاضای صدور ورقهٔ مالکیت بنماید. ادارهٔ ثبت تقاضای مزبور را بانتقال دهنده ابلاغ میکرد و هرگاه انتقال دهنده تا ده روز از تاریخ ابلاغ مخالفتی نمینمود، تعلق قطعی ملك به انتقال‌گیرنده در دفتر املاك ثبت میشد و هرگاه انتقال دهنده در ظرف ۱۰ روز ادعا مینمود، که تفاوت بین قیمت واقعی ملك در روز انقضاء مدت خیار، و قیمت مقرر بین طرفین از خمس قیمت واقعی بیشتر است، باید در ظرف یك ماه بدادگاه صلاحیتدار رجوع کند. دادگاه در اثر رسیدگی بادعای مزبور هرگاه تفاوت قیمت را معادل خمس یا کمتر میدید حکم مینمود که ادارهٔ ثبت ملك را بطور قطع باسم انتقال‌گیرنده ثبت کند و هرگاه تفاوت را بیش از میزان فوق تشخیص میداد، به انتقال‌گیرنده اخطار مینمود

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷۰

که برای تأدیهٔ مازاد از خمس حاضر شود. در صورتی که انتقال‌گیرنده تا یك ماه از تاریخ ابلاغ اخطاریه برای تأدیه مازاد حاضر نمی‌گشت، دادگاه حکم برد قیمت مقرر بین طرفین و اجرت المثل قانونی به انتقال‌گیرنده میداد. در این صورت هرگاه انتقال دهنده حکم را اجراء نمینمود و محکوم به را نمیپرداخت، حکم مطابق آئین دادرسی مدنی اجراء میشد و دائن در استیفای طلب خود از عین یا قیمت ملك مورد معامله بر هر طلبکار دیگر انتقال دهنده مقدم بود.

آنچه ذکر شد در موردی است که معامله قبل از ثبت ملك واقع شده باشد ولی هرگاه معامله پس از ثبت ملك در دفتر املاك واقع میگشت و در دفتر معاملات غیر منقول ثبت میشد ماده «۳۹» قانون ثبت مقررات مذکوره در بالا را لازم الرعایه دانسته و وظائفی را که بعهدهٔ دادگاه گذارده شده بود، بعهدهٔ مدیر ثبت برگزار و ادارهٔ ثبت را مکلف بانجام آن نموده بود.

بهمین قسم قانون مقررات مذکور در مادهٔ «۳۸» را در مادهٔ «۴۰» نسبت بتمامی معاملات با حق استرداد که قبل از اجرای قانون «۱۳۰۸» صورت گرفته لازم العمل میدانسته، مگر اینکه در تاریخ اجرای قانون مزبور مدت حق استرداد منقضی و ملك در تصرف انتقال‌گیرنده میبود که در این صورت ملك متعلق بشخص اخیر شناخته می‌شد.

قانون «۱۳۰۸» حق انتقال‌دهندگان را از نظر غبن آنان در معامله رعایت نموده و بدین جهت خمس قیمت واقعی ملك را مورد نظر قرار داده است.

قانون ثبت اسناد و املاك ۱۳۱۰ قدم بزرگتری برداشت و کلیهٔ معاملات با حق استرداد را وثیقهٔ عینی تشخیص داد که شرح آن در زیر بیان میشود.

معاملات با حق استرداد چنانچه مادهٔ «۳۳» قانون بیان مینماید، معاملاتی هستند که در آن برای انتقال دهنده بنحوی از انحاء حق استرداد ملك با پرداخت اصل

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷۱

ثمن و اجرت المسمی و اجرت المثل و خسارات عقب افتاده مقرر شده باشد. آن معاملات بصور مختلفی که عبارتند از معامله با شرط خیار یا بعنوان قطعی با شرط وکالت و یا بعنوان صلح یا بهر عنوان دیگر با حق استرداد در می‌آیند. چون تمامی افراد معاملات

با حق استرداد را قانون احصاء ننموده است، در تبصرهٔ «۱» مادهٔ «۵» قانون اصلاحی ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۲ اسفند ماه «۱۳۱۲» تصریح نموده که کلیهٔ معاملات بـا حق اسـترداد و لو اینکه در ظـاهر معـامله بـا حق استرداد نباشـد مشـمول جمیع مقررات راجع به معاملات بـا حق استرداد خواهـد بود، اعم از اینکه معـامله بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد، اشـخاص ثالثی را بای نحو کان مداخله داده باشند. بنابراین تشخیص معامله با حق استرداد با دادگاه میباشد.

با توجه بمفاد مادهٔ «۳۳ و ۳۴» قانون ثبت، معامله با حق استرداد عقـد مسـتقلی است که بموجب آن احد از طرفین مبلغی را بدیگری قرض میدهـد و در مقابل، مالی را بعنوان وثیقه برای مـدت معینی میپـذیرد که پس از انقضاء مدت، طلب خود را دریافت و وثیقه را مسترد دارد. بنابراین معامله با حق استرداد عقد واحدی است که از نظر تحلیل حقوقی دارای اثر قرض و وثیقه است.

فرق بین معاملات با حق استرداد و رهن–

اشاره

فرق بین معاملات با حق استرداد و رهن از نظر معاملات استقراضی بقرار ذیل است:

۱– عقد راهن نسبت براهن لازم است و مادامی‌که دین خود را نپرداخته ملک وثیقهٔ بدهی او میباشد و نمیتواند آن را فسخ نماید

و نسبت بمرتهن جائز است و هر زمانی که بخواهد عقد رهن را فسخ مینماید. در اثر فسخ از طرف مرتهن حق عینی و اولویتی که در استیفاء دین خود از مال مرهونه داشـته زائل میشود و طلبش بـدون وثیقه باقی خواهد ماند و در مرحله اجراء استیفاء حق خود، تمامی اموال راهن در مقابل طلب او یکسان است. معاملات با حق استرداد نسبت بطرفین لازم میباشد و انتقال‌گیرنده مانند انتقال

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷۲

دهنـده نمیتوانـد از حق وثیقهٔ خود صـرفنظر نمایـد و استیفـاء طلب خود را از سـایر اموال انتقـال دهنـده بخواهـد در معاملات با حق استرداد چنانکه خریداری در مزائده یافت نشود، اداره ثبت پس از کسـر خمس قیمت معینه، مقداری از عین ملک را که تکافؤ طلب انتقال‌گیرنده را بنماید اجباراً باو واگذار میکند.

موردی که قاعده، لزوم معامله با حق استرداد را برهم میزند، مورد ماده سوم اصـلاحی قانون ثبت اسـناد مصوب «۲۸ بهمن ماه ۱۳۱۲ است که به انتقال‌گیرنـده یـا قـائم مقـام قـانونی او اجازه میدهـد، در صورتی که مال مورد معامله با حق استرداد در تصـرف شـخص دیگری غیر از انتقـال دهنـده یا وارث او باشـد، انتقال‌گیرنـده یا قائم مقام قانونی او برای وصول طلب خود میتوانـد بهر یک از انتقال دهنده یا وارث او یا کسی که عین مورد معامله در تصرف او میباشد مراجعه و اقامهٔ دعوی نموده طلب خود را مطالبه کند.

فرقی که فوقـاً بین رهن و معاملات بـا حق استرداد بیـان گردیـد، در مورد عملیـات اجرائی دادگاه میبود و الا در اجرائیات ثبت طبق مادهٔ «۹۸» آئین‌نامه، رهن از حیث مقررات اجرائی مانند معاملات با حق استرداد از طرف مرتهن نیز لازم بوده و مرتهن نمیتوانست از رهن صرفنظر کند و طلب خود را از اموال دیگر مدیون استیفاء نماید.

در سال یک هزار و سیصد و بیست ۱۳۲۰ در ضـمن مواد اصلاحی قانون ثبت مقرر گردید که هرگاه راهن بدهی خود را نپردازد و مال مرهون بمزائـده گذارده شود، از عین مرهونه بمقدار طلب مرتهن باو واگذار میشود. اجراء مفاد مادهٔ «۳۴» ق. م ثبت طبق تبصرهٔ مادهٔ «۳۸» آن قانون در ادارات ثبت و محاکم لازم الاجراء است.

بنابراین از تاریخ بالا فرقی بین رهن و معاملات با حق استرداد باقی نماند.

۲– قبض در رهن شرط صحت عقد است

و در معاملات با حق استرداد شرط نمی‌باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷۳

۳- در رهن، عین مرهونه متعلق براهن است و مرتهن دارای حق وثیقه بر آن میباشد

و بدین جهت منافع و نمائات مدت قرض، تابع عین مرهونه و از آن راهن است. در معاملات با حق استرداد عین مورد معامله بوسیلهٔ عقد، در ظاهر بملکیت انتقال‌گیرنده در می‌آید، بدین جهت منافع آن در مدت حق استرداد. تابع عین و متعلق به انتقال‌گیرنده میباشد و برای آنکه خللی بوضعیت انتقال دهنده وارد نیاید ثانیاً انتقال‌گیرنده منافع مدت مزبور را بیکی از عناوین قانونی و نوعاً بعنوان اجاره بانتقال دهنده واگذار می‌نماید.

قانون ثبت اسناد «۱۳۱۰» انقضاء مدت را موجب قطعیت بیع ندانسته و بانتقال دهنده حق میدهد که هر زمان بتواند با تأدیه بدهی خود استرداد مورد معامله را بخواهد.

قانون ثبت برای آنکه متعاملین آثار وثیقه را از معاملات با حق استرداد بوسیلهٔ اسقاط حق مزبور مرتفع ننمایند، بوضع مادهٔ «۳۹» مبادرت نموده و تصریح کرده است، حقوقی را که قانون در مواد مربوطه بمعاملات با حق استرداد برای انتقال دهنده مقرر داشته قبل از انقضاء مدت حق استرداد قابل اسقاط نیست و هر قرارداد مخالف با این ترتیب باطل خواهد بود، خواه قبل از این قانون باشد و خواه بعد و اعم از اینکه قرارداد بموجب سند رسمی باشد یا غیر رسمی. منظور ماده از بطلان هر قرار داد مخالف این ترتیب، هر قراردادی است که قبل از معامله یا در مدت خیار تنظیم، و موجب اسقاط حقوق انتقال دهنده گردد و یا انتقال دهنده را متعهد نماید که حقوق خود را پس از انقضاء مدت اسقاط کند و یا انتقال‌گیرنده را از طرف خود وکیل بلاعزل نماید که هرگاه طلب او را نپردازد ملک مورد معامله را بخود انتقال دهد. ولی مادهٔ «۳۹» قانون ثبت، اسقاط حقوق ناشیهٔ از مادهٔ «۳۴» را پس از انقضاء مدت منع ننموده است، بنابراین انتقال دهنده پس از انقضاء مدت میتواند ملک مورد معامله را

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷۴

در مقابل طلب انتقال‌گیرنده باو واگذار نماید.

۴- در رهن در صورتی که در ضمن عقد، خسارت تأخیر تأدیه برای پس از انقضاء مدت دین معین نشده باشد، مدیون ملزم بخسارت تأخیر تأدیه نمیگردد،

مگر آنکه بستانکار طلب خود را بوسیلهٔ دادخواست یا اظهارنامه مطالبه نموده باشد، که در صورت اول از تاریخ تقدیم دادخواست، و در صورت دوم از تاریخ ابلاغ اظهارنامه، خسارت تأخیر تأدیه را بنرخ قانونی مستحق میگردد همچنانی که در معاملات استقراضی دیگر است در مورد معاملات با حق استرداد نظر بحفظ وضعیت سابق، طبق تبصره ۲ ماده «۳۴» اصلاحی قانون ثبت خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ انقضاء مدت محسوب میشود.

طریقهٔ استیفاء طلب-

اشاره

طبق ماده «۳۴» اصلاحی مرداد ۱۳۲۰: «در مورد معاملات مذکور در ماده «۳۳» و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع بمنقول و غیر منقول چنانچه بدهکار در ظرف مدت مقرر از حق خود استفاده نکند بستانکار میتواند با درخواست صدور اجرائیه فروش مال مورد معامله را از اداره ثبت بخواهد- هرگاه بدهکار در ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه اصل وجه مورد معامله را با اجور عقب افتاده

و زیان دیرکرد نسبت باصل از تاریخ انقضاء مدت حق استرداد نپردازد، آگهی مزایدهٔ مال مورد معامله از همان مبلغی که در سند تعیین شده بعلاوهٔ اجور عقب افتاده و زیان دیرکرد نسبت باصل وجه از تاریخ انقضاء مدت معامله تا روز مزایده و حقوق دیوانی و هزینهٔ مزایده و مالیات حراج منتشر میشود و در روز معین از همان مبلغ مزایده شروع و از وجه حاصل از فروش طلب بستانکار پرداخته شده و مازاد پس از وضع حقوق دیوانی و هزینهٔ مزایده و مالیات حراج ببدهکار داده میشود و چنانچه مال مزبور خریدار نداشته باشد پس از دریافت حقوق و عوارض دولتی بخود بستانکار بهمان مبلغ که آگهی شده واگذار می‌گردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷۵

طریقهٔ مزبور در بارهٔ بانگها و مؤسسات رهنی که در مقابل استقراض اشخاص، اموال غیر منقول یا منقول را بعنوان وثیقه قبول مینمایند جاری نخواهد شد، زیرا بانگها و مؤسسات خود را مهیا برای قرض دادن نموده‌اند و فقط منظور اساسی آنها رسیدن بطلب خود و ربح میباشد و نظری باصل مال ندارند، بدین جهت قسمت اخیر مادهٔ «۳۴» قانون ثبت، بانگها و مؤسسات رهنی را از قاعدهٔ بالاـ مستثنی نموده است و بعلاوه در مادهٔ «۹۷» آئین‌نامه اشعار میدارد چنانچه کسی در مزائده شرکت نکرد بانک میتواند بفاصله یک ماه تقاضای تجدید مزائده نماید.

انتقال دهنده برای جلوگیری از تأدیه خسارت بیشتری، پس از انقضاء مدت میتواند درخواست مزائده و اجرای عملیات اجرائی را بنماید و مادهٔ «۱۲۲» آئین‌نامه اجراء اسناد رسمی، انتقال دهنده کان را باین امر راهنمائی مینماید.

خاتمه

هر مالی باعتبار ارزشی که دارد میتواند وثیقه دین قرار بگیرد، این است که مرتهن بتناسب ارزش عین مرهونه براهن قرض میدهد، بدین جهت راهن میتواند عین مرهونه را مجدداً نزد مرتهن و یا شخص دیگری برهن گذارد و مبلغی دریافت دارد، مثلاـ هرگاه مالکی خانه خود را در مقابل دویست هزار ریال نزد کسی رهن قرار داده باشد میتواند بدون فک رهن اول آن را در مقابل پانصد هزار ریال بدهی خود به شخص ثالث رهن دهد. در این امر احتیاجی بموافقت مرتهن اول نیست، زیرا رهن دوم منافی با حق مرتهن اول نمیباشد و پس از فروش عین مرهونه قبلاـ مرتهن اول طلب خود را از ثمن استیفاء مینماید و چنانچه چیزی از ثمن باقی بماند بابت طلب بمرتهن دوم داده خواهد شد. علت تقدیم حق مرتهن اول آنست که هر جزئی از عین مرهونه در مقابل تمام بدهی راهن وثیقه قرار گرفته است. بدین جهت راهن باید مرتهن دوم را از رهن اول آگاه سازد

چون قبض طبق مادهٔ «۷۷۲» ق. م. شرط صحت رهن میباشد بدون موافقت مرتهن

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷۶

اول نمیتوان آن را بقبض مرتهن دوم داد، بنظر میرسد چنانچه مرتهن اول در این امر موافقت ننماید راهن بحاکم رجوع و بوسیلهٔ حاکم شخصی تعیین میگردد و بقبض او داده میشود.

بنابر آنچه گفته شد راهن باید مرتهن دوم را قبل از عقد وضعیت رهن سابق آگاه سازد و الا چنانچه مرتهن جاهل بر رهن سابق باشد بنابر وحدت ملاک مادهٔ «۵۳» ق. م مرتهن میتواند رهن را فسخ نماید. مادهٔ «۵۳» ق. م «انتقال عین از طرف مالک بغیر موجب بطلان حق انتفاع نمیشود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق بدیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت» پس از فسخ رهن، چنانچه مدیون تعهد بدادن رهن مالی بطور کلی نموده بوده، دائن میتواند رهن مال دیگری بخواهد و الا هرگاه مال معینی مورد رهن بوده حق مطالبهٔ رهن دیگری ندارد.

قانون ثبت اسناد و املاک چنانکه گذشت آثار حقیقی معاملات با حق استرداد را ملغی نموده و جنبهٔ وثیقه بآنها داده و در ردیف رهن درآمده است. بنابراین معاملات با حق استرداد مکرر مانند رهن مکرر اشکالی از نظر حقوقی دربرندارد. این است که مادهٔ

«۳۴» قانون ثبت ۱۳۲۰ در مورد معاملات رهنی و یا با حق استرداد نسبت باموال غیر منقول که به ثبت رسیده و یا مدت اعتراض آن گذشته باشد، به معامله‌کننده اجازه میدهد که بتواند با قید حق بستانکار مقدم، مورد معامله را برای وامهای دیگر، وثیقه و تأمین قرار دهـد. و در صورت فک معامله مقـدم، تمام مورد معامله وثیقـهٔ وام بعـدی خواهـد بود و در صورت عدم فک معامله مقدم، و فروش مال، هر بستانکار مقدم برای استیفای طلب و اجور و خسارات قانونی، بر بستانکار بعدی مقدم خواهد بود.
مـاده اگر چه در مورد املاـک ثبت شـده است ولی از نظر وحـدت ملاک میتوان مفاد آن را در مورد ملک غیر منقول ثبت نشـده و همچنین اموال منقول نیز اجراء نمود، زیرا حکم مذکور در ماده موافق اصول و قواعد حقوقی میباشد.
در عمل مشاهده میشد که محکوم له برای استیفای طلب خود ناچار ببازداشت
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۷۷
اموال محکوم علیه میگردیـد، و مـالی که از او بـدست می‌آمـد گاه مورد معامله با حق استرداد و یا رهن دیگری میبود. دادگاهها در مقابل درخواست بازداشت مال مزبور روش مختلفی را داشتند. بعضی از دادگاهها درخواست بازداشت را رد مینمودند.
بعضـی مـازاد را بـازداشت میکردنـد و اقـدام بعملیـات اجرائی نمینمودنـد و انتظـار ختم عمـل متعـاملین را داشـتند. بعضـی دیگر حق معامله‌کننده را نسبت بمورد معامله توقیف مینمودند و ملک را با حفظ حق عینی طلبکار بمزایده میگذاشتند و خریدار در مزائده قائم مقام مالک میگردیـد، برخی ملک را بازداشت و بفروش میرسانیدند (و لو آنکه مدت معامله با حق استرداد منقضـی نشده و یا مدت تأدیهٔ دین نرسـیده باشد) و طلب متعامل و خسارت تأخیر تأدیهٔ تا انقضاء مدت را در صـندوق عدلیه یا ثبت تودیع و سـهم محکوم له را از آنچه باقی میماند اداء مینمودند، و برای آنکه قبل از فک معامله نمیتوانسـتند بفروش ملک اقدام کنند، خریدار قبلا مبلغ لازم را در دفتر اسـناد رسـمی تودیع مینمود تـا معـامله را فـک بنماینـد و سـپس انتقال قطعی حاصل میگرديـد. اشـكال اختلاف نظر و روش دادگاهها را قانون اصلاحی ثبت بوسیلهٔ دو تبصره- ۱ و ۲- مادهٔ ۳۴ مکرر رفع نمود و مقرر داشت که: هر یک از بستانکاران مذکور در مادهٔ «۳۴» مکرر و هر بسـتانکار دیگری که حق درخواست بازداشت اموال بـدهکار را دارد، میتوانـد اصل وجه طلب بسـتانکار و اجور و خسـارات قـانونی تا انقضاء مـدت را در صـندوق ثبت بسـپارد، و فک معامله و مزايـدهٔ مال مورد معامله را برای وصول طلب خود از اداره ثبت بخواهد. در این صورت ادارهٔ ثبت پس از احراز تودیع کلیهٔ طلب و خسارات قانونی، به بسـتانکار اخطار میکند که برای دریافت طلب خود و فک معامله حاضـر شود. چنانچه بستانکار در ظرف سه روز پس از ابلاغ اخطاریه حاضر نگردد ادارهٔ ثبت فسخ معامله را بدفتر تنظیم کنندهٔ سند اعلام و بمزائدهٔ مال اقدام مینماید.
حقوق مدنی (امامی)، ج۱، ص: ۵۷۸

فصل سوم در معاوضه-

ماده «۴۶۴» ق. م: «معاوضه عقـدی است که بموجب آن یکی از طرفین مالی میدهـد بعوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ میکند بدون ملاحظهٔ اینکه یکی از عوضـین مبیع و دیگری ثمن باشد، با توجه در مفاد مادهٔ فوق معلوم میشود که معاوضه مانند بیع یکی از عقود معینه معاوضی است، بنابراین کلیه احکام و آثاری که لازمهٔ عقد معوض است در عقد معاوضه نیز جاری می‌گردد.
چنـانکه از مـاده بالاـ اسـتنباط میشود عقـد معاوضه از عقود تملیکی میباشـد و بوسـیلهٔ آن یکی از متعاملین مالی را بـدیگری تملیک مینمایـد در مقابل مالی که طرف باو تملیک میکنـد، زیرا علاوه بر آنکه هر یک از طرفین قصد تملیک مال خود را در مقابل تملک مال دیگری دارد و در حقیقت قصـد موجـد و مولـد عقـد میباشـد، متعاملین بایـد در انعقاد عقد معاوضه قصد معاوضه داشـته باشـند همچنـانی که در انعقـاد هر یـک از عقـود دیگر بایـد قصـد آن عقـد مخصـوص را بنماینـد. اینست که فقهـاء گفته‌انـد «العقود تـابعهٔ

للقصود».

معاوضه دارای دو مورد است که یکی را معوض و دیگری را عوض می گوینـد، بدین نحو که آنچه ابتداء مورد معاوضه قرار میگیرد معوض و آنچه در مقابـل آن قرار میدهنـد عوض میباشـد: مثلاـ هرگـاه کسـی بگویـد کتابم را در مقابل قلم خودنویس بتو میـدهم، کتاب معوض و قلم خودنویس، عوض است.

از نظر تحلیلی عنوان عوض و معوض اعتباری است و مانند عنوان ثمن و مبیع میباشد.

که بدو مورد بیع داده شده که بآن اعتبار، هر یک نقش مختلفی را در عقد بازی می‌نمایند.

هر یک از عوضین (معوض و عوض) میتواند عین، خارجی و در حکم آن یا کلی

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۷۹

فی الذمه باشد، همچنانی که ممکن است دین، منفعت، عمل و حق قرار گیرد، بالعکس مبیع که نمیتواند منفعت و حق باشد.

در عقـد معـاوضه طبق ماده «۴۶۵» ق. م. احکـام خـاصه بیع جـاری نمیشود همچنـانی که احکـام خاصـهٔ عقود معینـهٔ دیگر نیز در آن جـاری نمی گردد، از آن جمله است خیـارات مختصـهٔ ببیع ماننـد خیـار مجلس، خیـار حیوان و خیار تأخیر ثمن که ماده «۴۵۶» آن را متذکر شده است. ماده «۴۵۶» ق. م «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشـد مگر خیار مجلس و حیوان و تـأخیر ثمن که مخصوص بیع است» چنـانکه از مـادهٔ مزبور فهمیـده میشود غیر از خیـارات مختصه تمـامی خیـارات دیگر که ملائم با طبیعت معاوضه است در عقد معاوضه جاری می گردد که مانند خیار عیب، تدلیس، شرط و امثال آن.

یکی از خیارات مشترکه که ملائم با طبیعت عقـد معاوضه بنظر نمیرسد خیار غبن است، زیرا از نظر تحلیلی در عقد معاوضه متعاملین اغلب رعایت تناسب ارزش دو مورد را نمینماینـد و تعادلی که در معاملات معوض دیگر ماننـد بیع، اجاره بین دو مورد لحاظ میشود در عقد معاوضه نمیکنند.

توضیح این امر محتاج بدانستن نحوهٔ انعقاد عقد معاوضه است و آن بر دو نوع است:

۱- متعاملین در معاوضه تعادل بین دو مورد معامله را از حیث ارزش مالی در نظر میگیرند، چنانکه آن دو را با شیء خارج مانند پول میسـنجند و رعـایت تعـادل ارزش بین آن دو را مینماینـد. مثلاـ دانشـجوئی که قلم خودنویس را بـا کتـاب حقوق تجـارت رفیق خود معاوضه مینمایـد، ارزش هر یک از آن دو را در نظر میگیرد و سپس با توجه بتعادل ارزش آن دو معاوضه میکند. از این قبیل اسـت بسیاری از معاملات معاوضه که بین افراد واقع میگردد، مثلا در معاوضهٔ گندم بجو که در بعض قری نسبت بین آن دو در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص: ۵۸۰

این زمـان، یـک و یـک و نیم تـا یـک و یـک و سه ربع است که یکتن گنـدم مقابـل یکتن و نیم تا یکتن و سه ربع جو میباشـد قرار می گیرد این نسبت منظور میگردد.

در این نوع معـاوضه که متعـاملین تعـادل بین دو مورد را در نظر میگیرنـد اشـکالی نـدارد که گفته شود خیـار غبن جـاری میگردد و چنانچه در تعادل منظور اشتباه کنند، کسی که از عقد معاوضه متضرر شده است میتواند برای جبران زیان خود آن را فسخ بنماید.

۲- متعاملین در معاوضه تعادل بین دو مورد را از حیث ارزش مالی و تناسب آن دو را با یکـدیگر در نظر نمیگیرند و فقط هر یک از متعـاملین مقـدار نفعی که از هر یـک از دو مورد برای او میباشـد، در نظر گرفته و با یکـدیگر میسـنجد و چنانچه نفع مالی که در اثر معاوضه بدست می‌آورد برای او بیش از نفع مالی باشد که از دست میدهد اقدام بمعاوضه مینماید.

در این صورت تصور غبن نمیتوان نمود، زیرا غبن بـا ارزش مـالی و تنـاسب خـارجی بین دو مورد سـنجیده میشود نه با نفع شخصـی متعاملین. این نوع معاوضه، معاوضه حقیقی است.

پایان جلد اول

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

جلد دوم

مقدمه جلد دوم

مقدمه

اشاره

بسم اللّه الرحمن الرحیم و به نستعین در این مقدمه بطور اختصار روشی که برای بدست آوردن حکم موارد خارج از مواد قانونی اعمال میشود بیان میگردد، تا آنکه مبتدیان در علم حقوق بروشی که در استنباط احکام از قوانین بکار میرود آشنا شوند و با بصیرت بیشتری بتوانند از این کتاب استفاده نمایند.

وسائلی که در روش استنباط احکام بکار میرود علم جداگانه‌ای را تشکیل میدهد که برای حقوق‌دانان از دادرسی و وکیل دانستن آن لازم میباشد. علم مزبور را فقهای اسلام اصول فقه نامیده و کتب مفصله‌ای در آن موضوع بوسیلهٔ متخصصین تدوین شده است و حقوقیین جدید در مجموعه‌های مختلفه قسمتهائی از آن علم را بیان نموده‌اند و بعضی از آنان تألیفاتی را بآن اختصاص داده و Introduction des etudes juridiques نام نهاده‌اند

مسئلهٔ حقوقی

اشاره

مسئلهٔ حقوقی عبارت از قضیه این ستکه حکم حقوقی موضوع خاصی را در بردارد. مسئلهٔ حقوقی بهر عبارتی که مادهٔ قانونی آن را بیان کند مرکب از دو جزء میباشد. موضوع و حکم،

۱- موضوع

اشاره

عبارت از امری است که مورد حکم در مسئلهٔ حقوقی قرار میگیرد. موضوعات بر دو دسته‌اند:

الف- افعال ارادی و یا غیر ارادی افراد

در اجتماع نمیتوانند از آزادی طبیعی بطور کامل برخوردار شوند و هر عملی را انجام دهند، زیرا آزادی کامل افراد با یکدیگر اصطکاک پیدا مینماید و بدین جهت برای رعایت تساوی حقوق افراد، آزادی کامل آنان بوسیلهٔ قانون محدود شده است که در صورت تجاوز از حد مزبور بوسیله قوه مجریه جلوگیری میشود و چنانچه از آن عمل زیانی متوجه کسی گردد فاعل آن

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳

مجبور بجبران خسارت میگردد، اینست که افعال افراد خواه ارادی باشد یا غیر ارادی مورد نظر قانون قرار گرفته و آن قسمت که تماس بحقوق دیگران داشته مورد حکم قرار داده شده است، چنانکه ماده ۳۲۸ ق. م. میگوید: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آنست و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است». مانند قضیه حقوقی مذکور است ماده «۱۸۱» ق. م. که میگوید: «اگر کسی کند و یا محلی برای زنبور عسل تهیه کند، زنبور عسلی که در کند و جمع میشود ملك آن شخص است همینطور است حکم کبوتر که در برج کبوتر جمع شود» و ماده «۳۷۱» ق. م. که میگوید: «در بیعی که موقوف باجازه مالك است قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است». و ماده «۳۰۱» قانون مدنی که میگوید: «کسی که عمدا یا اشتباها چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را بمالك تسلیم نماید» در ماده مزبور دریافت کردن چیزی که دریافت‌کننده مستحق آن نیست، فعل ارادی میباشد و موضوع حکم تسلیم بمالك قرار گرفته است.

بعضی افعال ارادی از نظر خصوصیتی که دارد، اثرات قضائی مخصوص را دارا میباشد که اسناد قضائی نامیده میشود مانند الفاظ عقود. افعال ارادی مزبور باعتبار جنبهٔ کاشفیتی که از ارادهٔ فاعل دارد مؤثر قرار گرفته است، بنابراین اراده حقیقی مولد موضوعات خاصه حقوقی در خارج میباشد و عمل جوارح از لفظ و فعل کاشف از آن اراده است. الفاظ عقود باعتبار آنکه کاشف از اراده حقیقی میباشند گاه ایجاد تعهد مینماید و گاه دیگر نقل ملکیت میکند.

ب- بعضی از امور باعتبار موقعیت و وضعیتی که در خارج دارند موضوع حکم قانونی قرار میگیرند،

مانند فوت، جنون، بنوت، قرابت و امثال آن، چنانکه فوت و جنون در عقود جایزه موجب انحلال آن میگردد (ماده ۹۵۴ ق. م) و فوت حقیقی یا فرضی مورث موجب تحقق ارث میشود (ماده ۸۶۷ ق. م) و قرابت موجب پرداخت نفقه میباشد (ماده ۱۱۹۶ ق. م).

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴

۲- حکم

اشاره

حکم عبارت از مقرراتی میباشد که از نظر حفظ نظم اجتماعی وضع شده است. و آن بر دو قسم است تکلیفی و وضعی.

حکم تکلیفی

چنانکه از نام آن معلوم است حکم تکلیفی عبارت از الزام بانجام امر یا ترك آن میباشد که نتیجه ایجاد تکلیف مثبت یا منفی برای افراد مینماید. حکم تکلیفی مثبت مانند حکم مذکور در ماده «۱۱۷۸» ق. م. که میگوید: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانائی خود بتربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند» حکم تکلیفی منفی مانند حکم مذکور در ماده «۲۷۶» ق. م.

که میگوید: «مدیون نمیتواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف در آن شده است در مقام وفاء بعهد تأدیه کند».

بعضی از حقوقیین اجازه در انجام و ترك امری را نیز از اقسام احکام تکلیفی شمرده‌اند، مانند اجازه مذکور در ماده «۱۱۱۱» ق. م. که میگوید: «زن میتواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه بمحکمه رجوع کند، در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و

شوهر را بـدادن آن محکوم خواهـد کرد» و یـا ماده «۱۱۳۳» ق. م. که میگویـد: «مرد میتوانـد هر وقت که بخواهـد زن خود را طلاق دهد» و ماده «۱۱۴۸» ق. م. که میگوید: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است».
اجـازه رجـوع در طلاـق رجعی و همچنین اجـازه رجوع واهب در هبه حکم است و زوج و واهب میتواننـد از اجـازه قـانونی اسـتفاده نموده از آن رجوع بنمایند و یا آنکه استفاده نکنند و بحال خود بگذارند

حکم وضعی

اشاره

و آن عبارت از وضـعیت اعتباری در شـیئی معینی میباشـد که بآن اعتبار بنحوی از انحاء در شـیئی دیگر تأثیر مینمایـد مانند: سـببیت، شرطیت، مانعیت، علیت

سببیت

و آن وضعیت اعتباریست در شیئی که باعتبار آن در ایجاد شیئی دیگری تأثیر مینماید، مانند وضعیت اعتباری در احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه که قانون آن را از اسباب تملک دانسته است. ماده «۱۴۰» ق. م. میگوید: «تملک حاصل میشود:

۱- باحیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه.

۲- بوسیلهٔ عقود و تعهدات.

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۵

۳- بوسیلهٔ اخذ بشفعه.

۴- بارث.

شرطیت

و آن وضـعیت اعتباری است در شـیئی که با وجود آن سـبب میتوانـد در ایجاد شـیئی دیگری تأثیر کنـد، مانند وضـعیتی که در زنده متولـد شـدن در حین فوت مورث اعتبار شده که با وجود آن قرابت سـبب ارث میگردد. ماده «۸۷۵» ق. م. «شـرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشـد در صورتی ارث میبرد که نطفـهٔ او حین الموت منعقـد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد»

مانعیت

و آن وضـعیت اعتباریست در شیئی که از تأثیر سبب جلوگیری مینماید، مانند وضعیتی که در قتل مورث اعتبار شده که جلوگیری از ارث بردن وارثی که قاتل است مینماید، چنانکه مادهٔ «۸۸۰» ق. م. میگوید: «قتل از موانع ارث است ...»

علیت

و آن وضـعیت اعتباری است در شـیئی که با پیدایش آن شیئی دیگری بوجود می‌آید. علت ممکن است بسیط و یا مرکب از اجزائی باشـد که با اجتماع آنها معلول بوجود آیـد. علت بسـیطماننـد قصـد انشاء که اراده حقیقی است و علت پیدایش عقد میباشد چنانکه

ماده «۱۹۱» ق. م. میگوید: «عقد محقق میشود بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند.»

صحت

و آن وضعیت اعتباری است در شیئی که بآن اعتبار شیئی مزبور دارای آثار معینه حقوقی میگردد، مانند وضعیت موجود در ابراء ذمهٔ میت که موجب سقوط دین او میشود، چنانکه مادهٔ «۶۹۰» ق. م. میگوید: «ابراء ذمه میت از دین صحیح است».

فساد

و آن وضعیت اعتباری است در شیئی که بآن اعتبار دارای آثار معینه حقوقی نمیشود مانند وضعیت موجود در ماده «۲۷۴» ق. م. که میگوید: «اگر متعد له اهلیت قبض نداشته باشد تادیه در وجه او معتبر نخواهد بود» معتبر نبوده تادیه حاکی از فاسد بودن آن میباشد و در مادهٔ «۳۵۳» ق. م. که میگوید: «هرگاه چیز معین بعنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۶

از غیر جنس باشد نسبت بآن بعض باطل است و نسبت بما بقی مشتری حق فسخ دارد»

غیر نافذ

و آن وضعیت اعتباریست در شیئی که با پیوست شدن امر دیگری دارای آثار معینه حقوقی میگردد، مانند عقد فضولی و مکره که بوسیلهٔ رضای مالك تنفیذ میشود، چنانکه ماده «۳۴۶» ق. م. میگوید: «عقد بیع باید مقرون برضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست» و ماده «۳۵۲» ق. م. میگوید: «بیع فضولی نافذ نیست مگر بعد از اجازهٔ مالك، بطوری که در معاملات فضولی مذکور است».
تأثیر امور بالا- در عالم حقوق، اعتباری است یعنی قانون‌گذار از نظر حفظ نظم اجتماعی تأثیر آنها را اعتبار نموده است و افراد نمیتوانند از تأثیر آنها جلوگیری بنمایند و بدین جهت قابل اسقاط و نقل و انتقال نیست، چنانکه زوج در طلاق رجعی نمیتواند حق رجوع در عده را از خود سلب کند، بدین معنی که هرگاه رجوع بنماید عملش بلا اثر باشد ولی میتواند ملزم شود که از حق رجوع خود استفاده نکند و چنانچه استفاده بنماید مبلغی بعنوان وجه التزام بپردازد. و همچنین نمیتواند آن را بدیگری واگذار بنماید باین معنی که حق رجوع را مانند اموال خود بدیگری بدهد و دیگری دارای حق مزبور شود. تفویض حق رجوع بغیر، وکالت دادن در رجوع نیست که صحت آن مورد اختلاف نزد فقها میباشد.
ماده قانون ممکن است مسئله‌ای از مسائل حقوقی را بیان کند و ممکن است وضعیتی را در عالم مادی متذکر شود که مورد حکم حقوقی باشد مانند ماده «۱۰۳۱» ق. م. که می‌گوید: «قرابت بر دو قسم است قرابت نسبی و قرابت سببی» در ماده مزبور قانون دو موضوع خارج را بیان کرده است که از نظر نکاح مورد حکم حقوقی قرار گرفته است. و همچنین ممکن است مادهٔ قانون چندین مسأله حقوقی را که مربوط بیکدیگر است متذکر شود، مانند ماده «۳۰۶» ق. م. در مورد ادارهٔ اموال غائب و محجور و امثال آنها

قاعده حقوقی-

قاعده حقوقی عبارت از قضیه ایست که موضوع حکم در آن

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۷

کلی میباشد. موضوع قاعدهٔ حقوقی شامل موضوعات خاص بسیاریست. قواعد حقوقی بر پایه و اساس مطالعات علمی قرار گرفته و

مبنای مسائل حقوقی مختلفی میباشد. بسیاری از قواعد حقوقی بصورت ماده قانونی دیده میشود که بعضی از آنان ذیلًا بیان میگردد:
ماده «۳۰» ق. م.: «هر مالکی نسبت بما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد»
ماده «۳۱» ق. م: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمیتوان بیرون کرد مگر بحکم قانون».
ماده «۳۲» ق. م. «تمـام ثمرات و متعلقـات اموال منقوله و غیر منقوله که طبعـاً یا در نتیجه عملی حاصل شـده باشـد با لتبع مال مالك اموال مزبوره است».
ماده «۱۹۱» ق. م.: «عقد محقق میشود بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند».
ماده «۱۹۹» ق. م: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست».
ماده «۲۲۳» ق. م. «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود».
بعضی از قواعد حقوقی را مواد قانونی صریحاً بیان ننموده‌اند و از روح مواد بدست می‌آید مانند:
۱- قاعدهٔ که فقهاء آن را قاعدهٔ ید گویند (هر کس مال غیر را متصرف شود باید آن را بمالکش بدهد).
۲- قاعدهٔ که فقهاء آن را قاعدهٔ لا ضرر نامند (هر کس بدیگری ضرری وارد آورد باید آن را جبران کند).
۳- عقدی که بطور صحیح واقع شده نمیتوان آن را بلا اثر گردانید.
۴- هر عقدی را میتوان بصورت فضولی منعقد ساخت.

قاعدهٔ اصولی-

قاعدهٔ اصولی عبارت از قاعده ایست که در استنباط احکام از
حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۸
مواد قانونی بکار میرود، مانند استصحاب، برائت و امثال آن. در بعضی موارد بقاعده اصولی، قاعده حقوقی نیز گفته میشود.

تطبیق قانون

اشاره

تطبیق قـانون عبـارت از یـافتن قضـیهٔ حقوقی است که بتوانـد حکم مورد خارج را بیان بنمایـد و بعبارت دیگر تطبیق قانون عبارت از انطبـاق موضوع قضـیه حقوقی بر مورد خـارج است، یعنی انطبـاق مفهوم کلی بر مصـادیق جزئی. تطبیق قانون بر مورد خارج بوسـیلهٔ تشـکیل یك قضـیهٔ منطقی صورت میگیرد که مرکب از دو مقـدمه (صـغری و کبری) و نتیجه میباشد، مثلًا در تطبیق مفاد مادهٔ «۳۲۸» ق. م. (هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آنست) با مورد خارج که تلف شدن قلم محمد بوسـیلهٔ جمشید باشد، قضیه منطقی بدین نحو تشکیل میشود.
۱- جمشـید قلم محمـد را تلف کرد- صـغری، جزئی ۲- هر کس مـال غیر را تلف کنـد ضـامن است- کبری، کلی ۳- پس جمشید ضامن قلم محمد است- نتیجه
در تطبیق قانون بر مورد خارج دو امر مورد نظر قرار میگیرد:
۱- مورد خارج tiaf ed noitseuq و آن عبارت از امری است که در خارج موجود است. برای تطبیق قانون دادرس بایـد وجود مورد خارج و همچنین وضـعیت آن را آنگونه که لازم است تشـخیص دهد. در مثال تلف کردن قلم محمد بوسیلهٔ جمشید که مورد

خارج است، دادرس باید تشخیص دهد که قلم تلف شده و قلم از آن محمد بوده، و بوسیله جمشید این عمل انجام شده است.
تشخیص مورد خارج اگر چه در ابتدا آسان بنظر میرسد ولی در تمامی مسائل آسان نمیباشد و گاه چندان پیچیده است که دادرس ناچار میشود از تحلیل عقلی که تجزیه مورد باشد استعانت جوید، مثلًا هرگاه کسی تمامی دارائی غیر منقول خود را بوسیله سند عادی که خود نوشته است برای مصارف معینه‌ای تخصیص دهد و ادارهٔ امور آن را بیگی از فرزندان خود واگذار کند. پس از فوت او بین فرزند مزبور و اولاد دیگر متوفی اختلاف شود که عمل متوفی وصیت و یا وقف است، زیرا چنانچه عمل مزبور

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۹

وصیت باشد نسبت بثلث دارائی صحیح خواهد بود و چنانچه وقف باشد طبق مادهٔ «۴۶» و «۴۷» قانون ثبت اسناد و املاك باید بوسیلهٔ سند رسمی تنظیم گردد و چون سند عادی در دادگاهها و ادارات دولتی طبق ماده «۴۸» ق. ثبت اسناد پذیرفته نمیشود، تشخیص مورد خارج و تعیین آنکه عمل متوفی وقف و یا وصیت است چنانکه عبارت سند صریح نباشد امری مشکل و دشوار است.
۲- عمل حقوقی question de droit پس از آنکه دادرس مورد خارج را تشخیص داد نمیتواند بصورت کدخدا منشی حکم آن را تعیین نماید بلکه باید ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی را سرمشق خود قرار دهد و بدستور آن رفتار کند.
ماده ۳ آئین دادرسی مدنی میگوید:
«دادگاههای دادگستری مکلفند بدعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلًا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند». برای آنکه دادرس بتواند بدستور ماده بالا رفتار نماید باید:
الف- قوانین کشوری را بطور اجمال بداند تا بتواند حکم قضیه را در مجموعه مربوطه بیابد، و یا آنکه بداند ماده‌ای که حکم قضیه را بیان کند در قوانین کشوری یافت نمیشود.
ب- معنی مواد قانونی را بفهمد. برای فهم مواد قانونی باید آشنا بادبیات زبان باشد و معانی لغات و مخصوصاً اصطلاحات حقوقی را که در قوانین بکار برده شده بداند.
ج- در مواردی که مادهٔ قانونی کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلًا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، دادرس باید بتواند موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نماید. برای این امر دادرس باید قدرت بر استنباط احکام از مواد قانونی داشته باشد. قدرت مزبور بوسیله تحصیلات کافی حقوقی بدست می‌آید و استعداد قضائی که آن را قریحه یا شم قضائی میگویند نقش

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۰

مهمی را در حسن تشخیص و تطبیق قانون بازی مینماید و در عمل بسیار دیده شده دادرسانی که دارای اطلاعات حقوقی کافی هستند بعلت نداشتن استعداد قضائی مورد خارج را چنانچه پیچیده باشد در اغلب موارد نمیتوانند تشخیص بدهند و برای بدست آوردن حکم آن دچار اشکال میشوند.

دادرس پس از تشخیص مورد خارج، در عمل تطبیق قانون، مواجه با یکی از صور ذیل میگردد.

اول- ماده صریحی در قانون یافت میشود که حکم مورد خارج را بیان میکند

(یعنی منطوق ماده مبین و موضوع قضیه حقوقی و حکم آن از حیث معنی و حدود روشن و واضع است) در این صورت دادرس

طبق ماده مزبور حکم مورد خارج را صادر میکند مثلًا چنانچه بین فروشنده قالی و خریدار آن، در صحت معامله اختلاف شود و فروشنده باستناد آنکه در تاریخ فروش بسن رشد نرسیده بوده معامله را باطل و استرداد قالی را بخواهد و برای اثبات این امر رونوشت سند تنظیمی و شناسنامه خود را که حکایت میکند در تاریخ فروش ۱۴ سال داشته ارائه میدهد، دادرس پس از آنکه تشخیص داد معامله قالی واقع شده و آنکه در تاریخ فروش، بایع ۱۴ سال داشته است، باستناد ماده «۱۲۰۷» ق. م. که اشخاص محجور را از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع مینماید و ماده «۱۲۷۹» ق. م. که هر کس دارای ۱۸ سال تمام نباشد در حکم غیر رشید و محجور میداند و ماده «۳۴۵» ق. م. که اهلیت را برای هر یک از بایع و مشتری شرط صحت معامله میشمارد، حکم ببطلان بیع قالی میدهد و بدستور ماده «۳۶۶» ق. م. که میگوید: «هرگاه کسی بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را بصاحبش رد نماید ...» مقرر میدارد که قالی خریداری ببایع مسترد شود.

تمامی مواد استنادی در دادرسی بالا صریح میباشند و دادرس برای عمل حقوقی احتیاج به هیچ‌گونه تفسیری ندارد.

دوم- ماده صریحی در قانون یافت نمیشود که بوسیله منطوق آن بتوان حکم مورد خارج را دانست

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۱

و آن بدو صورت ممکن است پیش آید:

الف- ماده یا موادی در مجموعه قوانین کشوری موجود است که بوسیلهٔ منطوق آن میتوان حکم مورد را بدست آورد ولی مجمل میباشد یعنی موضوع قضیه و یا حکم و یا هر دو و یا حدود آنها مبهم است.

مثال مجمل بودن موضوع- ماده «۳۵» ق. م. میگوید: «تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت، شود» در مادهٔ مزبور (تصرف بعنوان مالکیت) که موضوع قضیه حقوقی میباشد مبهم است و معلوم نیست چه نوع تصرفی، تصرف مالکانه شناخته میشود و حدود آن تا چه اندازه است.

مثال مجمل بودن حکم- ماده «۴۵۳» ق. م. میگوید: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهده بایع است» در ماده مزبور کلمه (عهده) در جملهٔ (بر عهدهٔ مشتری است) و همچنین در جملهٔ (بعهدهٔ بایع است) مجمل میباشد و منظور ماده از کلمه عهده معلوم نیست، آیا مسئولیت و ضمان معاوضی است و یا ضمان ببدل میباشد.

مثال مجمل بودن موضوع و حکم- ماده «۲۰۰» ق. م. «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط بخود موضوع معامله باشد» در ماده مزبور موضوع (اشتباه مربوط بخود موضوع معامله) و حکم (عدم نفوذ معامله) است و معنی هر یک از آن دو در ماده بالا مجهول است. (بشرح حقوق مدنی جلد اول مراجعه شود).

ب- ماده یا موادی در قوانین موضوعه کشوری موجود است که از منطوق آن حکم مورد خارج را نمیتوان بدست آورد ولی از مفهوم آن میتوان حکم را دانست مثلًا ماده «۵۳۱» ق. م. میگوید: «بعد از ظهور ثمره زرع، عامل مالک حصه خود از آن میشود». از منطوق ماده مزبور حکم قبل از ظهور ثمره زرع، فهمیده نمیشود ولی از مفهوم مخالف آن میتوان دانست که قبل از ظهور ثمره زرع، عامل مالک حصه خود از آن نمیباشد. مثال دیگر ماده «۲۰۱» ق. م. میگوید: «اشتباه در شخص طرف بصحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۲

عقد بوده باشد» از منطوق ماده مزبور حکم موردی که اشتباه در شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد باشد فهمیده نمیشود، ولی از مفهوم مخالف آن میتوان دانست که اشتباه در شخصیت طرف معامله هرگاه علت عمده عقد باشد بصحت معامله خلل وارد

می‌آورد، اما چون موضوع و حکم در منطوق ماده مجمل است بـدون تفسـیر و رفع اجمال از آن دادرس نمیتوانـد بمفهوم عمل کند زیرا مفهوم آن نیز مجمل است.

سوم– موادی در قانون موضوعه کشوری راجع بحکم مورد خارج یافت میشود ولی در اثر تزاحمی که بین آنها موجود است باید تفسیر گردد،

چنـانکه یکی مجمـل و دیگری مبین و یـا یکی مطلق و دیگری مقیـد و یـا آنکه یکی عـام و دیگری خاص باشـد که شـرح آن بعـداً خواهد آمد.

چهارم– موادی در قانون ممکن است یافت شود که با یکدیگر تناقض داشته باشد

که آن را تعارض نامند.

پنجم– ماده یا موادی در قانون راجع بقضیه مطروحه یافت نمیشود که از منطوق یا مفهوم آن بتوان حکم قضیه را دانست

برای فهمیـدن ماده مجمل و همچنین برای پیـدا کردن مفهوم ماده و آنکه میتوان بآن اسـتناد جست یا آنکه حجت نمیباشد و بالاخره برای بدست آوردن روح مواد قانون احتیاج بتفسیر قوانین پیدا میشود.
تفسـیر قوانین نه فقـط در مقام دادرسـی و رسـیدگی باختلاف بین افراد بکار میرود، بلکه حقوقـدانان و نویسـندگان کتب حقوقی در تحقیقات علمی خود نیز احتیاج بتفسـیر قوانین پیـدا مینماینـد و ناچار برای بدست آوردن حکم بسـیاری از موارد که در خارج فرض میشود قوانین را تفسیر کنند.

لزوم تفسیر

– تهیه کننـدگان لوایـح و طرحهـای قـانونی همیشه کوشـش مینماینـد موادی که تهیه میشود در بیان مطلب صـریح باشـد تا در عمل مواجه با ابهام نگردند. با وجود این، موارد بسیاری دیده میشود که مواد ناقص و مجمل هستند و بدون تفسیر
حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۳
قابل تطبیق با مورد خارج نمیباشـد و همچنین مواردی در عمل پیش می‌آید که آنان در موقع تهیه لوایح پیش‌بینی نکرده‌اند، و یا در سیر تکامـل روزافزون و پیش رفت تمـدن نیز با مواردی مواجه میشونـد که نمیتوانسـتند آن را فرض بنماینـد، مثلًا راجع بمنابع آبهای زیر زمینی که قوانین تـذکری بـآن نـدارد و اکنون در حفر چاههای عمیق دچار اشـکال در عمل شده‌انـد که آیا حفر چاههای مزبور ایجاد حق حریم در املاك مجاور مینماید و یا آنکه حریم ندارد و فقط حریم در اراضی موات ایجاد میشود، و چنانچه حریمی برای آنهـا باشـد چه مقـدار است؟ از نظر علمی و فن آبیـاری نمیتوان مواد «۱۳۷» و «۱۳۸» قـانون مـدنی را در مورد چاههای عمیق جاری دانست، چه مقـدار حریم مزبور برای آبهـای سـطحی میباشـد و همچنین دور از منطق حقوقیست که برای آبهـای عمیق، باسـتناد ماده «۳۸» ق. م. که مالکیت زمین را مستلزم مالکیت زیر آن میداند، در املاك حریم نشناخت.
در تهیـه طرح و لاـیحه قـانونی دو روش موجـود اسـت، یکی آنکه در تهیه و تنظیم مـواد سـعی میشـود طـوری تهیه و تنظیم گـردد تا تمامی مواردی که ممکن است در عمل پیش آید در نظر گرفته شود، بدون آنکه ابهامی در فهم آن دست دهد، یعنی تمامی فروض احتمـالی که میتوان تصور نمود در قـالب مواد درآورده و حکم آن بیـان شود. روش مزبور موجب تطویل مجموعه قانونی میگردد و تهیه مواد بیشـماری را ایجاب مینمایـد بعلاوه بدین وسـیله نمیتوان بمقصود غائی نائل شد، زیرا عوامل اجتماعی و روابط افراد چندان متشـت و متفـاوت است که دمـاغ حقوقـدانان نمیتوانـد تمـام آنها را از نظر خود بگذرانـد و هر یک را تصور کنـد و از طرف دیگر

تطویل مزبور و زیادتی عدهٔ مواد در عمل، موجب صعوبت در پیدا کردن حکم قضیه میشود و تناقض و تزاحم بیشتر بین مواد روی خواهد داد. روش دیگر آنکه در تهیه و تنظیم مواد ببیان قواعد کلی و اصولی که موارد مختلفی را در بر دارد اکتفا میگردد و انطباق آن با موارد خارج و فروض تصوری بعهدهٔ حقوقدانان و دادرسان گذارده میشود. اینگونه مواد اغلب مجمل و قابل برای تفسیرهائی وسیع و مختلفی است که موجب اختلاف نظر دادگاهها میگردد. در تفسیر

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۴

قوانینی که بوسیله روش مزبور تهیه شده اگر چه دست دادرسان را بازگذاشته است و بیشتر میتوانند انصاف و عدالت قضائی را رعایت نمایند و آرامش وجدان خود را حفظ کنند، ولی نباید از نظر دور داشت که اینان ممکن است در تفسیر مواجه با لغزشهائی شوند که تأمین قضائی دچار خطر و تزلزل گردد.

بنابر آنچه گفته شد هرگونه که قوانین تنظیم گردد، دادرس در عمل تطبیق احتیاج بتفسیر دارد.

روش تفسیر

در تفسیر قوانین دو روش علمی موجود است که بدو نظریهٔ)Extinsive موسع) و)Restrictive (محدود) نامیده شده است.

تفسیر موسع آنست که معنی مواد قانونی را تا آنجائی که قابلیت کشش را دارد با رعایت انصاف و عدالت قضائی توسعه دهند.

تفسیر محدود آنست که در تفسیر از معنی مواد قانونی تجاوز ننموده و حدود اجرای آن را توسعه ندهند چنانکه در قوانین جزائی است.

در مقابل دو نظریه بالا نظریه کلاسیک میباشد که در مقام تفسیر بین مواد فرق میگذارد و موادی که مبتنی بر قواعد و اصول حقوقی میباشند مورد تفسیر موسع قرار میگیرند و بوسیله اعمال قواعد عقلی از قبیل وحدت ملاک و تنقیح مناط و قیاس، حکم مذکور در ماده را در اشتباه و نظائر موضوع آن سرایت میدهند، ولی موادی که حکم خاصی را بیان مینماید و بجهتی از جهات استثناء از قاعده و اصول کلی میباشد بطور محدود تفسیر میگردد و از عمل بتنقیح مناط و امثال آن در اشباه و نظائر دوری میجویند و فقط بمنطوق و مفهوم آن عمل مینمایند. روشی که در این کتاب در تفسیر مواد قانون مدنی پیروی شده روش کلاسیک است که از نظر تحلیل عقلی صحیح بنظر میرسد.

اقسام تفسیر

اشاره

چنانکه در بالا گفته شد برای آنکه مواد قانونی فهمیده شوند و احکام فروض مختلفه‌ای که مواد صریحاً بیان نمینمایند بدست آید مواد قانونی تفسیر میشوند.

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۵

تفسیر قوانین همیشه یکسان نتیجه نمیدهد و هرچه ماده قانونی پیچیده‌تر باشد اختلافات در تفسیر بیشتر خواهد بود، زیرا ساختمان دماغهای افراد متفاوت است و مکتبهائی که حقوقدانان در آن تربیت یافته‌اند مختلف میباشد، مخصوصاً در ایران کنونی که عدهٔ از دادرسان تربیت یافتگان مکتب حقوق اسلام با روش تعلیمات قدیمه و عدهٔ دیگر آموختگان مکتب جدید با روش حقوق رومی هستند و بدین جهت در طرز تفکر در بعض اصول مبنائی حقوقی با یکدیگر اختلاف دارند.

تفسیری که از قانون میشود دارای ارزش قضائی نیست مگر آنکه متابعت از آن را قانون لازم بداند و آن در موردیست که تفسیر بوسیله مقامات رسمی بعمل آید. تفسیری که بوسیله مقامات رسمی میشود بر دو دسته است:

۱- تفسیر قانونی

و آن تفسیریست که بوسیلهٔ قوهٔ مقننه از قانونی که قبلًا بتصویب رسیده بعمل می‌آید.

قانونی که بعنوان تفسیر تصویب میگردد، در حقیقت جنبه توضیحی دارد و مبین قانون تفسیر شده میباشد و منظور و حدود قانون مزبور را تعیین مینماید. تفسیر قانونی در عمل نادر است، و قوه مقننه بجای آنکه بوسیلهٔ قانون جدیدی از قانون سابق رفع ابهام کند، مستقلًا وضع قانون کرده و صریحاً یا ضمناً قانون سابق را نسخ مینماید.

در ایران طبق اصل «۲۷» متمم قانون اساسی، تفسیر قوانین عادی بوسیلهٔ مجلس شورای ملی بعمل می‌آید بدون آنکه مجلس سنا در آن مداخلهٔ کند اگر چه قانونی که تفسیر میشود بتصویب مجلسین رسیده باشد.

قانون تفسیری پس از تصویب مجلس شورای ملی مانند قوانین بدوی بصحه ملوکانه توشیح و در روزنامهٔ رسمی طبق ماده «۳» قانون مدنی انتشار می‌یابد.

چنانکه از قسمت اول اصل «۲۷» متم قانون اساسی استنباط میشود، مجلس شورای ملی فقط میتواند قوانین عادی را تفسیر بنماید و نسبت بقانون اساسی چنین حقی باو داده نشده است و مادهٔ دیگری هم در قانون اساسی ایران یافت نمیشود که مرجعی

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۶

را برای تفسیر قانون اساسی صالح بداند، بنابراین طبق اصل کلی باید بر آن بود تنها مرجعی که میتواند قانون اساسی را تفسیر کند مجلس مؤسسان است و آنچه تاکنون مجلس شوری از بعضی مواد قانون اساسی تفسیر کرده در اثر تحمیلهای ناروائی بوده که بوسیله قوهٔ مجریه وقت بعمل آمده است و آزادی فکر و بحث را از نمایندگان سلب نموده تا آنجائی که باستناد اصل بالا بعضی از مردمان دانشمند بر آن شدند که مجلس شورای ملی میتواند قانون اساسی را تفسیر بنماید.

۲- تفسیر قضائی

و آن تفسیری است که از مواد قانونی بوسیله دادگاهها در مقام صدور رأی در دعاوی بعمل می‌آید. ارزش تفسیر قضائی بستگی باهمیت دادگاهی دارد که قانون را تفسیر نموده است. مثلًا ارزش تفسیر دادگاه نخستین و پژوهشی از قانون فقط در قضیه مطروحه‌ای میباشد که نسبت بآن رأی صادر کرده است، یعنی دادگاه بوسیلهٔ تفسیر خود بمورد دعوی قوهٔ قضیهٔ محکوم بها اعطا نموده و رأی مزبور بین طرفین معتبر است و همچنین است ارزش تفسیر دیوان کشور در مورد رأیی که صادر نموده است ولی چنانچه رأی بوسیله مجمع عمومی دیوان کشور داده شود بدستور ذیل ماده «۵۷۶» قانون آئین دادرسی مدنی دادگاهی که رسیدگی دعوی از طرف دیوان کشور بآن ارجاع شده مکلف است در دعوی مزبور از نظر مجمع عمومی تبعیت نماید و بر خلاف موارد دیگر در این مورد آزادی تفسیر را نخواهد داشت.

در بسیاری از کشورهای کنونی تفاسیر قضائی دادگاهها (نخستین، پژوهشی، فرجامی، و اختصاصی) در مجموعه‌هائی جمع‌آوری و در دست رس عموم گذارده شده و هر ساله بتدریج مجلداتی از آراء دادگاهها که در آن سال صادر شده است منتشر میگردد. در اینگونه کشورها آگاهی از آراء دادگاهها درباره تفسیر مواد بسیار آسان است ولی در کشورهائی که این پیشرفت را در امور قضائی

ننموده و آراء را آنگونه که شایسته است جمع‌آوری نمینمایند، اطلاع بر آراء دادگاهها درباره تفسیر مواد دشوار و مشکل است و دادرسان خود نیز روش ثابتی در تفسیر قانون ندارند زیرا آنچه عموماً

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۷

موجب ثبات در تفسیر قانون میگردد در دست رس بودن آراء دادگاهها است و الاـ هرگاه آراء سابق آنها در دسترس دادرس در موقع صدور رأی نباشد ناچار مطابق فکر خود تفسیری از قانون مینماید.

در مقابل دو تفسیر رسمی مذکور در بالاـ تفسیر دانشمندان علم حقوق از قوانین میباشد که در مؤلفات خود بیان میکنند و گاه فروضی را تصور و حل مینمایند که دادگاهها در عمل کمتر بآن مواجه میشوند و گاه دیگر تفاسیر قضائی دادگاهها را مورد انتقاد قرار داده و اشتباهات دادرسان را گوشزد میکنند. تفسیر مزبور را تفسیر حقوقی مینامند.

تفسیر حقوقی هیچ‌گونه ارزش رسمی ندارد، ولی میتواند راهنمای پرارزشی برای دادرسان در مقام صدور رأی قرار گیرد، همچنانی که میتواند در مقام تغییر و اصلاح و وضع قوانین کمک شایانی بقوهٔ مقننه کند.

طرق تفسیر –

اشاره

تفسیر قانون بوسیلهٔ یکی از چند طریق ممکن خواهد بود که ذیلًا بیان میشود:

۱– تفسیر ادبی–

و آن در موردیست که ماده قانون مجمل باشد و بوسیلهٔ دقتهای ادبی بتوان از آن رفع ابهام نمود. برای فهمیدن ماده قانونی باید آن را از نظر ادبی مورد دقت قرار داد یعنی معانی هر یک از لغاتی که در آن بکار رفته در نظر گرفت و ساختمان جملات متعدده و همچنین روابط بین کلمات از اضافه کلمه‌ای بکلمهٔ دیگر یا وصف بودن کلمه‌ای برای کلمهٔ دیگر ممکن است مفهوم ماده را تغییر دهد.

تفسیر ادبی قانون مدنی و تعهدات سویس که بسه زبان فرانسه، آلمانی و ایتالیائی تصویب شده و هر سه قوهٔ قانونی دارند آسانتر از قوانین دیگر است که بیک زبان فقط تصویب شده است، زیرا در قوانین که بچند زبان بتصویب رسیده با مقایسه مفاد کلمات در زبانهای مختلف میتوان معنی ماده را بدست آورد و دانست که در مورد اختلاف مفاد آنها با یکدیگر نظر تصویبی بکدام یک از آنها بوده است ولی در قوانین دیگر که

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۸

بیک زبان تصویب شده، تفسیر ادبی در موردی که ماده مجمل باشد مواجه با اشکال میگردد و برای بدست آوردن معنی آن ناچار باید از تفسیر منطقی کمک خواست.

۲– تفسیر منطقی

تفسیر منطقی عبارت از بدست آوردن منظور ماده قانونی بوسیلهٔ مراجعه بمواد دیگر و همچنین ترتیب و نظم مواد مجموعه قانونی و توجه بعنوانی که ماده تحت آن گنجانیده شده است از فصل، باب، مبحث و امثال آن میباشد مثال:

ماده «۳۴» ق. م. میگوید: «نتایج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد مالک نتاج آن خواهد شد.» از ظاهر مادهٔ مزبور فهمیده میشود که ماده در مورد انتقال و واگذاری مادر است که نتاج آن هم به تبعیت بمنتقل الیه واگذار میگردد، ولی با توجه بماده «۳۵۸» ق. م. که میگوید: «... و بر عکس زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت، حمل در بیع حیوان متعلق بمشتری نمیشود مگر اینکه تصریح شده باشد و یا بر حسب عرف از توابع شمرده شوند» که در واگذاری مادر بدیگری صریحاً حمل را از متعلقات مادر نمیداند و آنکه ماده «۳۴» ق. م. در فصل مالکیت بیان شده و مواد قبل آن مخصوصاً ماده «۳۳» در مورد مالکیت تبعی است، معلوم میشود منظور ماده «۳۴» آنست که هرگاه حیوان نر متعلق بکسی با حیوان ماده متعلق بدیگری، نزدیکی بنماید، نتایجی که از نزدیکی آن دو بعمل می‌آید متعلق بمالک مادر است، ولی عبارت مادهٔ مزبوره برای بیان مطلب مذکور نارسا می‌باشد و چنانچه عبارت آن بطریق زیر میبود: «... و هر کس مالک مادر می‌باشد مالک نتاج آن نیز خواهد بود.» صراحتاً مقصود را میفهماند و احتیاج به هیچ‌گونه تفسیری نداشت.

۳- تفسیر تاریخی-

تفسیر تاریخی بوسیله دانستن منشأ تاریخی و همچنین دانستن علت وضع قانون و مورد اجرای آن بعمل می‌آید. در صورتی که قانونی منشأ تاریخی در قوانین ملل قدیمه داشته باشد برای تفسیر تاریخی بمنشأ قانون مزبور که از آن سرچشمه گرفته است مراجعه میگردد، مانند ماده «۴۵۳» ق. م. در تلف مبیع در زمان خیار پس از تسلیم که مجمل است و فقط بوسیله تفسیر تاریخی که مراجعه بسوابق آن در فقه جعفری

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۱۹

باشد میتوان رفع ابهام از آن نمود. چنانچه قانونی منشأ تاریخی ندارد و در اثر- پیش‌آمدهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی وضع شده باشد بمقدمهٔ طرح و پیشنهاد و مذاکرات و گزارش کمیسیونهای قوهٔ مقننه رجوع میشود مانند ماده «۳۴» اصلاحی مرداد ۱۳۲۰، ثبت اسناد و املاک که مقرر میدارد آگهی مزایده مال مورد معامله شرطی و رهنی از همان مبلغی که در سند تعیین شده بعلاوه اجور عقب افتاده، زیان دیر کرد نسبت باصل وجه از تاریخ انقضاء مدت معامله تا روز مزایده و حقوق دیوانی، هزینه مزائده مالیات حراج منتشر میشود و رجوع بکارشناس برای تعیین قیمتی که مزائده از آن شروع میشود صرف نظر گردیده است.

در مقدمه طرحها و لوایح که بتصویب قوهٔ مقننه میرسد اغلب علل و جهاتی که موجب وضع، تغییر، و یا اصلاح آن قانون گشته بیان شده است. مذاکراتی که در موقع طرح قانون در قوه مقننه بعمل می‌آید مفاد و حدود و طریق اجراء قانون مصوب را روشن مینماید و میتواند کمک شایانی در تفسیر قانون کند، ولی نباید این نکته را از نظر دور داشت که این مقدمه‌ها بتنهائی برای تفسیر قانون کافی نیست و مذاکرات قوه مقننه در بسیاری از موارد در قانون منعکس و از قانون فهمیده نمیشود. از طرف دیگر در اغلب موارد قوانین بوسیلهٔ کمیسیونهائی مرکب از متخصصین فنی مربوطه با توجه بمبانی علمی و اصول مبنائی در آن علم تهیه میگردد. اینگونه قوانین فاقد چنین مقدمه میباشند و قوه مقننه هم باعتماد تخصص تهیه کنندگان با یک نظر سطحی و یا با یک تغییر کوچک ادبی آن لوایح را تصویب مینماید علاوه بر آن اغلب نمایندگان قوهٔ مقننه غیر متخصص و بی‌اطلاع از اصول و قواعد علمی و فنی قوانین هستند که تصویب مینمایند، بدین جهت نظریاتی را نمایندگان که در مذاکرات خود در موقع تصویب لوایح اظهار مینمایند همیشه نمیتوان ملاک تفسیر قانون قرار داد مگر آنکه مفاد آن در قانون مصوب منعکس شده باشد و یا قرائن خارجی موجب دلالت قانون

بر این امر شود.

۴- تفسیر اصولی-

اشاره

تفسیر مزبور بوسیله تحقیق در مواد قانونی بعمل می‌آید تا قواعد و اصولی که منشأ و مبنای آنها هستند بدست آید، بالجمله اعمال هر گونه فعالیت دماغی

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۰

برای بدست آوردن احکامی که مستقیماً از مواد قانونی فهمیده نمیشود از موارد تفسیر اصولی بشمار میرود. بنابراین استنباط احکام بوسیله استقراء، تمثیل، قیاس، استصحاب و امثال آن تفسیر اصولی میباشد، چنانکه مثلًا در مورد حکم اجاره ملکی که موجر بمدت عمر خود مالک منافع میباشد نظر بوحدت ملاک ماده «۵۳۰» ق. م. گفته میشود که عقد اجاره بفوت موجر منفسخ میگردد ماده «۵۳۰» ق. م. «هرگاه کسی بمدت عمر خود مالک منافع زمینی بوده و آن را بمزارعه داده باشد عقد مزارعه بفوت او منفسخ میشود» و همچنین در مورد حق انتفاع از نظر وحدت ملاک با ماده «۴۸۴» ق. م. میتوان گفت که در مدت حق انتفاع مالک نمیتواند در ملک مورد انتفاع تغییری دهد که منافی مقصود از حق انتفاع باشد. ماده «۴۸۴» ق. م.: «موجر نمیتواند در مدت اجاره در عین مستأجره تغییری دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد» برای فهم مواد قوانین کشوری و همچنین استنباط احکام از آنان، باید با علم اصول آشنا بود و توانست قواعد آن را در موارد لازم بکار برد. در این مقدمه مطالبی چند از علم اصول که درخور این کتاب است بطور فهرست متذکر میشود تا با بصیرت بیشتری دانشجویان بتوانند از مندرجات کتاب مزبور استفاده نمایند.

علم اصول دارای دو مبحث است: مبحث الفاظ، مبحث ادلهٔ عقلیه.

الف مبحث الفاظ-

در مبحث مزبور از مسائل مربوط بمعانی الفاظ گفتگو میشود و اصولی که برای بدست آوردن معانی آنها بکار میرود بیان میگردد، مانند اصالهٔ الحقیقه، اصالهٔ العموم، اصالهٔ الاطلاق و قاعدهٔ، مذکور در ماده «۲۲۴» ق. م. که میگوید «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه»

ب- مبحث ادله عقلیه-

در مبحث مزبور از مسائل مختلفه مربوط بقواعد و اصول عقلی که بدون توجه بالفاظ در استنباط احکام بکار میرود بیان میشود مانند اصل برائت، استصحاب، احتیاط و تخییر.

اینک موضوعاتی که در استنباط احکام از مواد قانونی میتواند ما را راهنمائی کند:

۱- عام و خاص-

الف- عام-

عام در لغت بمعنی شامل است و در اصطلاح حقوقی لفظی است که

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۱

دلالت بر تمامی افراد یک ماهیت بنماید.

عموم باعتبار نحوه شمول بر سه قسم است.

اول- عموم مجموعی و آن در موردی است که کلمه شامل تمامی افراد ماهیتی شود که در عقب آن ذکر شده، مانند کلمهٔ (تمام) مذکور در ماده «۴۵۶» ق. م. که میگوید:

«تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد ...» کلمهٔ (تمام) در مادهٔ مزبور شامل کلیه خیارات میشود اگر چه نام آن در ردیف خیارات در ماده «۳۹۶» ق. م. ذکر نشده باشد مانند خیار تفلیس مذکور در ماده «۳۸۰» ق. م.

دوم- عموم استغراقی و آن در موردی است که کلمه شامل هر یک از افراد ماهیتی که بر سر آن در آمده جدا جدا بشود بطوری که در نتیجه شامل تمامی افراد گردد. مانند کلمهٔ (هر یک) مذکور در ماده «۴۴۵» ق. م. که میگوید: «هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل بوارث میشود» کلمهٔ (هر یک) در ماده بالا شامل هر فردی از افراد یک ماهیت که خیار باشد میگردد و نتیجه دلالت بر تمامی خیارات مینماید.

گاه دیگر عموم بدلی است و آن در موردی است که کلمه‌ای بر سر عام در آید و دلالت بر یکی از افراد آن بدون در نظر گرفتن فرد مخصوصی بنماید بطوری که آن فرد بدل از افراد دیگر باشد، مانند کلمهٔ (هر) مذکور در ماده «۶۹۶» ق. م. که میگوید: «هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد». منظور ماده از کلمه (هر دینی) دین معینی نیست و تمامی دیون بطور اجتماع نیز نمی‌باشد بلکه منظور هر فردی از افراد دین که باشد فرقی نمینماید. و همچنین کلمهٔ (هر کس) مذکور در ماده «۱۶۵» ق. م.

که میگوید: «هر کس در بیابان یا خرابه ...» اطلاق کلمه عموم، بر عموم بدلی از باب مسامحه میباشد و عموم بمعنی شمول است و در مورد عموم بدلی هیچ گونه شمولی نیست، زیرا در عموم شمولی و استغراقی تمام افراد یک ماهیت مورد حکم قرار میگیرند و در عموم بدلی یک فرد از ماهیت بتنهائی بدون در نظر گرفتن خصوصیت فردی آن، مورد حکم است.

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۲

ب- خاص

اشاره

تخصیص در لغت بمعنی کوتاه کردن و در اصطلاح حقوقی تنگ نمودن دایرهٔ عموم حکم در قضیه میباشد و بعبارهٔ دیگر تخصیص عام خارج کردن بعض افراد عام میباشد از حکمی که برای آن مقرر شده است. لفظی که عام را تخصیص میدهد خاص یا مخصص (بکسر صاد اول) بصیغهٔ اسم فاعل و لفظی که تخصیص داده میشود مخصص (بفتح صاد اول) بصیغهٔ اسم مفعول گویند.

مخصص (بکسر صاد اول) بر دو قسم است، متصل و منفصل.

یک- مخصص متصل-

اشاره

و آن لفظی است که جزء جمله عام قرار میگیرد و آن را تخصیص میدهد و آن بر پنج قسم است:

اول- استثناء متصل

مانند جملهٔ (مگر اینکه صریحاً ...) مذکور در ماده «۶۷۲» ق. م. که میگوید: «وکیل در امری نمیتواند برای آن امر بدیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا بدلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.»

دوم- شرط

مانند شرط مذکور در مادهٔ «۴۰۸» ق. م. که میگوید: «اگر مشتری برای ثمن ضامن بدهد یا بایع ثمن را حواله دهد بعد از تحقق حواله خیار تاخیر ساقط میشود». در ماده مزبور جملهٔ (اگر مشتری برای ثمن ...) جمله شرطیه میباشد و جزاء آن جملهٔ (خیار تاخیر ساقط میشود) است.

سوم وصف

مانند وصف مذکور در ماده «۳۷۱» ق. م. که میگوید: «در بیعی که موقوف باجازه مالك است قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است». در ماده مزبور عبارت (که موقوف باجازه مالك است) وصفی است که بیع را تخصیص داده است.

چهارم- غایت

مانند غایت مذکور در ماده «۸۳۳» ق. م. که میگوید: «ورثهٔ موصی نمیتواند در موصی به تصرف کند مادام که موصی له رد یا قبول خود را بآنها اعلام نکرده است ...» در مادهٔ مزبور عدم جواز تصرف ورثهٔ موصی در موصی به تا زمانیست که موصی له رد یا قبول خود را اعلام نداشته است

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۳

دو- مخصص منفصل-

و آن قضیهٔ مستقلی است که مخصص قضیه عام دیگری قرار میگیرد یعنی از نظر مفاد جزء و متمم جمله عام میباشد. چنانکه بین دو ماده زیر ملاحظه میشود:

مادهٔ «۴۴۵» ق. م. «هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل بوارث میشود» عام است.

و مانند ماده «۴۴۶» ق. م. «خیار شرط ممکن است بقید مباشرت و اختصاص بشخص مشروطه له قرار داده شود در این صورت منتقل بوارث نخواهد شد» خاص میباشد ماده اخیر با اینکه قضیه حقوقی مستقلی میباشد، از حیث مفاد و معنی متمم قضیه کلی مذکور در ماده ۴۴۵ ق. م. است و آن را تخصیص میدهد که نتیجه دو ماده بالا اینست که هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل بوارث میشود مگر خیار شرطی که با قید مباشرت و اختصاص بشخص مشروط له قرار داده شود.

تخصیص دادن عام در صورتی جایز است که پس از تخصیص مقداری از عام قریب بمدلول آن باقی بماند. در بعض موارد ممکن است بجهتی از جهات بتدریج چندان عام تخصیص داده شود که مقدار بسیار ناچیزی از آن تحت حکم کلی باقی بماند.

در صورتی که خاص منفصل با عام تنافی داشته باشد چنانکه موضوع قضیهٔ خاص، بعض از افراد موضوع قضیه عام باشد و حکم در یکی مثبت (ایجابی) و در دیگری منفی (سلبی) باشد که نتوان بمدلول هر دو بطور کمال عمل نمود بطریق ذیل رفتار میشود:

برای رفع تنافی باید بتاریخ تصویب آن دو توجه نمود.

۱- در صورتی که تاریخ تصویب هر دو مقارن با یکدیگر باشد مانند آنکه قضیه خاص و عام در یک قانون بتصویب رسیده باشد چنانکه هر دو در جلد اول قانون مدنی قرار گرفته باشند که طبق ماده واحده بتصویب رسیده است، در این صورت خاص مزبور عام را تخصیص میدهد و عام نسبت ببقیه حجت خواهد بود مانند ماده «۴۴۵» و «۴۴۶» مذکور در بالا.

۲- در صورتی که تاریخ تصویب قانون عام، مقدم بر تاریخ تصویب قانون خاص

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۴

باشد دو صورت فرض میگردد:

اول- قانون عام قبلًا تصویب شده و پس از فرا رسیدن موقع اجراء آن، قانون خاص تصویب گردیده است مانند ماده عام موجود در جلد اول قانون مدنی که در سال «۳۰۷» تصویب شده و خاص موجود در جلد دوم و سوم قانون مدنی که در سال «۱۳۱۳» و «۱۳۱۴» بتصویب رسیده است. در این صورت باید بر آن بود که خاص نسبت بمقداری که با عام تنافی دارد عام را نسخ مینماید، و نسبت ببقیه، عام بقوت خود باقی است، زیرا تاخیر بیان از وقت حاجت بر خلاف عقل و منطق میباشد.

دوم- قانون عام قبل از تاریخ تصویب قانون خاص تصویب شده ولی زمان عمل بعام فرا نرسیده بوده است، خاص مزبور تا مقداری که تنافی با عام دارد آن را تخصیص میدهد و عام نسبت بباقی مانده حجت است.

۳- در صورتی که تاریخ تصویب قانون خاص قبل از تاریخ تصویب قانون عام باشد چنانکه مادهٔ خاص در جلد اول قانون مدنی باشد و مادهٔ عام در جلد دوم یا سوم قرار گیرد.

بنابر قول مشهور قانون خاص قانون عام را تخصیص میدهد و عام نسبت ببقیهٔ خود حجت میباشد. ممکن است مادهٔ عام تزاحم با چندین مواد خاص پیدا نماید در این صورت در مورد تزاحم بین عام و هر یک از مواد خاص قواعد مزبور در بالا اجرا میگردد.

نسخ- چون صحبت از نسخ بمیان آمد بی‌مناسبت نیست که کلمه‌ای چند راجع بآن گفته شود.

نسخ در لغت بمعنی ازاله و ابطال است و در اصطلاح رفع حکم قانونی است بوسیله قانون دیگری که تاریخ تصویب آن مؤخر می‌باشد و آن بر دو قسم است:

صریح، ضمنی.

نسخ صریح آنست که قانون مؤخر تصریح نماید که فلان قانون معین که قبلًا تصویب شده است نسخ میشود.

نسخ ضمنی آنست که مفاد قانون مؤخر منافات با مفاد قانون مقدم داشته باشد

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۵

در این صورت قانون مؤخر تا آنجائی که با قانون مقدم منافات دارد آن را نسخ مینماید.

۲- مطلق و مقید-

الف- مطلق-

اشاره

اطلاق در لغت بمعنی ارسال و رها کردن آمده و در اصطلاح حقوقی لفظی است که دلالت بر ماهیت مطلقه خود بنماید و بعبارت دیگر مطلق لفظی است که بر ماهیت خود بدون هیچ قید و شرطی دلالت کند. الفاظی که اطلاق دارند عبارتند از:

۱- اسم جنس

مانند کلمهٔ حیوان، دیوار، خانه و امثال آن که موضوعند برای مفهوم کلی و غیر معین مانند کلمهٔ حیوان مذکور در ماده «۳۹۸» ق. م. که دلالت بر ماهیت جانور مینماید. ماده «۳۹۸» «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد».

۲- علم جنس-

مانند فرعون که نام پادشاهان مصر قدیم و قیصر که نام امپراطوران- روم قدیم بوده است.

۳- نکره-

مانند کلمهٔ (فعلی) مذکور در مادهٔ «۲۳۸» که میگوید: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم بانجام آن غیر مقدور ...» کلمهٔ (فعلی) نکره است و منظور فعلی از افعال بدون در نظر داشتن خصوصیات فردی میباشد.

فرق بین عموم و اطلاق آن است که استفادهٔ شمول از عام بواسطهٔ لفظ مخصوصی میباشد و در اطلاق بلحاظ مقدمات حکمت و نسبت دادن حکم بر جنس و ماهیت است.

در صورتی که نسبت بفرد معینی تردید شود که آیا مشمول حکم مطلق میباشد یا نه، میتوان باستناد اطلاق، حکم مطلق را نسبت بمورد تردید جاری ساخت، مثلًا مادهٔ «۶۳۸» ق. م. که میگوید: «عاریه عقدی است جایز ...» مطلق میباشد و چنانچه تردید شود که عاریه زمین برای دفن میت عقد جایز است یا آنکه در اثر عدم جواز نبش قبر لازم میگردد، میتوان باطلاق ماده بالا استناد جست و بر آن بود که عاریه مزبوره نیز جایز میباشد. قاعده اصولی مزبور را قاعدهٔ اصالهٔ الاطلاق نامند.

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۶

ب- مقید-

و آن کلمه ایست که مقید بقیدی مانند شرط، وصف، اضافه و امثال آن باشد مثلًا کلمهٔ (حریم چاه) مذکور در ماده «۱۳۷» ق. م. که میگوید:

«حریم چاه برای آب خوردن بیست گز و برای زراعت سی گز است» مقید میباشد، بدین ترتیب که کلمهٔ (حریم) مطلق، و بوسیله اضافه آن بچاه مقید شده است و فقط حکم مذکور در ماده، منحصر بحریم چاه خواهد بود.

در صورتی که دو ماده یکی مطلق و دیگری مقید باشد، دائرهٔ حکم مطلق تا حدود مقید تنگ میشود و مطلق شامل ما بقی از افراد خود خواهد بود، مثلًا ماده «۲۱۲» ق. م. که میگوید: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطهٔ عدم اهلیت باطل است» مطلق میباشد و شامل هر کس که بالغ یا عاقل یا رشید نباشد میگردد.

و ماده «۱۲۱۲» و «۱۲۱۴» ق. م. که قبول هبه و صلح بلاعوض را از صغیر ممیز و سفیه صحیح میداند، مقید است و دائره حکم ماده «۲۱۲» را ضیق مینماید و نتیجهٔ این امر آنست که معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نباشند باطل است مگر در مورد قبول همه و صلح بلا عوض از طرف صغیر ممیز و سفیه.

۳- مجمل و مبین-

الف- مجمل-

اجمال در لغت بمعنی خلط و جمع است و در اصطلاح مجمل لفظی است که دارای چند معنی باشد، و در جمله‌ای که واقع میشود احتمال هر یک از آن معانی داده شود، مانند کلمهٔ (عهدهٔ) مذکور در ماده «۴۵۳» ق. م. که میگوید: «در خیار مجلس و حیوان و

شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهدهٔ بایع است». کلمهٔ عهده بمعنی بر ذمه داشتن و مسئول بودن میباشد و متعلق آن مجمل است و معلوم نیست که آنان مسئول چه امری خواهند بود و یا چه چیزی بر ذمه آنان بار میگردد، آیا مسئول ببدل معاوضی هستند یا مسئول ببدل حقیقی از مثل یا قیمت می‌باشند؟.

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۷

در صورتی که کلمه یا جمله‌ای مجمل باشد برای فهم آن باید بوسائل دیگری از قبیل قرائن موجود یا سوابق تاریخی و یا بالاخره قواعد عقلی متوسل گردید، چنانکه کلمهٔ (عهده) در قسمت اول ماده بالا که میگوید: «... اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است ...» با توجه بآنکه مبیع بوسیله عقد منتقل بمشتری میگردد و باو تسلیم شده است، طبق قاعدهٔ کلی عقلی (تلف مال بعهدهٔ مالک آن است)، گفته میشود که منظور ماده از عبارت (بعهدهٔ مشتریست) تحمل خسارت بوسیلهٔ مشتری است و ضرر تلف و نقص متوجه او میباشد و اما کلمه (عهده) در قسمت دوم از ماده بالا که میگوید «.. و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهده بایع است». چون حکم مذکور بر خلاف قاعده کلی (تلف مال بعهدهٔ مالک آن است) میباشد، لذا متوسل بتفسیر شده و با توجه بآنکه تلف مبیع قبل از قبض طبق ماده «۳۸۷» موجب انفساخ عقد بیع میگردد و بایع مسئول بدل معاوضی یعنی ثمن میشود، باید بر آن بود که در بیع خیاری هرگاه خیار مختص بمشتری باشد پس از تسلیم مبیع بمشتری، ضمان مزبور تا انقضاء زمان خیار ادامه خواهد داشت یعنی مانند مورد تلف قبل از قبض، بتلف مبیع، بیع منفسخ میشود بنابراین در مورد مزبور عهده، ضمان معاوضی است و بایع مسئول استرداد ثمن بمشتری میباشد. اما در مورد نقص، بنا بر مستنبط از ماده «۳۸۸» ق. م. مشتری میتواند بیع را فسخ نماید و یا آن را بهمان نحو قبول کند.

رفع اجمال از ماده مزبور بوسیله تفسیر تاریخی از کتب فقه جعفری بعمل آمده است.

ب- مبین-

(بفتح یاء) و آن لفظی است که دلالتش بر مقصود واضح باشد و احتمال خلاف در آن نرود مانند ماده «۶۱۹» ق. م. که میگوید: «امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید» تمامی کلمات مذکور در ماده واضح و هیچ‌گونه احتمالی در مفاد آن نمیرود.

ممکن است از مادهٔ مجملی بوسیلهٔ مادهٔ دیگری که مبین است رفع ابهام نمود،

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۸

مثلًا کلمهٔ (رشید) مذکور در ماده «۲۱۲» ق. م. مجمل است و معلوم نیست که منظور قانون از رشید چه کسی میباشد. اجمال مزبور بوسیله ماده «۱۲۰۸» ق. م. که میگوید:

«غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلائی نباشد» رفع میشود.

۴- منطوق و مفهوم:

الف- منطوق-

اشاره

و آن عبارت از معنائی است که مستقیماً از کلام فهمیده میشود، بنابراین منطوق ماده عبارت است از مدلول موضوع و حکمی که

ماده تصریح بآن مینماید، مثلًا منطوق ماده «۸۰۵» ق. م. که میگوید: «بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست». عبارت است از عدم جواز رجوع بهبه بوسیله هر یک از واهب و متهب پس از فوت دیگری.

چون صحبت از دلالت بمیان آمد برای تذکر گفته میشود که دلالت لفظ بر دو قسم است: دلالت لفظی، دلالت عقلی.

اول – دلالت لفظی –

دلالت لفظی آنست که از تصور معنی کلمه، امر و یا امور دیگری تصور گردد.

دوم – دلالت عقلی –

آنست که پس از تصور کلمه و تصور امر دیگری و توجه بربط بین آن دو، وجود ملازمه بین آن دو ثابت شود.

قاعدهٔ ملازمه– و آن رابطه عقلی است بین وجود شیئی و وجود امر دیگری که امر اخیر را تابع حکم امر اول میگرداند. قانون مدنی در بعض موارد برای سهولت، این امر را متذکر شده است مانند ماده «۶۷۱» ق. م. که میگوید: «وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح بعدم وکالت باشد» و همچنین است ماده «۲۸۱» ق. م. که میگوید: «مخارج تأدیه بعهده مدیون است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». بنابر آنچه گذشت هرگاه بوسیله ماده قانونی، موضوعی مورد حکم قرار گیرد، بقاعدهٔ ملازمه تمامی لوازم عقلی آن موضوع (منظور لوازم بیّن بمعنی

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲۹

اعم است) تابع حکم مذکور در ماده خواهند بود. لازم بین بمعنی اعم چنانکه در تعریف دلالت عقلی گفته شد عبارتست از امری که با تصور آن (لازم) و تصور معنی کلمه (ملزوم) و تصور ربط بین آن دو (ملازمه) جزم بلزوم آن پیدا شود.

ب – مفهوم –

اشاره

مفهوم عبارت است از حکم انشائی یا اخباری که در کلام بیان نشده و بواسطهٔ ساختمان ترکیبی ماده با توجه بعلت حکم مذکور در آن، فهمیده میشود.

مفهوم بر دو قسم است، موافق و مخالف.

اول – مفهوم موافق –

مفهوم موافق قضیه ایست که حکم آن اثباتاً یا نفیاً موافق با حکم مذکور در قضیه اصلی میباشد، مثلا ماده «۶۹۱» ق. م. که میگوید. «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است» دارای مفهوم است و مفهوم آن عبارت است از (حواله دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است)، زیرا از ساختمان ماده فهمیده میشود که علت بطلان ضمان در مادهٔ مزبور (موجود نبودن سبب دین در زمان انعقاد عقد ضمان است). سپس از نظر شباهتی که حواله با ضمان دارد (هر دو مبتنی بر انتقال دین هستند) نسبت بحواله دینی که سبب آن ایجاد نشده، همان حکمی میشود که نسبت بضمان در مورد مزبور شده است. بنابر آنچه گفته شد، جمله در صورتی مفهوم موافق دارد که بتوان بوسیله ساختمان ماده و یا قرائن خارجی، استنباط نمود که علت حکم در قضیهٔ منطوق، وصفی است در موضوع قضیه که آن وصف در موضوع قضیه مفهوم نیز موجود است.

در بعضی موارد علت حکم در قضیه مفهوم موافق، قوی‌تر و شدیدتر از آن در منطوق است که آن را قیاس بالاولویه گویند. A

fortiori. از نظر تحلیلی قیاس بالاـ ولویه عبارت است از اجرای حکم قضیه معلوم، نسبت بموضوع دیگری که علت حکم در آن قوی‌تر میباشد. مفهوم موافق نوعی از قیاس بمعنی اعم است.

دوم – مفهوم مخالف –

مفهوم مخالف A co: trario عبارت از قضیه اینست که حکم در آن نفیاً یا اثباتاً مخالف با حکم قضیه اصلی میباشد، مفهوم مخالف ماده

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۰

«۶۹۱» ق. م. که میگوید: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است» عبارت است از (ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده باطل نیست).

جمله در صورتی مفهوم مخالف دارد که قرائن خارج دلالت کند که علت تامه حکم در قضیه اصلی فقط در موضوع آن قضیه موجود میباشد و علت مزبور در قضیه مفهوم مخالف موجود نیست، لذا قضیه مزبور، حکم دیگری که مخالف با حکم قضیه اصلی است دارا میباشد. بعبارت دیگر مبنای مفهوم مخالف، منحصر بودن علت حکم در موضوع قضیه اصلی است، که بجهتی از جهات مانند ساختمان جمله و ذکر حکم نسبت بموضوع خاص فهمیده میشود، و بدین جهت در موضوع دیگر آن حکم جاری نمیگردد.

۵– حجت–

اشاره

حجت عبارت از بدست آوردن حکم موضوع خاصی است از قضیه یا قضایای دیگری که حکم آن‌ها معلوم میباشد. حجت نتیجه یک سلسله فعالیتهای دماغی است که در اثر آن حکمی یقینی یا ظنی حاصل میشود. از نظر تحلیلی حجت بر سه قسم است قیاس، استقراء، تمثیل.

الف– قیاس– قیاس–

عبارت از بدست آوردن قاعدهٔ کلی از قضیه معلومی میباشد تا بوسیلهٔ آن بتوان حکم موضوع یا موضوعات دیگر را که مجهول میباشند، دانست.

استنتاج قاعدهٔ کلی از قضیه جزئی، با توجه بامور خارج از قضیه مزبور، بوسیله یک سلسله اعمال دماغی بعمل می‌آید، مثلًا برای دانستن حکم معاوضه و اجارهٔ فاسد که مادهٔ صریحی راجع به آن دو و در قانون موجود نیست، میتوان متوسل بقیاس گردید.

قضیه معلوم، مفاد ماده «۳۶۵» ق. م. است که میگوید: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد». از توجه ببیان مادهٔ مزبور که فساد را در بیع علت عدم تأثیر در تملک قرار داده و آنکه بیع فاسد بخودی خود دارای خصوصیتی نیست که موجب این امر شده باشد، قاعدهٔ کلی بدست می‌آید که عبارت میباشد از: (هر عقد فاسد بی‌اثر است). سپس قضیه قیاس تشکیل میگردد بدین نحو: عقد اجاره فاسد است، و هر عقد فاسد بی‌اثر است، پس عقد اجاره بی‌اثر است.

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۱

درجهٔ حجیت هر قیاس حقوقی، بسته باعتبار قاعده کلی میباشد که از قضیه جزئی معلوم استنتاج میشود. بنابراین چنانچه قاعدهٔ کلی بوسیلهٔ مقدمات یقینی یا ظنی از قضیه جزئی استنتاج شده باشد، نتیجهٔ قیاس یقینی یا ظنی خواهد بود و میتوان در استنباط قضائی از

آن استعانت جست و الا هر گاه قاعدهٔ مزبور بوسیله مقدمات خیالی و یا وهمی بدست آید، قابل استناد در استنباط حکم مجهول نمیباشد.

ب – استقراء –

اشاره

استقراء عبارت از بدست آوردن قاعدهٔ کلی بوسیلهٔ تحقیقاتی است که از چندین قضایای جزئی بعمل می‌آید. قاعدهٔ کلی در استقراء بدین نحو بدست می‌آید که چندین قضایای معلوم با یکدیگر مقابله میشود و در نتیجه این امر علت حکم در قضایای معلوم شناخته میشود. و بدین وسیله قاعدهٔ کلی بدست می‌آید که شامل تمامی افراد خود میباشد.
استقراء بر دو قسم است:

اول – استقراء تام –

و آن در موردی است که قاعدهٔ کلی در نتیجه تحقیقات لازمه در تمامی قضایای جزئی بدست آید، یعنی تمامی قضایای جزئی که علت حکم را در بردارد.
مورد نظر قرار گیرد و قاعدهٔ کلی از آنها استنتاج گردد. عمل مزبور موجب قطع و یقین بصحت قاعده کلی خواهد بود.

دوم – استقراء ناقص –

و آن در موردی است که در نتیجه تحقیقات لازمه در چند قضیه جزئی، قاعده کلی بدست آید تا بوسیلهٔ آن بتوان حکم موضوعات جزئی دیگر را دانست. استقراء ناقص موجب یقین بصحت قاعدهٔ کلی نمیشود و درجه حجیت استقراء مزبور بسته بمقدماتی است که قاعدهٔ کلی بوسیلهٔ آن استنتاج شده است، بدین معنی که هر چه عدهٔ قضایای جزئی که مبنای استنتاج قرار گرفته بیشتر باشد، اهمیت قاعدهٔ کلی بیشتر خواهد بود.

ج – تمثیل –

اشاره

تمثیل در اصطلاح فقهای امامیه قیاس نامیده شده است. تمثیل عبارت از جریان حکم قضیه معلومی است در قضیه مجهولی که شبیه بآن میباشد، مثلًا
حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۲
میتوان حکم مورد (تلف ثمن عین معین قبل از قبض) را که در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی بیان نشده و مجهول است بوسیلهٔ شباهتی که مورد مزبور با (تلف مبیع عین معین قبل از قبض) دارد و حکم آن را ماده «۳۸۷» ق. م. بیان کرده است، از آن ماده استنباط نمود. ماده «۳۸۷» ق. م.: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید بمشتری مسترد گردد ...».
استنباط حکم (تلف ثمن قبل از قبض) از (تلف مبیع قبل از قبض) باعتبار شباهت تامی است بین ثمن و مبیع که هر دو یک نقش را از حیث عوضیت در تملیک بازی مینمایند و هر دو قبل از قبض مالک، تلف شده‌اند.

حجیت تمثیل در استنباط احکام، بسته بدرجهٔ شباهتیست که بین قضیه مجهول و قضیه معلوم موجود میباشد و هر چه شباهت بین آن دو بیشتر باشد، اعتماد بصحت نتیجه بیشتر خواهد بود.

تمثیل مرکب از چهار امر است: فرع، اصل، حکم و جامع برای مثال، مسأله تلف ثمن قبل از قبض، مورد بررسی قرار میگیرد.

یک- فرع- و آن موضوعی است که حکم آن مجهول میباشد و بوسیلهٔ تمثیل باید بدست آورد که در مثال، تلف ثمن قبل از قبض است.

دو- اصل- و آن موضوعی است که حکم آن معلوم میباشد و بوسیلهٔ آن باید حکم مجهول بدست آید، و آن، تلف مبیع قبل از قبض میباشد که حکم آن در ماده «۳۸۷» ق. م. بیان شده است.

سه- حکم- و آن وضعیت حقوقی اصل است، که انفساخ عقد بیع و استرداد ثمن میباشد.

چهار- جامع- و آن شباهتی است بین اصل و فرع که موجب حکم مزبور در فرع شده است و آن عبارت از وحدت نقش ثمن و مبیع، باعتبار عوض و معوض بودن در عقد تملیکی و تلف شدن آن قبل از قبض بمالک است.

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۳

برای اعمال تمثیل و اجراء حکم اصل در فرع دو امر باید محقق شود:

۱- دانستن وصفی که علت حکم در اصل شده است.

۲- وجود آن وصف در فرع.

برای حجیت تمثیل چند دلیل بیان شده که مهمترین آنها عبارت از دوران و تردید است.

الف- دوران

مبنای استدلال مزبور وجود ملازمه بین حکم و جامع است.

وجود ملازمه بوسیله تحقیق در قضایای متعدده بدست می‌آید، بدین ترتیب که هر قضیه را جداگانه مورد تحلیل قرار داده و جامع و حکم را جستجو مینمایند و چنانچه در نتیجه تحقیقات در قضایای متعدده معلوم گردید که هرکجا جامع موجود است حکم مزبور نیز وجود دارد و بالعکس در هرکجا که جامع موجود نباشد حکم مزبور وجود ندارد، ثابت میگردد که جامع، علت حکم در اصل میباشد و یا آنکه علت حکم امر سومی است که با جامع ملازمه دارد.

ب- تردید

تردید بوسیلهٔ دو عمل دماغی زیر انجام میشود:

۱- تحلیل اصل برای دانستن تمام اوصاف موجودهٔ در آن.

۲- مقابله هر یک از اوصاف مزبور با حکم موجود در قضایای دیگر.

در نتیجه مقابلهٔ اوصاف، چنانکه هیچیک از آنها موجب وجود حکم مزبور در قضایای معلوم دیگر نشوند مگر یکی از آنها، محقق میگردد که آن وصف علت وجود حکم در اصل است و در صورتی که آن وصف در فرع نیز یافت شود باید حکم اصل را بر آن جاری نمود.

در تمثیل بعکس آنچه در قیاس و استقراء است، قاعدهٔ کلی بدست نمیآید و دائرهٔ اعمال تمثیل در موضوع خاصی میباشد زیرا بوسیلهٔ آن فقط میتوان حکم قضیه جزئی معلوم را نسبت بقضیهٔ جزئی دیگری که حکم آن مجهول است جاری ساخت بدون آنکه قاعدهٔ کلی بدست آورد. تمثیل بوحدت ملاک و تنقیح مناط نیز نامیده میشود، چنانکه

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۴

تحت عنوان. (تبصره- عیب در اجرت المسمی) در صفحه «۴۷» این کتاب گفته شده که از نظر وحدت ملاک، احکام عیب در عین مستأجره بر اجرت المسمای معیوب در صورتی که عین خارجی باشد جاری میگردد.

۶- روح قانون

روح قانون، قواعد و اصول کلی است که پایه و اساس قوانین موضوعهٔ کشوری قرار میگیرد و قوه مقننه در مقام وضع قوانین رعایت آن را لازم میشمارد. روح قانون بوسیله مطالعه در قوانین موضوعه کشوری و روشی که مقننین در وضع قوانین از آن پیروی کرده‌اند بدست می‌آید. با مطالعه دقیق در مجموع مواد قانون مدنی ایران و توجه بقانون اساسی که پیروی از مذهب جعفری را در وضع قوانین لازم دانسته است، میتوان بطور قطع و یقین بر آن بود که اصول و قواعد مبنائی حقوق مذهب جعفری، راهنمای حقوق مدنی ایران قرار گرفته است و قسمتهائی که از حقوق اروپائی اقتباس گردیده مانند عقود و تعهدات، نیز پس از انطباق آن با قواعد و اصول حقوق جعفری پذیرفته شده است. بنابراین بدستور ذیل ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی: در صورتی که قوانین کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد و یا اصلًا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاههای دادگستری باید موافق با قواعد و اصول مبنائی که حقوق مدنی بر آن استوار است قضیه را حل و فصل نمایند.

۷- عرف و عادت مسلم-

ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی تصریح مینماید که چنانچه قانون کامل یا صریح نبوده و یا اصلًا در قضیه مطروحه قانونی وجود نداشته باشد دادگاهها باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه کشوری و عرف و عادت مسلم آن قضیه را حل و فصل نمایند. منظور از عرف و عادت مسلم مذکور در ماده، عرف و عادتی است که در نتیجهٔ تکرار، افراد بآن انس شدید گرفته‌اند و عمل بر خلاف آن چندان منکر جلوه میدهد که احساسات افراد را سخت تحریک می‌نماید. اینگونه عرف و عادت در ایران منشأ مذهبی دارد چنانکه جامعهٔ مسلمانان ایران با سوابق چهارده قرن حکومت مذهبی و نظارت شدیدی که از طرف مسلمانان بر افعال یکدیگر اعمال میشده است،

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۵

عاداتی که روحیه افراد بآن خو گرفته است، همان دستورات مذهب اسلام میباشد. و در جامعهٔ مذاهب دیگر مانند مسیحی، یهودی و زردشتی عرف و عادات مسلمه مذهبی آنان است و بدین جهت قانون اجازهٔ رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب «۳۱» تیر ماه «۱۳۱۲» مقرر میدارد که نسبت باحوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان برسمیت شناخته شده، محاکم باید قواعد و عادات مسلمه متداولهٔ در مذهب آنان را، جز در مواردی که مقررات قانون راجع بانتظامات عمومی باشد، بدستور، قانون مزبور رعایت نماید.

۸- اصول عملیه-

اشاره

اصول عملیه، قواعد عقلی میباشند که فقهاء برای استنباط احکام شرعیه بکار میبرند و آنها عبارتند از: برائت، استصحاب، احتیاط و تخییر که میتوان بعضی از آنها را در استنباط احکام از مواد قانونی مورد استفاده قرار داد. اصول عملیه در مواردی جاری میگردد که حکم قانونی مجهول باشد و دلیلی یافت نشود تا بتوان آن را دانست.

۱- اصل برائت-

اشاره

و آن حکم بنبودن تکلیف است در موردی که تردید در وجود حکم بشود، خواه موجب تردید اجمال دلیل و یا تعارض دو دلیل با یکدیگر باشد. منشأ تردید در حکم گاه اشتباه در موضوع حکم است که آن را شبهۀ موضوعیه گویند و گاه دیگر اشتباه مستقیماً در حکم میباشد که آن را شبهۀ حکمیه نامند.

الف- شبهه موضوعیه-

و آن در موردیست که بجهتی از جهات تردید شود که امر معین از افراد فلان موضوع قضیه حقوقی است و در نتیجه مشمول حکم آن میباشد یا آنکه از مصادیق آن موضوع نیست. در مورد مزبور بوسیلۀ اصل برائت، حکم میشود که نسبت بآن امر هیچ‌گونه تکلیفی نیست.

اصل برائت در شبهۀ موضوعی را قانون ایران حجت دانسته است، چنانکه مادۀ «۳۵۶» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید: «اصل برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند و الا مطابق این اصل، حکم ببرائت مدعی علیه خواهد شد».

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۶

بنابراین چنانچه در دادگاه خواهان مطالبۀ مال یا حقی از خوانده بنماید و ادله‌ای بر حقانیت خود ابراز دارد که دادرس را بتردید اندازد که خوانده مدیون خواهان میباشد، مادام که مدیونیت خوانده ثابت نگردد اصل برائت جاری میشود و خواهان در خواسته خود محکوم بعدم ثبوت دعوی میگردد. و از موارد شبهۀ موضوعیه، شک در شرطیت، مانعیت، سببیت، جزئیت و امثال آن میباشد.

مثال- چنانکه امانت‌فروشی بمیرد و وارثش آنچه از اموال که میدانسته امانت است بصاحبانش رد نماید و در بعضی اموال دیگر تردید کند که از ما ترک مورث است و یا امانت، میباشد، و ارث با نبودن دلیل بر امانت بودن آنها اصل برائت جاری مینماید. اجرای اصل برائت در شبهه موضوعیه فقط میتواند رفع تکلیف از فرد بنماید و تأثیر در حکم وضعی ندارد، بنابراین در مثال بالا هرگاه معلوم شود مالی که وارث تصرف کرده نزد مورث امانت بوده، وارث باید آن را رد کند و چنانچه تلف شده باشد ضامن بدل از مثل و قیمت میباشد.

ب- شبه حکمیه

اشاره

و آن در موردیست که بجهتی از جهات تردید شود که فلان موضوع کلی، مورد حکم (اثباتا یا نفیا) قرار گرفته است یا آنکه حکمی در قانون ندارد، مانند آنکه تردید شود که انجام فلان عمل لازم است یا لازم نیست که آن را شبهه حکمیه وجوبیه گویند و یا تردید شود که ترک فلان عمل لازم است یا لازم نیست که آن را شبهۀ حکمیه تحریمیه نامند. در مورد مزبور بوسیله اصل برائت، حکم میشود که موضوع مزبور دارای حکمی نیست.

چنانکه در تعریف اصل برائت گفته شد، موجب تردید ممکن است اجمال ماده باشد و ممکن است تعارض دو دلیل باشد.

الف- اجمال ماده

در موردی که ماده قانون مجمل است و مکلف جاهل بحکم میباشد، ناچار باید بر آن بود که پس از تجسس و تفحص از دلیلی که رفع ابهام نماید و یأس از یافتن آن، میتوان اصل برائت را جاری ساخت، یعنی باید در محلهائی که ممکن

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۷

است حکم را یافت جستجو نمود و چنانچه از یافتن آن مأیوس گردید عمل باصل مزبور کرد. بنابراین با تردید در وجود تکلیف، چنانچه جستجو برای بدست آوردن آن نشود و یا در محلی که ممکن است حکم قضیه یافت گردد تفتیش بعمل نیاید، نمیتوان اصل برائت را جاری ساخت و از تکلیف سرپیچی کرد، بلکه کسی که گرفتار شبهه حکمیه شده است باید در مجموعه‌هائی که احتمال وجود دلیلی میرود که بکمک آن میتواند رفع اجمال از ماده نماید و وضعیت خود را روشن کند جستجو بنماید و الا افراد نمیتوانند بعنوان جهل بحکم از خود رفع مسئولیت قانونی کنند.

ب- تعارض دو دلیل

در موردی که دو دلیل با یکدیگر تعارض نمایند، یعنی نتوان بهر دو عمل نمود و بین آن دو عام و خاص یا مطلق و مقید نباشد، ناچار باید از آن دو دست کشید، زیرا با نبودن هیچ ترجیحی در یکی از دو دلیل نمیتوان هیچیک از آن دو را بر دیگری مقدم داشت و همچنین نمیتوان قائل بتخییر شد یعنی باختیار مکلف واگذار نمود که بهر یک که مایل باشد عمل کند، زیرا ناچار یکی از دو دلیل بر خلاف حقیقت است. در این صورت مانند آنست که قانونی در قضیه مطروحه وجود ندارد، لذا بدستور ذیل ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی باید بوسیلهٔ روح قوانین موضوعه کشوری قضیه را حل و فصل نمود، یعنی از قواعد عقلی کمک خواست. در مورد مزبور ممکن است در اثر نبودن قاعده و یا اصل دیگری اصل برائت را جاری کرد.

در صورتی که موجب تردید در حکم احتمال وجود دلیل باشد اگر چه در عمل ناچار پس از تجسس و یأس از یافتن دلیل، باید باصل برائت عمل نمود و بر آن شد که تکلیفی نیست زیرا با فرا رسیدن موقع عمل و نبودن دلیلی بر تکلیف نمیتوان عقلا او را مورد ملامت قرار داد. ولی نباید از نظر دور داشت که با وسائل موجود برای انتشار قوانین و طبع آن در مجمله رسمی و همچنین وجود مجموعه‌هائی که قوانین در آنها جمع‌آوری شده است و وحدت منشأ صدور آن قوانین که قوه مقننه باشد، چنانچه در واقع حکم قانونی موجود بوده و شخص مکلف بر خلاف آن عمل کرده است، شخص

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۸

مکلف مسئول میباشد زیرا جهل بحکم رفع مسئولیت نمینماید.

۲- استصحاب

اشاره

استصحاب در اصطلاح اصولیین عبارت از حکم ببقاء چیزیست که وجود فعلی آن مشکوک میباشد و حال آنکه وجودش در سابق محقق بوده است.

عقل ساده و منطق اجتماع استصحاب را حجت میداند و حیوانات از روی غریزه طبیعی از آن پیروی مینمایند، بنابراین احتیاج به هیچ‌گونه دلیلی برای اثبات حجیت آن نخواهد بود، مثلا پرنده‌ای که در میان شاخه‌های انبوه درختان جنگل آشیانه دارد، جوجه‌های خود را در آشیانه میگذارد و بجستجوی غذا میرود و پس از ساعتی چند غذائی بدست می‌آورد و با احتمال بآنکه ممکن است بچه‌گانش دچار پنجه عقاب شده و یا حیوانات دیگر آشیانه‌اش را ویران کرده باشند، غذا را بمنقار گرفته هراسان بآشیانهٔ خود برمی‌گردد. همچنین در زندگانی اجتماعی بسیار دیده شده مسافری که چندین سال از شهر خود دور بوده و هیچ‌گونه اطلاعی از

وضعیت آن شهر ندارد و احتمال میدهد که تغییراتی داده شده باشد و دوستان قدیمی‌اش خانه خود را ترک گفته و یا مرده‌اند پس از رسیدن بآن شهر بمحلهائی که دوستانش در آنجا سکونت داشته‌اند میرود تا آنها را بیابد.

مورد استصحاب که آن را مستصحب (بفتح حاء) گویند ممکن است امر وجودی و ممکن است امر عدمی باشد.

مورد استصحاب ممکن است حکم باشد و ممکن است موضوع حکم قرار گیرد.

الف- استصحاب حکمی

و آن در موردی است که حکمی برای موضوعی محقق بوده و اکنون تردید در بقاء حکم سابق برای همان موضوع بشود، مثلا ماده «۸۰۳» ق. م. بواهب اجازه میدهد که با بقاء عین موهوبه از آن رجوع کند، ولی ماده‌ای در قانون یافت نمیشود که تکلیف امر را در مورد تلف بعض عین موهوبه معین نماید، بدین جهت تردید میشود که در صورت تلف بعض عین موهوبه آیا نسبت به بقیه حق رجوع واهب باقی است یا آنکه ساقط شده است؟ جواز رجوع سابق استصحاب میشود و باید بر آن بود که در مورد تلف بعض، واهب میتواند نسبت بباقی مانده از هبه رجوع

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۳۹

کند. مثال دیگر- در صورتی که بایع مغبون باشد و مبیع بجهتی از جهات نزد مشتری تلف گردد، تردید میشود که آیا حق خیار بایع ساقط شده است یا آنکه باقی است و پس از فسخ، مشتری باید بدل مبیع را از مثل یا قیمت بدهد. چون ماده‌ای در قانون مدنی حکم این امر را بیان نمینماید، میتوان از استصحاب کمک خواست و گفت که قبل از تلف بایع حق فسخ داشته است و چون مبیع تلف گردیده حکم سابق استصحاب میشود و ببایع حق میدهد که بیع را فسخ و بدل مبیع را مطالبه نماید. صحت استصحاب حکمی را ماده «۲۸۶» ق. م. تأیید مینماید که میگوید: «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت بجای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده میشود».

ب- استصحاب موضوعی

استصحاب موضوعی در موردی است که تردید در حکم، باعتبار تردید در بقاء موضوع باشد بدین معنی که چنانچه بقاء موضوع محقق میبود تردید در حکم نمیشد، مثلا در موردی که کسی در شهری بوده که پس از بمباران شدید بدست دشمن افتاده است و تردید شود که شخص مزبور کشته شده و یا نمیتواند در اثر اسارت یا مقطوع بودن روابط شهر مزبور با خارج، بشهر خود بیاید یا خبری بدهد، حیات سابق او استصحاب میشود تا آنکه طبق ماده «۱۰۱۹» ق. م. از آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتا چنین شخصی زنده نمیماند و حکم موت فرضی او صادر گردد.

در مثال مزبور فوت یا حیات فرد مستقیما مورد نظر قانونی قرار نمیگیرد بلکه باعتبار احکام مترتبه بر آن از قبیل ارث، زوجیت، و امثال آن میباشد که حیات فرد مورد استصحاب قرار میگیرد و حکم ببقاء آن میشود.

شرائط استصحاب- استصحاب زمانی صحیح است که دارای شرائط زیر باشد:

1- یقین بوجود سابق مورد استصحاب

شرط اساسی صحت استصحاب یقین بوجود سابق چیزیست که مورد استصحاب قرار میگیرد و الا- هرگاه وجود سابق امری مورد تردید باشد از استصحاب آن غیر از تردید چیز دیگری حاصل نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴۰

2- تردید در بقاء مورد استصحاب در زمان لاحق

اشاره

منشأ تردید در بقاء مورد استصحاب ممکن است یکی از امور سه گانه قرار گیرد:

الف- تردید در استعداد مقتضی.

ب- تردید در پیدایش رافع.

ج- تردید در رافعیت امر موجود.

الف- تردید در استعداد مقتضی

ممکن است تردید در بقاء مورد استصحاب در زمان لاحق در اثر آن باشد که استعداد بقاء مورد استصحاب، مورد تردید میباشد یعنی معلوم نیست که مورد استصحاب استعداد آن را دارد که در زمان لاحق باقی بماند یا آنکه چنین استعدادی را ندارد و بخودی خود معدوم شده است. بعضی از اصولیین استصحاب را در مورد مزبور حجت نمیدانند و اقتضاء بقاء مستصحب را در زمان لاحق شرط اساسی استصحاب میشمارند و بر آنند که از نظر تحلیل عقلی چنانچه تردید در اقتضاء بقاء مستصحب باشد استصحاب جاری نمیشود.

ب- تردید در پیدایش رافع

و آن در صورتیست که استعداد بقاء مستصحب در زمان لاحق محقق است ولی بجهتی از جهات تردید میشود که آیا امری حادث شده است تا مستصحب را از بین ببرد یا آنکه چنین امری بوجود نیامده است؟ بوسیلهٔ استصحاب حکم ببقاء آن میشود. این امر را ماده «۱۰۱۹» ق. م. تأیید مینماید. ماده «۱۰۱۹» ق. م.

«حکم موت فرضی غائب در موردی صادر میشود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده مدتی گذشته باشد که عادهٔ چنین شخصی زنده نمیماند» یعنی با یقین بحیات سابق کسی، چنانچه بجهتی از جهات تردید شود که امر غیر طبیعی موجب هلاکت او شده یا چنین حادثه پیش نیامده است؟ حیات سابق شخصی مزبور استصحاب میشود و حکم بوجود او میگردد تا امری از خارج تردید را بر طرف بنماید.

ج- تردید در رافعیت موجود

و آن در موردیست که استعداد بقاء موضوع استصحاب محقق میباشد و پیدایش امری نیز محرز است ولی تردید میشود در آنکه

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴۱

امر مزبور موجب زوال متیقن سابق میباشد یا اثری در آن نداشته است مانند شق «۳» ماده «۱۰۲۰» ق. م. که میگوید: «... وقتی که یک نفر حین سفر بحری در کشتی بوده که آن کشتی در آن مسافرت تلف شده است و سه سال تمام از تاریخ تلف شدن کشتی گذشته باشد بدون اینکه از آن مسافر خبری برسد» در مورد بالا استعداد بقاء مسافر مسلم است ولی چون کشتی که در آن مسافر بوده تلف شده است تردید میشود که آیا تلف مزبور موجب تلف مسافر معین شده یا نشده است؟ حیات او استصحاب میگردد، و طبق ماده «۱۰۲۰» ق. م. پس از انقضاء سه سال استصحاب قطع شده و فرض فوت او میشود زیرا ظاهر آنست که چنانچه شخص مزبور در قید حیات میبود از حال خود خبر میداد.

موضوع استصحاب ممکن است امر وجودی و ممکن است امر عدمی باشد.

الف- مورد استصحاب امر وجودی میباشد

یعنی امری که در بقاء آن تردید میشود قبلا موجود بوده و بجهتی از جهات تردید میشود که شیئی مزبور هنوز باقی است یا معدوم شده است مثلا چنانکه تردید میشود که پس از تحقق عقد ضمان و حواله، رهن و ضامن تضامنی که از متفرعات دین اصلی بوده باقی میماند و یا در اثر انتقال دین ساقط میگردد، بوسیله استصحاب حکم ببقاء آن دو میشود، زیرا قبل از ضمان و حواله (انتقال دین از ذمه مدیون اصلی بذمه مدیون جدید)، ضمان تضامنی و رهن موجود بوده و پس از تحقق ضمان و حواله تردید در بقاء (ضمان تضامنی و رهن) میشود و بقاء آن استصحاب می گردد.

قانون آئین دادرسی مدنی در ماده «۳۵۷» استصحاب وجودی را در مورد دین تأیید مینماید و میگوید: «در صورتی که حق یا دینی بر عهدهٔ کسی ثابت شد اصل بقاء آن است مگر اینکه خلافش ثابت شود». ماده اگر چه در مورد استصحاب دین میباشد ولی دین خصوصیتی را در بر ندارد که استصحاب فقط در مورد آن حجت باشد بلکه از نظر استنتاج قاعده کلی استصحاب، و یا وحدت ملاک در هر موردی که شرائط استصحاب موجود باشد میتوان استصحاب را جاری نمود.

ب- مورد استصحاب امر عدمی باشد

یعنی در سابق شیئی معدوم بوده و بجهتی از

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴۲

از جهات تردید شود که آن شیئی پیدایش یافته یا هنوز معدوم است، عدم آن شیئی استصحاب میشود یعنی بحکم استصحاب آن شیئی معدوم شناخته میشود.

مثال- چنانکه اعسار و عدم قدرت مدیون بر تأدیه محکوم به در دادگاه ثابت گردد، در صورت تردید در رفع اعسار، مادام که ملائت او محرز نشود اعسارش استصحاب میگردد

تبصره ۱ اصل عدم

نتیجهٔ اصل عدم با استصحاب عدمی یکسان است، زیرا نتیجهٔ هر دو، حکم بعدم شیئی معین میباشد، با این فرق که در اجرای اصل عدم، توجه بحالت سابقهٔ شیئی نمیشود و در استصحاب عدمی، حکم بعدم شیئی، مبتنی بر عدم سابق او است دلیل بر حجیت اصل عدم، منطق ساده عقل است که برای اثبات وجود هر امری دلیلی میخواهد و چنانچه دلیل مثبتی بر وجود آن یافت نشود حکم بعدم شیئی مزبور میکند تا آنکه وجودش محقق شود.

ماده «۳۵۹» ق. م. که میگوید: «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفا مشکوک باشد آن شیئی داخل در مبیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شده باشد» از مصادیق جریان قاعدهٔ اصل عدم است. ممکن است نتیجه مزبور بوسیله استصحاب عدمی نیز حاصل گردد، بدین نحو که تردید شود شیئی که در ملکیت مشتری قبل از عقد بیع نبوده است آیا پس از عقد داخل در ملکیت او شده یا خارج است، عدم سابق استصحاب میگردد، همچنانکه ممکن است نتیجه مزبور بوسیله استصحاب وجودی بدست آید، بدین نحو که پس از عقد تردید شود شیئی معین که قبل از عقد در ملکیت بایع بوده، در اثر عقد از ملکیت بایع خارج شده یا هنوز در ملکیت او باقی است؟ بوسیله استصحاب حکم به بقاء آن در ملکیت بایع میگردد.

تبصره ۲- اصل تأخر حادث

اصل تأخر حادث از نظر تحلیلی نوعی از استصحاب عدمی است باین معنی که عدم شیئی معین استصحاب میشود تا زمانی که عدم آن شیئی مورد

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴۳

حکم قانونی قرار میگیرد و آن در صورتی فرض میشود که حدوث دو امر در خارج محقق باشد ولی تاریخ تقدم و تأخر حدوث یکی بر دیگری مجهول میباشد قانون مدنی اصل مزبور را در ماده «۸۷۴» خود در حل مسأله ارث دو نفر از یکدیگر مورد عمل قرار داده است. ماده «۸۷۴» ق. م.: «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث میبرد» مثلا پدر و پسر در دسته‌ای از نظامیان در جبهۀ واحدی در مقابل دشمن میجنگیدند. هر دوی آنان در اواسط فرودین زخمی شدند و دشمن بر سر آنها ریخت، پدر بجبهۀ خود فرار نمود و پسر اسیر دشمن شد پدر پس از چندی مداوا در اول اردیبهشت ماه همان سال فوت کرد و از پسر اطلاعی در دست نبود تا آنکه خبر رسید در اسارت مرده است. چون آنان از یکدیگر ارث میبرند دانستن تاریخ فوت پسر لازم است و چنانچه دلیلی بر تاریخ فوت او بدست نیاید بوسیلۀ اصل تأخر حادث قضیه مطروحه فیصل داده میشود، بدین ترتیب که گفته میشود پسر سابقا در قید حیات بوده است و سپس تردید میشود که در زمان فوت پدر (اول اردیبهشت همان سال) پسر فوت نموده بوده و یا هنوز در قید حیات بوده، چون دلیلی بر فوت پسر در آن تاریخ در دست نیست حیات او استصحاب میشود تا پس از تاریخ فوت پدر، در نتیجه این امر ثابت میگردد که پسر پس از فوت پدر در قید حیات بوده و از پدر ارث میبرد.

در صورتی که تاریخ حدوث هیچ‌یك از دو امر معلوم نباشد، اصل تأخر حادث در هر یك با اصل تأخر حادث در دیگری معارضه مینماید و هر دو ساقط میگردند، مثلا هرگاه پس از تحقق هبه، واهب از هبه رجوع کند و درخواست استرداد مال موهوب را بنماید و متهب مدعی گردد که قبل از رجوع، تغییری در عین موهوبه حاصل شده و طبق شق ۴ ماده «۸۰۳» ق. م. واهب حق رجوع نخواهد داشت. و واهب مدعی شود که تغییر پس از رجوع حاصل شده است. چون تاریخ رجوع و تغییر، هر دو مجهول است و هیچ‌یك از واهب و متهب نمیتواند تقدم تاریخ رجوع و یا تقدم تاریخ تغییر را ثابت کند،

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴۴

دادرس خواهان را محکوم به بی‌حقی مینمایند.

از نظر تحلیلی با نبودن دلیلی بر تقدم و تأخر یکی از رجوع و تغییر بر دیگری.

باصول عقلی مراجعه میشود و آن اصل تأخر حادث است که جریان آن در هر یك از دو امر، معارض با جریان آن در دیگری میباشد و در نتیجه هر دو ساقط میشوند و هبه بحال خود باقی میماند.

تبصره ۳ تعارض دو استصحاب

اشاره

دو استصحاب چنانچه با یکدیگر تعارض نمایند و هیچ‌یك از آن دو را اصل دیگری تائید نکند هر دو ساقط میگردند، زیرا با تساوی قوۀ آن دو، برتری دادن یکی بر دیگری ترجیح بلا مرجح است.

مثلًا چنانکه پدر و پسری در جبهه جنك کشته شوند برای آنکه معلوم گردد کدام یك از دیگری ارث برده، باید دانسته شود که در زمان حیات کدام یك، دیگری فوت نموده است و چون تاریخ فوت هیچ‌یك معلوم نیست بوسیله استصحاب قضیه مطروحه فیصل داده میشود، بدین ترتیب که حیات پدر استصحاب میشود تا زمان فوت پسر (هرگاه استصحاب معارضی نبود گفته میشد که پدر از پسر ارث میبرد) و از طرف دیگر حیات پسر استصحاب میشود تا زمان فوت پدر (هرگاه استصحاب معارضی نبود گفته میشد که

پسـر از پـدر ارث میبرد) ولی آن دو استصـحاب با یکـدیگر معارضه مینماینـد و هر دو ساقط میگردنـد و چون امر دیگری که بتواند تقدیم یکی را بر دیگری محرز دارد موجود نیست، گفته میشود که هیچ‌یک از پدر و پسر از دیگری ارث نمیبرد. این است که مادهٔ «۸۷۳» ق. م. میگوید: «اگر تاریخ فوت اشخاصـی که از یکدیگر ارث میبرند مجهول و تقدیم و تأخر هیچ‌یک معلوم نباشد اشـخاص مزبور از یکدیگر ارث نمیبرند ...»

و طبق ماده «۱۰۲۴» ق. م. فرض میشود که هر دو در آن واحد مرده‌اند.

آنچـه گفته شـد در صـورتیست که دو استصـحاب متعـارض در ارزش حقـوقی یکسـان باشـند و الاـ هر کـاه یکی از آن دو سـببی و دیگری مسببی باشد، استصحاب سببی بر استصحاب

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴۵

مسببی مقدم خواهد بود، زیرا با اجراء استصحاب سببی موردی برای اجراء استصحاب مسببی باقی نخواهد ماند.

مثلًا کسـی بعنوان وکالت خانـهٔ موکل خود را میفروشـد، خریدار پس از معامله باسـتناد اوراقی چند که بدادگاه تقدیم میدارد مدعی میشود بآنکه وکیل قبل از انجام معامله از وکالت معزول شده و این امر هم باطلاع او رسـیده است و در نتیجه، اعلام بطلان معامله را از دادگاه میخواهد دادرس پس از رسیدگی با تردیدی که در عزل وکیل پیدا نموده چون اسناد ابرازی خواهان را مثبت عزل وکیل ندیده او را بعدم اثبات دعوی محکوم مینماید.

عدم ثبوت دعوی خواهان از نظر تحلیلی چنانکه در زیر دیده میشود مبنی بر جریان دو استصـحاب سـببی و مسـببی میباشد که در اثر تعارض آن دو با یکدیگر، استصحاب سببی مقدم داشته شده است:

1- استصحاب مسببی-

موضوع دعوی خواهان، بطلان بیع خانه‌ای میباشـد که بوسـیله وکیل فروخته شـده است. در مقام تردیـد در بطلان بیع، مالکیت سابق موکل استصحاب میشود و نتیجه آن بطلان بیع خواهد بود.

2- استصحاب سببی-

تردید در بطلان بیع، ناشی از تردید در عزل وکیل است و الا چنانچه وکیل عزل نشده باشد تردیدی در صحت بیع نمیشود. در مورد تردیـد در عزل وکیل، وکالت سابق استصـحاب میگردد و نتیجـهٔ آن صـحت بیع خواهد بود. در فرض بالا دو استصـحاب با یکدیگر تعارض دارنـد زیرا نتیجـهٔ یکی صـحت بیع و نتیجـهٔ دیگری بطلان آنست، ولی چون تردیـد در صـحت بیع ناشـی از تردیـد در عزل وکیل است و با استصحاب بقاء وکالت، موردی برای استصحاب مالکیت موکل نسبت بخانه باقی نمیماند، این است که گفته میشود در تعارض استصحاب سببی و مسببی، استصحاب سببی مقدم خواهد بود.

تبصره ۴ اماره-

اشاره

چنانکه ماده «۱۳۲۱» ق. م. میگویـد: «امـاره عبارت است از اوضاع و احوالی که بحکم قانون یا در نظر قاضـی دلیل بر امری شـناخته میشود».

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴۶

اماره بر دو قسم است: اماره قانونی، اماره قضائی.

۱- اماره قانونی-

چنانکه ماده «۱۳۲۲» ق. م. میگوید: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکوره در این قانون از قبیل مواد «۳۵» و «۱۰۹» و «۱۱۰» و «۱۱۵۸» و «۱۱۵۹» و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».

۲- اماره قضائی-

چنانکه ماده «۱۳۲۴» ق. م. میگوید: «اماراتی که بنظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی بشهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادلهٔ دیگری را تکمیل کند».

امارات قضائی در مقام دادرسی برای تشخیص مورد بکار میرود و از موضوع بحث این مقدمه که روش استنباط احکام از مواد است خارج میباشد.

امارات قانونی کاشف از واقع هستند و در ردیف ادله مثبته بشمار میروند، مثلا بموجب مادهٔ «۳۵» ق. م. که میگوید: «تصرف بعنوان مالکیت دلیل بر مالکیت است.»

تصرف در شیئی بخودی خود دلیل بر مالکیت واقعی متصرف نسبت بآن شیئی میباشد.

بنابراین در موردی که تعارض بین اماره و استصحاب پیدا شود اماره بر استصحاب مقدم خواهد بود، زیرا با بودن دلیلی که موجب یقین یا ظن بر وجود امری میگردد موردی برای جریان استصحاب باقی نمیماند و استصحاب در مقام تردید جاری میشود.

در شرح ماده «۳۵» در جلد اول گذشت که چنانچه خواهان بوسیلهٔ وقف نامه‌ای دعوی تولیت نسبت بباغی بنماید که در تصرف دیگری است و وقفیت سابق آن را ثابت نماید و خوانده باستناد ماده «۳۵» ق. م. تصرف را دلیل بر مالکیت خود بداند، باستناد مادهٔ مزبور حکم بعدم اثبات دعوی خواهان صادر میشود.

۳- احتیاط-

آنچه در اجراء اصل برائت گفته شد عقیده دانشمندان اصولی میباشد که به آنان مجتهد گویند و عقیده دانشمندان اخباری در مواردی که حکم بجهتی مشکوک باشد عمل باحتیاط است یعنی مکلف باید روشی را پیش گیرد که بوسیله آن

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۴۷

تا آنجائی که امکان‌پذیر است رعایت نظر مقنن را بنماید.

۴- تخییر-

تخییر و آن آزاد گذاردن مکلف در انجام و عدم انجام عملیست که حکم آن مورد تردید میباشد. تخییر در صورتیست که تردید بین دو حکم متضاد بشود مانند موردی که مکلف بجهتی از جهات تردید نماید که انجام امر معین واجب است و یا آنکه ارتکاب آن حرام میباشد. در این صورت مکلف میتواند عمل مورد تردید را انجام دهد و یا آنکه ترک بنماید.

در مورد تعارض دو دلیل که باید طبق روح و مفاد قوانین کشوری عمل نمود، عده‌ای از اصولیین بر آنند که باید مکلف را آزاد گذارد تا بهر یک میخواهد عمل کند. عدهٔ دیگر بر آنند که تعارض بین دو دلیل موجب سقوط آن دو میگردد و باید باصول عقلی عمل نمود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱

[سخن مؤلف]

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

و به نستعین الحمد لله رب العالمین و الصلاهٔ علی محمد و آله اجمعین

هنگـامی که نوشـتن جلـد اول حقوق مـدنی باتمام رسـید، دومین ماه پائیز سال هزار و سـیصد و سـی و دو نیز پایان یافته بود، من در لوزان بودم و در آن سال بر حسب تصادف بی‌موقع برف آمد و هوا سـرد شد، ناچار بعلت کسالت اعصاب دست که طاقت سـرما را نـداشت بعراق آمـده و در کوفه کنـار فرات منزلی اختیـار کردم و چون تصـمیم داشـتم مـدتی در آنجـا بمانم بر آن شـدم که از ایام فراغت حـد اکثر اسـتفاده را نموده جلـد دوم حقوقی مـدنی را بنویسم. موضوعاتی که در جلـد دوم بحث شده در دانشـکده تدریس ننموده بودم و یادداشـتهائی نیز در دست نداشـتم لـذا با مراجعه بچنـد کتاب فقهی که در دست رسم بود، تألیف جلـد دوم را شـروع نموده و تمامی اوقات خود را مصـروف بنوشتن آن کردم تا آنکه خوشبختانه در اواخر فروردین ماه سال ۱۳۳۳ که عازم تهران شدم پایان یافت. در نوشـتن جلد دوم بیش از جلد اول باسـتنباط احکامی پرداختم که مواد قانون مدنی صریحا حکم آن را بیان نمینماید. و همـانطوری که شـیوه نگارنـده است سـعی شـد که مطـالب علمی حقوقی بعبـاراتی ساده بیان گردد تا مبتـدیان علم حقوق بآسانی بتواننـد حکم مسائل را بـدست آورنـد. نکته‌ای که در این جلـد قابل توجه میباشـد روش اسـتنباط احکام فروعات و مسائل مطروحه، بوسـیله بکـار بردن صـنعت علمی اصول از مواد قوانین موضوعه کشوری میباشـد زیرا نگارنـده ببیان احکام مسائل بـدون آنکه نحوهٔ استنباط آن از مواد گفته شود اکتفا ننموده است.

سید حسن امامی ۹ مرداد ماه ۱۳۳۴

حقوق مدنی (امامی)، مقدمه‌ج۲، ص: ۲

[تتمهٔ کتاب دوم در اسباب تملک]

[تتمهٔ قسمت دوم در عقود و معاملات و الزامات]

[تتمهٔ باب سوم در عقود معینه مختلفه]

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

و به نستعین

فصل چهارم در اجاره

۱- تعریف اجاره-

اشاره

اجـاره عبـارت است از تملیـک منفعت بعوض معلوم. اجـارهماننـد بیع از عقود تملیکی معوض میباشـد، با این فرق که مورد بیع عین

است و مورد اجاره منفعت. ممکن است گفته شود اجاره در حقیقت تسلیط مستأجر است بر عین برای انتفاع از آن بعوض معلوم. قانون مدنی در مادهٔ «۴۶۶» میگوید: «اجاره عقدی است که بموجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره میشود». ماده مزبور از معوض بودن اجاره ذکری ننموده است و از این جهت تعریف ناقص میباشد. تملیکی بودن عقد اجاره در صورتیست که مورد آن، منفعت عین خارجی باشد، زیرا در این صورت است که بوسیلهٔ عقد، منفعت بملکیت مستأجر انتقال می‌یابد و الا هرگاه مورد اجاره، منفعت کلی باشد چنانکه کسی از گاراژ بلیط مسافرت تا مشهد را میخرد که روز معین بمشهد مسافرت نماید اجاره عقدی عهدی خواهد بود، زیرا گاراژدار در مقابل مسافر تعهد نموده که منفعت سواری اتومبیل را برای مسافرت یک نفر باو تملیک بنماید و همچنین است هرگاه مورد اجاره عمل باشد، چنانکه کسی نقاشی اطاقی را در مقابل مبلغی بدیگری مقاطعه بدهد در این صورت نقاش تعهد نموده نقاشی یک اطاق را انجام دهد.

اجاره مانند بیع یکی از عقود معینه است و علاوه بر شرایط اساسی برای صحت معامله که قانون مدنی در مادهٔ «۱۹۰» بیان نموده دارای شرایط مختصه است که با اجتماع آنها عقد اجاره محقق میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲

اجاره عقد است و طبق مادهٔ «۱۹۱» ق. م. «عقد محقق میشود بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند». و آن چیز نوعاً لفظ است. الفاظی که در مورد عقود استعمال میشود باید صریح در معنی مقصود باشد. عقد مزبور بوسیله ایجاب از طرف موجر و قبول از طرف مستأجر محقق میشود. از نظر وحدت ملاک بنابر مستنبط از ذیل مادهٔ «۳۳۹» ق. م. که میگوید: «... ممکن است بیع بداد و ستد نیز واقع گردد»، ممکن است اجاره بوسیله دادوستد نیز محقق شود که آن را اجاره معاطاتی گویند.

اجاره عقدی است معوض و دارای دو طرف و دو مورد میباشد که عوضین هستند.

۱- طرفین عقد-

اشاره

طبق ذیل مادهٔ «۴۶۶» ق. م. در اجاره اشیاء و حیوان، اجاره دهنده را موجر و اجاره‌کننده را مستأجر گویند و در اجاره اشخاص چنانکه مادهٔ «۵۱۲» متذکر شده است کسی که منافع خود را اجاره میدهد اجیر و کسی که اجاره میکند مانند اجاره اشیاء و حیوان، مستأجر مینامند.

طرفین عقد باید دارای اهلیت برای معامله یعنی بالغ عاقل و رشید باشند، زیرا اهلیت طبق مادهٔ «۱۹۰» ق. م. شرط اساسی برای صحت هر معامله است. طبق مادهٔ «۲۱۲» ق. م.: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطهٔ عدم اهلیت باطل است.» و محجور نمیتواند در اموال خود تصرفاتی بنماید همچنانی که نمیتواند تعهد کند و عقد اجاره موجب انتقال منفعت و یا تعهد است. سفیه (غیر رشید) اگر چه طبق مادهٔ «۱۲۱۴» معاملات و تصرفات او در اموال خود نافذ نمیباشد ولی میتواند اجیر خاص شود، زیرا منفعت انسان از اموال او بشمار نمیرود و مخصوصاً هرگاه کارگر عادی و معمولی نباشد. بعضی از فقها بر آنند که اجیر شدن بالمآل تصرف مالی است و سفیه ممنوع از آن است.

مفلس و ورشکسته میتواند مستأجر واقع شود همچنانی که میتواند قرض بنماید زیرا مال الاجاره را او بعهده میگیرد و موجر برای مطالبهٔ آن در ردیف غرماء واقع نمیشود تا افلاس و ورشکستگی مانع باشد. و چنانکه در مورد غیر رشید گذشت مفلس و ورشکسته میتواند اجیر شود زیرا منفعت انسان از اموال او نمیباشد و متعلق حق

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳

طلبکاران قرار نگرفته است.

در انعقاد اجاره بوسیلهٔ نمایندهٔ موجر –

همچنانی که عقد اجاره بوسیلهٔ شخص موجر با مستأجر منعقد میگردد ممکن است بوسیله نمایندهٔ او واقع شود- نمایندهٔ خواه قانونی باشد مانند ولی و قیم و خواه قرار دادی مانند وکیل در حدود اختیاراتی که دارد میتواند ملکی را باجاره واگذار نماید و چنانکه از حدود اختیارات خود تجاوز کند اجاره صحیح نخواهد بود، زیرا نمایندگی آنان در حدود اختیاراتی است که از طرف موکل بآنان داده شده است که اینست که مادهٔ «۴۹۹» ق. م. میگوید: «هرگاه متولی با ملاحظه صرفه وقف مال موقوفه را اجاره دهد بفوت او اجاره باطل نمیشود» و در صورتی که متولی صرفه و صلاح موقوفه را از حیث مدت و مقدار مال الاجاره و شرایط دیگر رعایت ننماید عقد اجاره باطل خواهد بود و هر یک از موقوف علیهم یا ناظر یا متولی بعد و همچنین متولی که اجاره داده است میتواند با اثبات این امر از دادگاه اعلام بطلان اجاره را بخواهد. و همچنین است در وکالت هرگاه وکیل در اجاره دادن مال موکل از حدود اختیارات خود تجاوز نماید چنانکه کمتر از اجرت المثل اجاره دهد موکل و وارث او میتواند با اثبات این امر از دادگاه درخواست بطلان اجاره را بنماید. بهمین جهت است که ولی و قیم هرگاه ملک مولی علیه را اجاره دهد اجاره مزبور تا زمان رشد مولی علیه صحیح میباشد و پس از آن فضولی و منوط باجازه او است اگر چه ولی و قیم رعایت غبطه مولی علیه را نیز نموده باشند زیرا اختیارات قانونی ولی و قیم فقط تا زمان رشد مولی علیه ادامه دارد، مورد مزبور را نمیتوان با متولی قیاس نموده زیرا در مورد ولایت و قیمومت مقام نمایندگی قانونی در اثر رشد زایل میگردد بخلاف مقام تولیت که تابع وجود موقوفه است و متولی در اثر فوت تغییر مینماید و تولیت متولی بعدی ادامه تولیت متولی قبلی است همچنانکه ممکن است قیم در مدت محجوریت تغییر کند. بعضی از فقها گفته‌اند که اجاره قیم و متولی نسبت بمدت پس از زمان رشد نیز صحیح است، زیرا محجور، مالک تمامی منافع عین مستأجره است و ولی و قیم نمایندهٔ قانونی او میباشند و اجاره هم از طرف نمایندهٔ که صلاحیت در انعقاد آن را داشته واقع شده است. استدلال مزبور عین مدعا است، بلی هرگاه مصلحتی که مراعات

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴

آن از طرف ولی و قیم لازم میباشد اقتضاء نماید که ملک محجور را برای بیش از مدت حجر باجاره واگذار نماید، و آن را برای مدتی که منتهی برشد او میشود اجاره نمیکنند و هرگاه ولی یا قیم آن را اجاره ندهد موجب تضرر محجور میگردد، اجاره مزبور برای مدت پس از رشد صحیح میباشد، زیرا اجارهٔ مدتی که قانوناً ولی و قیم نمایندگی دارند منوط باجاره مدتی پس از رشد میباشد.

۲– عوضین یا دو مورد عقد–

اشاره

عقد اجاره مانند بیع، معوض و دارای دو مورد است که یکی مورد اجاره و دیگری عوض منافع میباشد:

اول– مورد اجاره–

مورد اجاره که موضوع عقد قرار میگیرد بر دو قسم است:

الف– منفعت–

چنانکه کسی خانه خود را برای شش ماه بدیگری اجاره دهد و یا اتومبیل سواری چهار نفری برای مسافرت بقم کرایه نماید و چون منفعت در وجود تابع عین میباشد، مالی که منفعت آن مورد اجاره قرار میگیرد چنانکه در ذیل مادهٔ «۴۶۶» ق. م. تصریح شده است اصطلاحاً عین مستأجره گفته میشود.
منفعت عبارت از وضعیتی است که در عین مال نهفته است و میتواند باین اعتبار، مورد عقد و انتقال قرار گیرد. منافع تدریجی الحصول میباشد و آنات آنگاه، پیدایش یافته و بلافاصله معدوم میشود چنانکه پیدایش آنات بعد مترتب بر نیستی آنات قبل است و اثری از خود باقی نمیگذارد مانند سکونت خانه، سواری اسب و گاه دیگر آن آنات متراکم شده مجسم میگردد و در خارج بصورت عین ظاهر میشود مانند میوهٔ درخت در اجاره باغ و یا صورت بنا در اجاره اجیر و کارگر.

ب- عمل-

چنانکه کسی ساختمان خانهٔ را طبق نقشه ترسیمی بدیگری مقاطعه دهد خواه مباشرت اجیر را قید یا شرط کند و یا مطلق گذارد. در مورد مزبور اجاره عقدی است عهدی و اجیر تعهد مینماید که عمل معین را برای مستأجر انجام دهد.

شرایط و احکام مورد اجاره:

۱- انتفاع از عین مستأجره با بقاء اصل آن ممکن باشد-

طبق مادهٔ «۴۷۱»

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵
ق. م. «برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقاء اصل آن ممکن باشد» یعنی مالی که منفعت آن مورد اجاره قرار میگیرد باید از اشیائی باشد که در اثر انتفاع از آن عین مال معدوم نگردد و هرگاه در اثر انتفاع از آن، عین مال نیست شود مانند شیرینی و میوه و امثال آن که انتفاع از آن منجر بنابودی میشود، نمیتواند مورد اجاره قرار گیرد. امر مزبور شرط صحت برای تمامی عقودیست که منفعت از عین تفکیک شده و مستقلا مورد عقد قرار میگیرد مانند حق انتفاع و وقف و عاریه ولی ممکن است بعض اشیائی که با انتفاع از آن عین مال معدوم میگردد دارای منفعت نادری باشد که انتفاع از آن منفعت موجب انعدام عین مال نشود در این صورت اجارهٔ آن منفعت صحیح خواهد بود.

۲- مورد اجاره ممکن است مفروز یا مشاع باشد-

همچنانی که انتقال عین مال مشاع بوسیلهٔ عقد بیع ممکن است، انتقال منفعت آن بوسیلهٔ اجاره صحیح میباشد، زیرا طبق مادهٔ «۳۰» ق. م.: «هر مالکی نسبت بما یملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد ...» انتقال منفعت بطور مشاع یکی از آن تصرفاتست. ولی تسلیم عین مستأجره در مورد مزبور برای انتفاع بمستأجر موقوف باذن شریك میباشد، زیرا تصرف مستأجر در سهم مشاع از عین مستأجره موجب تصرف در سهم شریك دیگر خواهد بود و بدون اجازه او تجاوز بحقوق فردیست و بدین جهت است که تصرف شریك در مال مشترك بدون اجازه باقی شرکاء جایز نمیباشد این است که مادهٔ «۴۷۵» ق. م.
میگوید: «اجازه مال مشاع جائز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است باذن شریك». در صورتی که بقیه شرکاء خواه در اجاره و خواه در بیع موافقت بتسلیم عین مشاع ننمودند بدادگاه رجوع میگردد و دادرس با توجه بوضعیت مال از تقسیم مهایات (۱) یا بنحو دیگری بقیه شرکاء را الزام بتسلیم مینماید. در صورتی که در مورد مزبور موجر بدون اذن شریك عین مستأجره را بتصرف

مستأجر برای انتفاع بدهد، تسلیم قانونی شناخته نمیشود. و هرگاه مستأجر منتفع از تمامی عین مستأجره شود ضامن اجرت المثل نسبت بسهم شریک دیگر خواهد بود و همانطوری که در غصب گذشت نسبت بسهم شریک دیگر غاصب شناخته میشود. از نظر حقوقی تصور میشود که تسلیم ۱- شرح تقسیم مهایات در فصل شرکت مطالعه شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶

مال مشاع بمستأجر بدون اجازه سایر شرکاء تسلیم قانونی است، زیرا آنچه قانون منع نموده تصرف در حق سایر شرکاء بدون اذن آنان میباشد و ملازمه داشتن تسلیم مورد اجاره با تصرف در مال سایر شرکاء، نمیتواند تسلیم مورد اجاره را بلا اثر گرداند.

۳- مورد اجاره ممکن است عین خارجی و یا کلی باشد-

چنانکه عین کلی میتواند مورد بیع قرار گیرد ممکن است منفعت کلی مورد اجاره واقع شود در این- صورت موجر تعهد مینماید که منفعت فردی از افراد کلی مورد اجاره را بمستأجر تملیک بنماید و چنانکه در تعهدات گذشت تملیک بوسیلهٔ تسلیم فرد معینی از کلی بعمل می‌آید و پس از آن مستأجر مالک منافع شده و نمیتواند تبدیل آن را بفرد دیگر بخواهد. این است که مادهٔ «۵۱۰» ق. م. میگوید: «در اجاره حیوان لازم نیست که عین مستأجره حیوان معینی باشد بلکه تعیین آن بنوع معینی کافی خواهد بود». مادهٔ مزبور اگر- چه در مورد اجاره، حیوان است ولی خصوصیتی در حیوان موجود نیست که موجب صحت این نوع اجاره باشد. بنابراین چنانکه از مادهٔ «۴۸۲» ق. م. استنباط میشود اجاره کلی در کلیه اقسام سه‌گانه اشیاء، انسان، و حیوان صحیح میباشد. بنابر آنچه گذشت هرگاه کسی از متصدی کاراژی برای روز جمعه یک اتومبیل سواری نو چهار نفری اجاره نماید که تا قم برود اجاره صحیح میباشد و متصدی گاراژ میتواند اتومبیل چهار نفری نوی را از هر سیستم و بهر رنگ که باشد در روز جمعه تسلیم مستأجر بنماید.

۴- موجر باید مالک منفعتی باشد که آن را بوسیله عقد اجاره واگذار مینماید-

اشاره

در صورتی که مورد اجاره، منفعت عین خارجی است موجر باید در حین عقد مالک آن منفعت باشد، زیرا بموجب عقد اجاره، موجر منفعت عین مستأجره را بمستاجر تملیک مینماید و تملیک بوسیله غیر مالک، فضولی است و نافذ نمیباشد. ولی لازم نیست که موجر مالک عین مستأجره باشد، زیرا مورد انتقال در عقد اجاره فقط منفعت است و عین در ملکیت مالک خود باقی است. بنابراین کسی که منفعت خانه را بدیگری واگذار مینماید ممکن است مالک خانه نباشد چنانکه موجر بسببی از اسباب مانند صلح و اجاره مالک منفعت بوده و یا بوسیله حق انتفاع میتوانسته انتفاع ببرد. اینست که مادهٔ «۴۷۳» ق. م. میگوید: «لازم نیست که موجر مالک عین مستأجره باشد ولی باید مالک منافع آن باشد». و بدین جهت است که بدستور مادهٔ «۴۷۴» ق. م. «مستأجر میتواند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷

عین مستأجره را بدیگری اجاره بدهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد» زیرا مستأجر مالک منافع است و هر مالکی میتواند در ملک خود هر گونه تصرفی بنماید.

آنچه مورد اختلاف بین حقوقین قرار گرفته تسلیم عین مستأجره بمستأجر دوم میباشد. عدهٔ از حقوقین تسلیم عین مستأجره را بمستأجر دوم منوط باجازه مالک عین میدانند، زیرا مالک منافع اگر چه حق انتقال منافع ملکی خود را دارد، ولی این امر مستلزم تسلیم عین بغیر نمیباشد و عین مستأجره در دست مستأجر امانت است و برای استیفاء منافع از طرف مالک باو سپرده شده است و

تصرف دادن آن از طرف امین بغیر، بدون اجازه مالک تجاوز از حدود اجازه و موجب ضمان میباشد.

قول دیگر که بنظر میرسد و میتوان از آن پیروی نمود، جواز تسلیم عین مستأجره بدون اجازه مالک، بمستأجر دوم میباشد، زیرا طبق قاعدهٔ عقلی اذن در امری اذن در لوازم آنست و اجازه قانون بانتقال منافع بدیگری مستلزم اجازه در تسلیم عین مستأجره بمنتقل الیه میباشد، و در صورتی که مالک میخواست عین مستأجره بتصرف دیگری داده نشود شرط عدم انتقال بغیر را در اجاره مینمود و بنابراین اطلاق اجاره ظاهر در جواز تسلیم عین مستأجره بمستأجر دوم میباشد. و در صورتی که در عقد اجاره تصریح شود که مستأجر میتواند منفعت مورد اجاره را بدیگری منتقل نماید، بدون تردید باید بر آن بود که مستأجر میتواند عین مستأجره را تسلیم بمستأجر دوم بنماید، زیرا دور از منطق عرف است که مالک با اجازه انتقال اجاره بغیر، اجازه تسلیم عین مستأجره را بمستأجر دوم ندهد و منوط باجازه مجدد خود کرده باشد.

در صورتی که موجر در حین عقد مالک منفعت نباشد، عقد اجاره فضولی است و طبق مادهٔ «۲۴۷» ق. م. بوسیله اجازه از طرف مالک یا قائم مقام او صحیح و نافذ میشود.

اما هرگاه مورد اجاره کلی باشد لازم نیست در حین عقد، موجر مالک منفعت باشد بلکه در حین تسلیم، موجر باید مالک منفعت آن فردی باشد که بمستأجر تسلیم مینماید، مثلًا هرگاه کسی یک اتومبیل سواری چهار نفری از کاراژی اجاره بنماید و گاراژدار دارای اتومبیل سواری در حین عقد نیست اجاره صحیح است و میتواند از کاراژ دیگری

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸

اتومبیل معینی را اجاره و در موعد، تسلیم مستأجر بنماید.

در صورتی که اجاره مطلق نباشد بیکی از سه فرض زیر خواهد بود:

الف- در عقد اجاره مباشرت مستأجر در استیفاء منافع شرط شده است

در فرض مزبور آنچه مورد نظر موجر میباشد آنست که مستأجر شخصاً استیفاء منفعت کند و نظر بانتقال اجاره و عدم انتقال آن ندارد، بنابراین در صورتی که مستأجر مزبور خود استیفاء منفعت بنماید، میتواند اجاره را بغیر واگذار کند چنانکه زنی خانهٔ را بشرط آنکه خود در آن سکونت بنماید اجاره کند و آن زن بعداً شوهر بنماید، و چون سکنی زوجه بعهدهٔ زوج است، زن میتواند اجاره خانه مزبور را بزوج خود واگذار و شرط کند که در خانه، زوجه خود سکونت بنماید تا زوج ملزم بپرداخت مال الاجاره باشد، زیرا از شرط ضمن عقد تخلف نشده است. و همچنین است هرگاه در اجاره‌ای که زوجه بزوج خود میدهد شرط مباشرت خود را قید ننماید ولی عملًا زوجه، خود استیفاء منفعت کند چنانکه منفعت از طرف زوج باو اباحه شود یا زوجه را در آن خانه سکونت دهد زیرا مورد شرط استیفاء منافع بوسیله مستأجر اول میباشد و آن انجام شده است.

اما در صورتی که زوج، دیگری را در خانه سکونت دهد طبق ذیل مادهٔ «۴۹۶» قانون مدنی که میگوید: «... و نسبت بتخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت میگردد» موجر میتواند اجاره را فسخ بنماید، زیرا با استیفاء منفعت بوسیله غیر زن تخلف از شرط محقق است اگر چه اجاره صحیح میباشد.

اما در صورتی که در عقد اجاره شرط شود که مستأجر شخصاً برای خود استیفاء منفعت بنماید (یعنی بنفسه لنفسه) مستأجر مزبور نمیتواند آن را بدیگری اجاره دهد اگر چه شخصاً استیفاء منفعت بنماید، زیرا در حقیقت در اجاره شرط شده که شخصاً استیفاء منفعت بنماید و مالک منفعت هم خود او باشد و هرگاه مستأجر عمل بشرط نکند طبق مقررات خیار تخلف شرط میتواند اجاره را فسخ بنماید.

ب- در اجاره، منفعت مقیداً، بمستأجر تملیك شده است

در فرض مزبور مورد اجاره که منتقل بمستأجر میشود منفعتی است که خود مستأجر استیفاء مینماید. در- این صورت مستأجر نمیتواند اجاره خود را بغیر واگذار بنماید، زیرا، آنچه مالك میباشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹

منفعت مقید است و آن قابل انتقال بغیر نمیباشد. و در صورتی که مستأجر مزبور اجاره را بطور مطلق واگذار بغیر بنماید اجاره فضولی است و هرگاه مالك آن را اجازه دهد از نظر تنافی اجارهٔ دوم با اجاره اول، اجارهٔ مستأجر اول اقاله و اجارهٔ دوم تنفیذ میگردد.

ج- در اجاره، شرط عدم حق انتقال بغیر شده است و یا شرط شده که اجاره از آن خود مستأجر است (یعنی لنفسه)

در دو صورت مزبور مستأجر نمیتواند اجاره را واگذار بغیر بنماید اگر چه خود استیفاء منفعت کند، زیرا از نحوهٔ شرط معلوم میگردد که منظور موجر واگذار ننمودن اجاره بدیگری است. بنابراین مستأجر میتواند در خانه استیجاری دوستان و میهمانان خود را سکونت دهد و خود در خانهٔ دیگری سکونت گزینند.

و هرگاه تخلف کند و آن را واگذار بغیر نماید اجاره مزبور صحیح میباشد و همچنانکه در خیار تخلف شرط گذشت، موجر میتواند اجاره خود را فسخ بنماید. حکم مزبور مبتنی بر نظری است که قانون مدنی در تخلف از شرط از آن پیروی نموده است، و نظر دیگر آن است که تصرف بر خلاف شرط، باطل میباشد بنابراین نظر، اجاره دوم باطل خواهد بود و هرگاه مستأجر دوم استیفاء منفعت بنماید باید اجرت المثل آن را بمستأجر اول بپردازد.

در اجارهٔ مطلق، مالك منافع میتواند برای مدتی که مالك است آن را باجاره واگذار بنماید و هرگاه بیش از مدت مزبور اجاره دهد نسبت بمدت زاید فضولی است و منوط باجازه مالك میباشد، بدین جهت است که قسمتی از مادهٔ «۴۹۷» ق. م. میگوید: «... اگر موجر فقط برای مدت عمر خود مالك منافع عین مستأجره بوده است، اجاره بفوت موجر باطل میشود ...». منظور ماده از باطل شدن اجاره، بر طرف شدن اعتباریست که اجاره قبل از فوت دارا بوده. مادهٔ مزبور در مورد عمری است ولی این امر اختصاص بآن ندارد و در تمامی مواردی که مالك منافع، بیش از مدتی که مالك است آن را باجاره واگذار بنماید جاری میباشد، چنانکه در وقف بر اولاد، هرگاه طبقهٔ مقدم مال موقوفه را برای مدتی اجاره دهد و در ظرف آن مدت فوت کند، بفوت او اجاره باطل میگردد مگر اینکه موجر نیز دارای سمت تولیت بوده و بعنوان مزبور موقوفه را اجاره داده باشد که در این صورت طبق مادهٔ «۴۹۹» ق. م. که میگوید: «هرگاه متولی با ملاحظه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰

صرفه وقف مال موقوفه را اجاره دهد، اجاره بفوت او باطل نمیگردد» و اجاره پس از فوت طبقه مقدم بقوت خود باقی میماند. اجاره که بوسیله موقوف علیه داده میشود نمیتوان با اجاره که از طرف مالك منعقد میگردد قیاس نمود، زیرا در وقف حق استیفاء منافع برای مدت معینی از طرف واقف بموقوف علیه واگذار شده، ولی در مورد ملك تمامی منافع که در عین نهفته است متعلق بمالك عین میباشد و او میتواند بیش از مدت حیات خود آن را بدیگری واگذار کند همچنانی که میتواند عین آن را منتقل نماید.

طبق مادهٔ «۵۰۰» ق. م. «در بیع شرط مشتری میتواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع، باشد باید بوسیلهٔ جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل خواهد بود» یعنی دارای اعتبار قانونی نمیباشد. در بیع خیاری چنانکه گذشت، مشتری بسبب عقد، مالك عین مورد معامله میشود و بتبع،

مالك منافع آن خواهد بود، و در اثر جعل خيار، ببايع حق داده ميشود كه بتواند در مدت معين بوسيلهٔ اعمال حق مزبور از ادامهٔ آثار عقـد جلوگيرى كنـد. بنابراين عـدم جواز اجاره بيش از مـدت خيار از نظر عـدم مالكيت منافع نيست، بلكه از نظر منافى بودن با حق فسـخ بايع است كه هرگاه بايع استفاده از حق خيار خود بنمايـد مواجه با عين مسلوب المنفعه نگردد، بـدين جهت است كه بوسيلهٔ جعل خيار يا نحو آن اجاره دادن بيش از مدت مانعى نخواهد داشت.

در صورتى كه مشترى خيـارى در عقـد اجـاره رعـايت حق بـايع را ننمايـد و مورد معامله را بطور مطلق اجاره دهـد و قيـد خيار براى مدتى كه منطبق با مدت حق خيار بايع باشد نكند، عقد اجاره تا زمان خيار بايع صحيح است. اما نسبت بمدت زائد هرگاه بايع بيع را فسخ نكنـد اجاره نسبت بمدت مزبور لازم است و احتياج باجازهٔ جديد از طرف مشترى خيارى نخواهد داشت، زيرا مشترى خيارى در زمـان اجـاره، مالـك تمـامى منـافع عين مسـتأجره بوده و بـا توجه بمالكيت خود آن را اجاره داده است و هرگاه بايع از حق خيار استفاده نمايـد و بيع را فسـخ كنـد اجاره نسبت بمـدت پس از فسـخ، فضولى است و بايع ميتوانـد آن را اجازه دهـد يا رد كند. اگر اشكال شود

حقوق مدنى (امامى)، ج۲، ص: ۱۱

كه در حين عقـد بايع مالك منافع مـدت زائـد نميباشد تا هرگاه بيع را فسخ كند بتواند اجاره را نسـبت بمدت مزبور اجازه دهد بلكه عقد نسبت بآن از حيث تنافى باطل است.

گفته ميشود: كه بايع خيارى اگر چه در حين عقـد اجاره مالك فعلى منافع مـدت زائـد نميباشـد، ولى مالك بالقوه است، باين معنى كه بايع نسبت بمنافع زائـد رابطهٔ دارد كه هرگاه بيع را فسخ كند مالك آن ميگردد و چنانكه در بيع فضولى گذشت اين امر كافى براى صحت فضولى ميباشد. علاوه بر آنكه ميتوان گفت كه پس از فسخ عقد بيع از ناحيهٔ بايع، كشف ميشود كه در حين عقد اجاره بايع مالك منافع مـدت زائـد بوده و بوسيله مشترى خيارى باجاره واگـذار شده است. مادهٔ بالا وافى بمطلب نميباشد زيرا موردى كه در فرض مذكور در ماده، اجاره باطل است با توضيحى كه داده شد، منحصر بمورديست كه بايع، بيع خيارى را فسخ كند و اجاره را نسبت بمدت زائد اجازه ندهد.

۵- مورد اجاره بايد معلوم باشد-

اشاره

معلوم بودن مورد اجاره بدو امر محقق ميگردد: اول معين بودن، دوم مبهم نبودن.

الف- معين بودن مورد اجاره-

بدستور مادهٔ «۴۷۲» ق. م. «عين مسـتأجره بايد معين باشد و اجاره عين مجهول يا مردد باطل است». معين بودن عين مسـتأجره يكى از شرائط صـحت عقـد اجاره است و مادهٔ «۱۹۰» قـانون مـدنى، معين بودن مورد معامله را يكى از شـرايط اساسـى براى صـحت معامله دانسته است، خواه از عقود معينه باشـد يا غير معينه. بنابراين چنانكه مورد اجاره مردد باشد مانند آنكه باغ يا خانه بدون تعيين، مورد اجاره قرار داده بشود اجاره باطل خواهد بود، و همچنين است هرگاه مورد اجاره مجهول باشد چنانكه كسى ملكى را كه دارد اجاره دهـد و بر مستأجر معلوم نباشـد كه آن ملك كدام است. بطلان اجاره در دو صورت مزبور از نظر آنست كه در معامله بايد متعهد و متعهـد له بدانند كه چه چيز تعهد ميشود و الا هرگاه معين نباشد معامله غررى خواهد بود و معاملات غررى باطل ميباشد. گفته شده كه هرگاه يكى از دو شيئى مورد معامله قرار گيرد چون آن دو مبهم نميباشد و در واقع يكى از آن دو، مورد معامله قرار گرفته است

غرری متوجه متعاملین نمیشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲

و معامله باطل نخواهـد بود. بنظر میرسد که هرگاه دو شیئی که بطور تردید مورد اجاره قرار میگیرند هرگاه از تمامی جهات یکسان باشند، اجاره هیچگونه غرری در بر ندارد ولی از نظر قضائی نمیتوان با صراحت مادهٔ بالا حکم بصحت چنین اجاره صادر نمود.

علاوه بر آنکه عین مستأجره بایـد معین باشـد، منفعتی که در اجاره مورد انتقال قرار میگیرد نیز بایـد معین باشـد، زیرا چنانکه معین نبودن عین مستأجره موجب غرر است، معین نبودن منفعتی که باجاره واگذار میگردد نیز موجب غرر میباشد.

بنابراین هرگاه مورد اجاره دارای یک منفعت است تعیین آن لازم نیست زیرا اجاره آن، واگـذاری همان منفعت میباشـد، مثلًا هرگاه کسی خانهٔ را باجاره بدهد چون خانه دارای منفعت سکونت بیش نیست، ناچار منفعت مزبور است که بمستأجر واگذار میشود، ولی هرگاه عین مستأجر دارای منافع متعـددیست و تمامی آن منافع واگـذار نمیگردد، در عقـد اجاره بایـد معین شود کدامیک از منافع، مورد اجاره میباشد، مثلًا هرگاه کسی که نویسنده و نقاش و مجسمه‌ساز است و برای دو ماه روزی ۶ ساعت اجیر میشود چنانچه برای تمـامی هنرهـائی که میدانـد اجیر نمیشـود بایـد معلـوم شـود که برای کـدام یـک از هنرهـا اجیر میگردد و یـا کسـی که آشـپزی و یا راننـدگی میدانـد و برای مدتی اجیر میشود باید معلوم شود که برای آشپزی و یا رانندگی اجیر میگردد و چنانچه برای تمامی آن دو امر اجیر میشود که هر یک را ارباب بخواهـد باو مراجعه نماید باید این امر در عقد تصـریح گردد مگر آنکه قرائن و اوضاع و احوال طوری باشد که اطلاق عرفاً منصرف بتمامی منافع یا بعض از آنها شود.

ب- مبهم نبودن مورد اجاره-

اشاره

مورد اجاره در عقد باید معلوم باشد و چنانکه در مورد بیع گذشت شرط مزبور یکی از شرائط اساسی برای صحت معامله است. مادهٔ «۲۱۶» ق. م. میگویـد: «مورد معـامله بایـد مبهم نباشـد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی بآن کافی است». معلوم بودن مورد اجاره بوسیلهٔ مشاهده یا بیان اوصاف کمی و کیفی آن بعمل می‌آید و چون منفعت امری تدریجی الحصول است،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳

معلوم بودن مقدار آن بوسیله تعیین مدت و یا عمل میباشد و طریقهٔ سـنجش آن باعتبار طبیعت مورد اجاره فرق مینماید. مورد اجاره طبق مادهٔ «۴۶۷» ق. م. ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد:

یک- اشیاء-

منظور از اشـیاء، اجسام غیر ذی روحی میباشـند که برای انتفاع از آن باجاره واگذار میشوند. سـنجش مقدار منفعت در اشـیاء بوسیلهٔ تعیین مـدت میباشـد، مثلا در اجارهٔ مزرعه بایـد مـدت اجاره معین شود و تعیین مـدت بوسـیلهٔ زمان میباشـد، بنابراین نمیتوان منفعت مزرعه را بکشت بهـاره یـا پـائیزه معین نمود و آن را برای یـک کشت یـا چنـد کشت باجاره واگـذار کرد، زیرا مـدت کشت باعتبار تغییراتی که در هوا پیـدا میشود در هر سـال تفـاوت مینمایـد، این است که مـادهٔ «۴۶۸» قانون مـدنی میگوید: «در اجاره اشـیاء مدت اجـاره بایـد معین شود و الاـ اجاره باطل است». معلوم بودن مـدت اجاره بمعلوم بودن ابتـداء و انتهای آن است. در صورتی که انتهاء مـدت در عقـد معین شود چنـانکه باغی تا اول بهار سال آینـده باجاره واگـذار شود، ابتـداء آن از تاریـخ عقـد محسوب میشود، زیرا اطلاق عرفاً اقتضاء آن را مینمایـد، و همچنین است هرگاه مـدت اجاره بـدون ذکر ابتداء و انتهاء تعیین شود، چنانکه خانهٔ برای مدت

شش ماه باجاره داده شود، ابتداء مدت مزبور از تاریخ انعقاد اجاره میباشد.

ممکن است در بعضی اشیاء نیز مقدار منفعت بوسیله مسافت و یا محل تعیین شود، چنانکه در اتومبیل، کشتی و وسائل نقلیه موتوری دیگر میباشد مثلًا میتوان اتومبیل سواری را برای رفتن و برگشتن از طهران تا یکصد کیلومتری اجاره نمود همچنان که میتوان آن را از برای رفتن و برگشتن از تهران بقزوین اجاره کرد. و بنابر مستنبط از مادهٔ «۵۰۸» ق. م. باید در صورتی که مقدار منفعت بمسافت و یا محل تعیین میشود راکب یا محمول تعیین گردد. ولی چنانکه در شرح مادهٔ «۵۰۸» ق. م. خواهد آمد تعیین راکب یا محمول در مورد اجاره مزبور بر خلاف منطق حقوقی میباشد.

مدت معین در عقد اجاره ممکن است متصل و یا منفصل از عقد باشد، مثلًا همچنانکه کسی میتواند خانهٔ خود را برای شش ماه از تاریخ عقد باجاره واگذار نماید،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴

میتواند آن را برای شش ماه از اول سال آینده باجاره دهد، و اجاره مزبور صحیح است.

بعضی از فقهاء امامیه، اجارهٔ را که مدت آن از عقد منفصل باشد باطل دانسته‌اند و چنین استدلال مینمایند که مورد اجاره پس از عقد باید بتسلیم مستأجر داده شود و چون مستأجر مستحق منافع متصل بزمان عقد نمیباشد نمیتواند تسلیم آن را بخواهد. ضعف دلیل مزبور واضح است، زیرا تسلیم عین مستأجره برای قدرت بر استیفاء منفعت میباشد و تسلیم آن لحظه قبل از شروع مدت کافی است تا مستأجر بتواند استیفاء منفعت بنماید و موجبی برای تسلیم آن بلافاصله پس از عقد نیست.

بدستور مادهٔ «۵۰۱» ق. م.: «اگر در عقد اجاره مدت بطور صریح ذکر نشده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود». زیرا با تعیین مال الاجاره برای مدت معلوم و معین، مسلم است که مدت مزبور بطور متیقن مورد توافق طرفین در عقد میباشد و پس از آن، مدت مجهول است «و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدتهای مزبوره در تصرف خود نگاهدارد و موجر هم تخلیه ید او را نخواهد، موجر بموجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و بنسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود». و مانند آنست که در ضمن عقد اجاره بین طرفین مبلغ معینی، بعنوان اجرت المثل برای مدت تصرف پس از انقضاء اجاره قرار داده شده باشد، همچنانکه طرفین در عقد اجاره شرط نمایند که پس از انقضاء مدت اجاره تا هر چندی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باقی بماند اجرت المثل بمقدار اجرت المسمی خواهد بود. درج شرط مزبور اکنون متداول در اجاره نامه‌های تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی میباشد.

ولی در صورتی که موجر پس از مدت مذکور در عقد از روز یا ماه یا سال، تخلیه عین مستأجره را بخواهد مستأجر نسبت ببقیهٔ مدت تصرف، باید اجرت المثل عادله را بپردازد، زیرا با مطالبهٔ عین مستأجره معلوم میشود که دیگر آنان تراضی بر اجرت معینه نسبت ببقیهٔ مدت ندارند و تراضی سابق هم بصورت تعهد و یا شرط ضمن عقد نبوده تا الزام‌آور باشد. عدهٔ از حقوقیین امامیه عقد مذکور در مادهٔ «۵۰۱» ق. م. را از نظر عدم

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵

تعیین مدت باطل دانسته‌اند، زیرا بر آنند که تعیین مال الاجاره از قرار روز یا ماه یا سال رفع جهالت از مدت نمینماید و متیقن بودن مقداری از مدت رفع ابهام از آن نمیکند.

دو- حیوانات-

بدستور مادهٔ «۵۰۷» ق. م. در اجاره حیوان ممکن است مقدار منفعت بمدت تعیین شود چنانکه در اجاره اشیاء است، مثلًا اسبی را برای یک روز معین از طلوع آفتاب تا غروب یا از ساعت ۱۲ ظهر تا شش بعد از ظهر اجاره نمایند در این صورت طبق مادهٔ «۵۰۸»

ق. م. تعیین راکب و یا محمول لازم نیست و مستأجر باید در حدود متعارف بر آن حمل نماید و یا بر آن سوار شود، زیرا متعارف بودن امری در عرف مانند ذکر آن در عقد میباشد و تجاوز از آن طبق مادهٔ «۴۹۳» ق. م موجب ضمان خواهد بود.

ممکن است مقدار منفعت بمسافت تعیین گردد، چنانکه در اجاره قید شود که اسب برای رفتن و برگشتن از تهران تا بیست کیلومتری راه قزوین می‌باشد و یا آنکه محلی که راکب یا محمول بآنجا حمل میشود معین گردد، در دو صورت مزبور طبق مادهٔ «۵۰۸» ق. م. تعیین محمول و یا راکب لازم است. لزوم تعیین آن دو منطقی بنظر نمیرسد، زیرا موردی که مقدار منفعت به مسافت یا محل تعیین میشود مانند موردیست که مقدار منفعت بمدت تعیین میگردد، مستأجر نمیتواند بیش از متعارف بر آن حمل کند و یا سوار شود و خصوصیتی در مسافت یا محل نیست که تعیین محمول و یا راکب را ایجاب بنماید، بلکه در هر دو مورد مقدار منفعت معین است و نحوهٔ استفادهٔ از آن در حدود متعارف می‌باشد و رفع غرری که موجب بطلان اجاره می‌باشد شده است. و هرگاه گفته شود که اغراض اشخاص باعتبار راکب و محمول فرق مینماید و جهل بآن موجب غرر می‌شود، در پاسخ گفته می‌شود که جهل بآن دو باید در فرض اول نیز موجب غرر گردد.

نظر باستنباط از مادهٔ «۵۰۱» و «۵۱۵» قانون مدنی در صورتی که در عقد اجاره حیوان، مدت یا دفعات استفادهٔ از آن، بطور صریح ذکر نشده باشد و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سال یا مقدار مسافت تعیین شده باشد، اجاره ناظر بیک روز یا

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶

یک ماه یا یک سال یا یک‌دفعه سیر آن مسافت خواهد بود، و هرگاه مستأجر بیش از مدت معین یا یک‌دفعه سیر آن مسافت، استفاده کند و موجر هم خلع ید او را نخواهد موجر بموجب مراضات حاصله با مستأجر برای بقیه مدت یا دفعات بعد مستحق اجرت مقرر خواهد بود.

مادهٔ «۵۰۱» قانون مدنی اگر چه در مورد اجاره اشیاء و مادهٔ «۵۱۵» در مورد اجاره انسان است ولی از نظر لزوم معلوم بودن مورد در آن دو با اجارهٔ حیوانات فرقی ندارد، بدین جهت مفاد دو مادهٔ مزبور از نظر وحدت ملاک در مورد اجاره حیوانات نیز جاری می گردد.

سه- انسان-

در اجاره انسان چنانکه از مادهٔ «۵۱۴» ق. م. استنباط میشود مقدار منفعت ممکن است بمدت تعیین شود، چنانکه کسی برای یک ماه اجیر شود که باغبانی باغی را بنماید و یا هر کاری که باو رجوع شود انجام دهد، و ممکن است بانجام عمل معینی باشد، چنانکه کسی اجیر شود که یک دست لباس برای دیگری بدوزد.

در عقد اجاره میتوان انجام عمل معین را برای زمان معینی قرار داد، چنانکه کسی برای ساختمان خانهٔ طبق نقشه اجیر شود که آن را بسازد و در اول سال آینده بمالک تسلیم کند. ولی در عقد اجاره نمیتوان انجام عمل معینی را در مدت معین قرار داد بطوری که شروع و ختم آن منطبق با ابتداء و انتهاء آن مدت گردد، مثلًا نمیتوان کسی را اجیر نمود که کتاب معینی را در مدت سه ماه بهار سال آینده استنساخ کند، باین نحو که روزی هشت ساعت از اول فروردین تا آخر خرداد ماه بنوشتن اشتغال داشته و استنساخ آن را روز آخر باتمام رساند، زیرا عمل استنساخ چنانکه ممکن است قبل از انقضاء مدت سه ماه خاتمه یابد، ممکن است در مدت مزبور تمام نشود و هر یک از عمل و مدت قبل از دیگری خاتمه پذیرد و بقیه مدت بدون عمل و یا بقیه عمل بدون اجرت بماند.

بدستور مادهٔ «۵۱۵» قانون مدنی: «اگر کسی بدون تعیین انتهاء مدت اجیر شود، مدت اجاره محدود خواهد بود بمدتی که مزد از قرار آن معین شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷

بنابراین اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضاء مدت مزبور اجاره برطرف میشود ولی اگر پس از انقضاء مدت، اجیر بخدمت خود دوام دهد و موجر او را نگاهدارد اجیر نظر بمراضات حاصله به همانطوری که در زمان اجاره بین او و موجر مقرر بود مستحق اجرت خواهد شد.» چنانکه در اجاره اشیاء گذشت، عده از حقوقیین بر آنند که اجارهٔ مزبور از نظر عدم تعیین مدت باطل می‌باشد.

۶- منفعت مورد اجاره باید مشروع باشد-

اشاره

چنانکه مادهٔ «۲۱۵» ق. م. میگوید:

«مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد». و اجاره یکی از معاملات است و مشمول مادهٔ بالا میگردد. و هرگاه منفعتی که مورد اجاره قرار میگیرد از طرف قانون ممنوع باشد عقد فاقد شرط اساسی برای صحت معامله بوده و باطل میباشد، چنانکه کسی منفعت قمار بازی خانهٔ را اجاره بنماید، ولی هرگاه خصوصیت انتفاع نامشروع ضمن عقد شرط شود چنانکه خانهٔ را کسی اجاره مینماید، بشرط آنکه آن را محل بازی قمار قرار دهد، طبق مادهٔ «۲۳۲» ق. م. شرط نامشروع باطل و عقد اجاره صحیح میباشد. و در صورتی که اجاره بطور مطلق باشد و مستأجر محل را برای امر نامشروع اختصاص دهد موجر نمیتواند اجاره را فسخ کند. بنظر میرسد مورد مزبور مانند آنست که عین مستأجره دارای منافع متعدد باشد و مستأجر از منفعتی که مورد اجاره نبوده استفاده کرده است. در این صورت مستأجر در حکم غاصب است و موجر میتواند او را از انتفاع نامشروع مانع شود.

تبصره-

در صورتی که زنی برای مدتی نزد دیگری اجیر شود و سپس در مدت اجاره شوهر کند، شوهر نمیتواند باستناد مادهٔ «۱۱۱۷» ق. م. (شوهر میتواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت خود یا زن باشد منع کند) زن را از انجام تعهدی که بوسیلهٔ اجاره نموده مانع شود، زیرا اجاره صحیحاً واقع شده و زناشوئی مؤخر تأثیر در اجارهٔ مقدم نمینماید و عقد سابق را متزلزل نمیگرداند، بنابراین زوج نمیتواند حق ثابت مستأجر و یا اجیر را مرتفع سازد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸

۷- قدرت بر تسلیم عین مستأجره-

قدرت بر تسلیم مورد معامله شرط اساسی برای صحت در کلیه معاملات است و بدستور مادهٔ «۴۷۰» قانون مدنی قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط صحت اجاره میباشد، زیرا علت تعهد مستأجر در مقابل موجر بپرداخت مال الاجاره همانا انتفاع از عین مستأجره است، و هرگاه مورد اجاره را نتوان بقبض مستأجر داد تا منتفع گردد، تعهد فاقد علت میباشد و باطل است، بنابراین در صورتی که خانه را کسی اجاره دهد و در تمامی مدت آن خانه در تصرف غاصبانه شخص ثالث باشد و موجر قدرت بر اخذ و تسلیم آن را بمستأجر نداشته باشد اجاره باطل است مگر آنکه مستأجر خود قادر بر تسلیم آن باشد که در این صورت اجاره صحیح خواهد بود، زیرا تسلیم عین مستأجره جنبهٔ طریقیت دارد و برای استیفاء منافع است و مستأجر میتواند آن را تصرف کرده منتفع شود. بدین جهت است که مادهٔ «۴۷۷» قانون مدنی میگوید: «موجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوبهٔ از آن را بکند». بنابراین هرگاه اسبی برای سواری در روز معین اجاره شده است، موجر باید آن را در حالتی بدهد که قابلیت سواری را

داشـته باشـد، مثلًا هرگاه در آن روز بیمار باشد و قدرت براه رفتن را نداشـته باشد اجاره باطل میباشد. و بدین جهت است که هرگاه در اثر مانع و عـذر عام نتوان از مورد اجاره اسـتفاده نمود اجاره باطل میباشد چنانکه هرگاه کسـی اتومبیلی را برای روز جمعه اجاره نموده که بشـمیران برود و در روز مزبور چنـدان برف بیایـد که راه عبور بشـمیران مسـدود گردد، اجـاره اتومبیل از نظر عـدم قابلیت استیفاء منافع باطل میباشـد. ولی هرگاه مانع از انتفاع، عام نبوده و عذر شخصـی (یعنی از ناحیه مسـتأجر) باشد چنانکه مسـتأجر بیمار بستری شود و نتوانـد از اتومبیـل اسـتفاده نمایـد اجـاره باطـل نخواهـد بود، زیرا منفعت اتومبیـل بطور مطلق مورد انتقال قرار گرفته و مانعی هم برای انتفاع از آن نیست، مگر آنکه منفعت بقیـد مباشـرت مورد اجاره باشـد که در این صورت ماننـد عـذر عام است و از عین مسـتأجره استفادهٔ منفعت مقرر را نمیتوان نمود. و از این قبیل است هرگاه کسی شخصی را برای بردن باری اجیر نماید و آن بار را دزد ببرد یا مالک خانه، برای رنگ کردن اطاق، نقاشی را اجیر بنماید و قبل از موعد رنگ کردن، اطاق خراب شود زیرا

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹

نتیجهٔ موردی که منفعت بقید مباشـرت مورد اجاره قرار گرفته مانند موردیست که قبل از عقد بار را دزد برده و یا اطاق خراب شده است که اجاره باطل میباشد.

دوم- عوض منافع-

اشاره

عوض منـافع در عقـد اجـاره عبـارت از مالیست که از طرف مسـتأجر، در مقابل تملیک منافع، بموجر تملیک یا تعهـد میشود. عوض منـافع در اجـارهٔ اشـیاء و حیوانـات مـال الاجـاره، و در اجارهٔ انسان چنانکه در ذیل ماده «۵۱۲» قانون مـدنی مقرر است اجرت نامیـده میشود. عوض منافع باعتبار آنکه در عقـد اجاره نام برده میشود اجرت المسـمی مینامنـد، و هرگاه در مقابل استیفاء منافع باشـد بدون آنکه مورد عقد قرار گیرد اجرت المثل گویند چنانکه در غصب و استیفاء میباشد.

هر مالی میتوانـد عوض منافع در اجاره واقع شود، خواه عین باشـد یا منفعت یا حق قابل انتقال و یا عمل و خواه کلی فی الـذمه باشد. در قانون مدنی مادهٔ که تصریح بشرائط عوض منافع بنماید یافت نمیشود، بنابراین کلیه مقررات مذکور در باب تعهدات راجع بمورد معـامله و همچنین مقررات مـذکور در بـاب بیـع راجع بثمن، در عوض منـافع جـاری میگردد، زیرا مقررات راجعه بتعهـدات در کلیه عقود چه معینه باشـد و چه غیر معینه جاری میشود، مگر اینکه قانون خلاف آن را تصـریح نماید، و عوض منافع در اجاره نقش ثمن را در بیع بازی میکند.

فرع 1- در عقد اجاره عوض منافع را نمیتوان از محصول مورد اجاره قرار داد،

مثلًا مـال الاجـارهٔ املاـک مزروعی نمیتوانـد مقـداری از محصول همان املاک واقع شود، بنابراین اجاره دادن قریه‌ای بپانصـد تن از گندم همان قریه صـحیح نمیباشد، زیرا در چنین اجارهٔ لازم می‌آید که عوض، عین معوض قرار گیرد، چون گندم قریه همان منفعت قریه است که بـدین صورت مجسم شـده است، و حال آنکه تعـدد عوض و معوض شـرط صـحت معاوضه است، علاوه بر آنکه مال الاجاره در حین عقـد موجود نیست و از اقسام کلی فی الـذمه نیز نمیباشـد. ولی میتوان در اجاره شـرط نمود که مستأجر قریهٔ مزبور، ملزم است پانصد تن کندم مال الاجاره را از محصول ملک مورد اجاره تأدیه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰

نمایـد، زیرا در این صورت مـال الاجـاره کلی فی الـذمه میباشـد و شـرط شـده که از مال مخصوصـی تأدیه شود. در فرض مزبور در صورتی که محصول قریه دچـار آفت گردد، ذمهٔ مسـتأجر از مال الاجاره که گنـدم است بری نمیشود و بایـد آن را از محل دیگری

بپردازد زیرا با امتناع انجام شرط تعهد اصلی ساقط نمیگردد. بعضی از فقهاء امامیه، در فرض اخیر که تأدیه از محصول مورد اجاره بصورت شرط باشد، نظر باخبار وارده در صورتی که مال الاجاره گندم و جو باشد اجاره را صحیح ندانسته‌اند.

فرع 2- چنانکه گذشت، منفعتی که مورد اجاره قرار میگیرد باید معین باشد

و بدین جهت در عقد اجاره نمیتوان منافع عین مستأجره را بطور تردید برای مدتی در مقابل مبلغی و برای مدت دیگر در مقابل مبلغی دیگر قرار داد، چنانکه در اجاره باغ شمیران شش ماه اول و یا شش ماه دوم سال را بدویست تومان قرار دهند، زیرا مورد عقد اجاره که منافع باغ است مردد میباشد و تردید موجب غرر است و بدین جهت در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. که شرائط صحت را میشمارد معین بودن مورد معامله را یکی از آن شرایط قرار میدهد و در حقیقت مورد انتقال و معامله در عقد اجاره، منفعت است.
بدین جهت است که مادهٔ «۴۷۲» ق. م. میگوید: «عین مستأجره باید معین باشد و اجارهٔ عین مجهول یا مردد باطل است.» همچنین است تردید در مال الاجاره از نظر وحدت ملاک مادهٔ «۴۷۲» ق. م. در مورد عین مستأجره، زیرا چنانکه مکرر گفته شد فرق بین عوض و معوض اعتباری است و شرائط لازم برای صحت هر یک در دیگری جاری میگردد، مگر آنکه قانون نظر بمصالحی خلاف آن را تصریح نماید. و چنانچه تردید در مال الاجاره موجب بطلان عقد اجاره نشود باید بیع را بیکی از دو ثمن نیز صحیح دانست، زیرا اجاره و بیع از نظر معاوضی بودن با یکدیگر شبیه میباشند، و حال آنکه چنین بیعی را حقوقیین باطل میدانند. بعضی از فقها امامیه، اجارهٔ بیکی از دو مال الاجاره را صحیح دانسته و میگویند در صورتی که هر یک از دو مال الاجاره جداگانه مورد عقد اجاره قرار گیرد مال الاجاره مورد تردید است و عقد باطل میباشد، ولی هرگاه هر دو مال الاجاره بطور منع خلو مورد اجاره قرار داده شود و در واقع مورد اجاره
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱
یکی از دو امر باشد، مورد عقد معلوم است و اجاره صحیح خواهد بود.

فرع 3- میتوان در عقد اجاره شرط نمود که هرگاه عمل مورد اجاره در خارج از مدت معین انجام گردد مقداری از مال الاجاره کم شود،

چنانکه در اجاره اتومبیل برای حمل بار بمبلغ معین، قید شود که هرگاه ادارهٔ باربری بار را در مدت معین بمحل نرساند از اجرت معینه مبلغی کم گردد، عقد اجاره مزبور صحیح است، زیرا کلیه شرایط لازمه برای انعقاد معامله موجود میباشد و شرط ضمن عقد مزبور هم از شروط فاسده نمیباشد، این است که مادهٔ «۵۰۹» ق. م. میگوید: «در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که اگر موجر در وقت معین محمول را بمقصد نرساند مقدار معینی از مال الاجاره کم شود». و طبق مادهٔ «۵۱۷» ق. م.: «مفاد مادهٔ ۵۰۹ در مورد متصدیان حمل و نقل نیز مجری خواهد بود». از نظر تحلیلی مورد اجاره در فرض بالا- حمل مال التجاره بمحل در مقابل مقدار اجرتی میباشد، و چون وصول مال التجاره در مدت معین خصوصیت دیگری را در بر دارد که آن عنوان نیز مطلوب میباشد اجرت اضافی برای آن در نظر گرفته شده است، و چنانچه در خارج از مدت عمل انجام گردد آن مقدار اضافی کسر میشود، و امر مزبور خللی بصحت اجاره وارد نمیآورد.

فرع 4- در اجاره انسان میتوان انجام عملی را در زمانی در مقابل مبلغی و در زمان دیگر بدون عوض قرارداد،

چنانکه با متصدی حمل و نقل قرار داده شود که هرگاه مال التجاره معین را در ظرف ده روز بمقصد برساند یکصد تومان اجرت حمل دریافت دارد و چنانچه پس از ده روز بمقصد برساند مستحق اجرتی نمیباشد. از نظر تحلیلی عقد اجاره عبارت از قسمت اول میباشد که در مقابل حمل آن اجرت معین شده است و قسمت دوم که اجرتی بر آن مقرر نشده، لازمهٔ عقد اجارهٔ مزبور است، زیرا لازمه هر اجاره منع از یقین آن میباشد و در عقد اجاره چنانچه از منع از نقیض ذکر نشود عقد اجاره اقتضای آن را دارد و بوسیله

ذکر، مقتضا تأکید میشود و در صورتی که اجیر عمل را در مدت انجام ندهد اجاره باطل میگردد و بطلان اجاره مستند بفعل او است نه مستند بعقد اجاره و مستحق اجرت المثل عمل خود نیز نمیباشد، زیرا با تصریح بآنکه انجام عمل در خارج از مدت اجرت ندارد، معلوم میشود که عمل مزبور مورد استفادهٔ موجر نمیتواند قرار گیرد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲

و عمل انسان اگر چه محترم است ولی آن در مواردی میباشد که عمل لغو نباشد. عدهٔ از فقهاء اجاره مزبور را باطل میدانند، زیرا در نظر آنان هر دو قسمت مورد اجاره قرار میگیرد و تردید در اجاره موجب بطلان آنست، بنابراین در صورت انجام عمل در مدت اجیر مستحق اجرت المثل میگردد و چنانچه عمل حمل بار در خارج از مدت انجام گیر اجرتی ندارد، زیرا اجیر عمل لغو نموده که در بسیاری از موارد نیز مسبب توجه زیان بصاحب مال نیز میگردد که باید اجیر آن را جبران کند.

۲- آثار و احکام عقد اجاره

۱- چنانکه از مادهٔ «۴۶۶» ق. م. معلوم میگردد، در صورتی که مورد اجاره عین خارجی باشد اجاره عقدیست تملیکی و منفعت مورد اجاره بوسیلهٔ عقد بمستأجر منتقل میشود،

و از آن زمان مستأجر مالک منفعت خواهد بود و منفعت در ملک او حادث میگردد و متوقف بر امر دیگری نمیباشد، زیرا انتقال مورد بوسیله عقد، مقتضای سببیت عقد است. بعضی از فقهاء عامه برانند که منفعت در حین عقد معدوم است و بتدریج در ملک موجر حادث شده و بمستاجر منتقل میشود و اجرت المسمی تابع منفعت میباشد و آن نیز بتدریج بملکیت موجر داخل میگردد. فقهای شیعه در اجرت المسمی بر آنند که مانند منفعت بوسیلهٔ عقد بموجر تملیک میشود اگر چه مستأجر استیفاء منفعت ننماید و آن را تفویت کند، چنانکه هرگاه ملکی را کسی برای مدتی اجاره نماید و آن را رها کرده و انتفاع از آن برده نشود، اجرت المسمی ساقط نمیگردد.

در ملکیت مستأجر نسبت بمنفعت فرقی نمینماید که مدت اجاره متصل بعقد باشد یا منفصل از آن، بنابراین کسی که خانهٔ را از شش ماه پس از انعقاد اجاره برای یک سال اجاره مینماید بلافاصله پس از عقد مالک منافع مدت یک سال میگردد. و همچنین فرقی نمینماید که مورد اجاره اشیاء باشد یا حیوان یا انسان، زیرا در تمامی اقسام مزبور بنفس اجاره منافع بملکیت مستأجر در می‌آید.

موجر در مدت اجاره مالک عین مستأجره بدون منفعت (مسلوب المنفعه) خواهد بود و میتواند آن را بهر کسی بخواهد انتقال دهد، خواه آنکه منتقل الیه مستأجر

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۲، ص: ۲۳

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳

باشد یا شخص ثالث. اینست که قسمت اول مادهٔ «۴۹۸» ق. م. میگوید: «اگر عین مستأجره بدیگری منتقل شود اجاره بحال خود باقی است ...» زیرا آنچه انتقال داده میشود عین خالی از منفعت (مورد اجاره) میباشد و تنافی بین انتقال عین بدون منفعت و منفعت جداگانه نیست بنابراین مال الاجاره پس از انتقال عین مستأجره چنانکه مقرر بوده بموجر تأدیه میگردد اگر چه منتقل الیه مستأجر باشد، زیرا اجرت المسمی بوسیلهٔ عقد اجاره بملکیت موجر در آمده و تبعیت عین مستأجره را نمینماید و در اثر انتقال عین مستأجره

اختلاط حاصل نمیشود. در صورتی که اجاره بجهتی از جهات فسخ شود و یا بتراضـی طرفین اقاله گردد، مورد معامله بمالک قبل از عقد بر میگردد و موجر، مالک منفعت انتقالی میشود و میتواند هر تصرفی در منفعت بکند و بهر کس بخواهد آن را بنحوی از انحاء واگذار نماید.

در صورتی که مورد اجاره کلی باشـد، چنانکه کسـی بلیطی از شـرکت هواپیمائی اسـکاندیناوی بخرد که روز شـنبه به ژنو برود و یا کسـی را بطور مطلق اجیر نماینـد که عمـل ساختمـانی را انجام دهـد، اجاره در دو مورد مزبور عقـدیست عهـدی که در صورت اول تعهد بتملیک منفعت و در صورت دوم تعهد بانجام عمل شده است.

مال الاجاره در صورتی که عین شخصـی و خارجی باشد، بعقد اجاره بموجر منتقل میشود و ملکیت موجر نسبت بآن متزلزل میباشد و استقرار آن منوط است باستیفاء منافع از طرف مستأجر و یا چیزی که در حکم آن میباشد مانند گذشتن مدت مقرر و عدم استیفای منافع از طرف مسـتأجر. بنابراین در صورتی که در اثر تلف مورد اجاره، عقد منفسخ شود اجرت المسـمی نسـبت بمدت پس از تلف بمستأجر بر میگردد.

۲- عقد اجاره-

اشاره

عقد اجاره مانند عقد بیع لازم میباشد و طبق مادهٔ «۲۱۹» ق. م. بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها لازم الاتباع است مگر اینکه برضای طرفین اقـاله و یـا بعلت قانونی فسـخ شود، بنابراین اجاره ماننـد عقود جایزه بفوت یا جنون یکی از طرفین منحل نمیگردد. اینست که مادهٔ «۴۹۷» ق. م. میگوید: «اجاره بفوت موجر یا مستأجر باطل نمیشود». ذکر مادهٔ مزبور از نظر آنست که در مورد فوت موجر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴

یا مستأجر بین فقهای امامیه اختلاف عقیده است و آنان بر سه قولند:

اول- بطلان اجاره بفوت هر یک از موجر و مستأجر، قول مزبور مشهور بین قدمای از فقهای امامیه است.

دوم- بطلان اجاره بفوت مستأجر و عدم آن بفوت موجر و آن قول بسیاری از فقهای امامیه است.

سوم- عدم بطلان اجاره مطلقاً که مورد متابعت قانون مدنی قرار گرفته.

زیرا با لازم بودن عقد اجاره موجبی برای بطلان عقد مزبور بسبب فوت یکی از طرفین موجود نیست. قول مزبور بین فقهای متأخرین مشـهور است. بنابراین در صورتی که موجر فوت نماید عین مسـتأجره بدون منفعت بورثهٔ او خواهد رسید، همچنانکه هرگاه مستأجر فوت کند منافع از تاریخ فوت بورثهٔ او منتقل می‌شود و قائم مقام مورث خود خواهند بود.

تبصره ۱

در صورتی که در عقـد اجاره مباشـرت مسـتأجر قیـد شود و مسـتأجر مزبور در مـدت اجاره فوت نماید اجاره از تاریخ فوت او باطل میشود، مثلًا هرگاه کسـی خانه خود را برای مدت دو سال سـکونت مسـتأجر باو واگذار نماید و مستأجر مزبور پس از شش ماه فوت کند، اجاره نسبت بمدت باقی باطل میگردد، زیرا آنچه در اجاره مورد انتقال میباشد منفعت سکونت شخص مستأجر است و با فوت مسـتأجر منفعت سـکونت شـخص او و پیـدایش نخواهـد یـافت و بعبارت دیگر بزوال قیـد مقیـد معـدوم میشود، این است که ذیل مادهٔ «۴۹۷» ق. م. میگوید: «... اگر شـرط مباشـرت مستأجر شده باشد بفوت مستأجر باطل میگردد». منظور مادهٔ مزبور اجاره بقید مباشرت است و الا هرگاه اجاره بشـرط مباشـرت باشـد باین نحو که منفعت سـکونت در خانه، برای دو سال باجاره واگذار شود و در ضـمن عقد شـرط گردد که مسـتأجر باید شـخصاً بوسـیله سکونت در خانه استیفاء منفعت نماید، اجاره بفوت مستأجر باطل نمیشود بلکه در

اثر تعذر انجام شرط، موجر میتواند بدستور مادهٔ «۲۴۰» ق. م. عقد اجاره را فسخ بنماید. بدین جهت گفته شد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵

منظور مادهٔ «۴۹۷» قید مباشرت میباشد و در عبارت تسامح شده است و الا بطلان عقد اجاره در مورد تخلف شرط، بر خلاف قاعده ایست که قانون مدنی در احکام شرط رعایت نموده است و از نظر قانون‌گذاری تغییر مبنی پسندیده نیست.

در موردی که کسی بقید مباشرت اجیر شده باشد و فوت کند، اجاره از نظر خصوصیت مباشرت نیز باطل میگردد. ولی هرگاه شرط مباشرت شده باشد بفوت اجیر مستأجر میتواند از نظر تخلف شرط اجاره را فسخ بنماید و یا از حق شرط صرف نظر کند و عمل بوسیلهٔ ورثهٔ او انجام شود.

تبصره ۲

طبق قسمتی از ماده «۴۹۷» ق. م. در صورتی که موجر مادام الحیات مالک منافع باشد و بیش از مدت مزبور آن را باجاره واگذار کند، اجاره بفوت موجر باطل میگردد، چنانکه در مورد موصی له است که منافع ثلث، مادام الحیات باو واگذار شده باشد و همچنین است در مورد موقوف علیه و منتفع بعمر خود که دارای حق انتفاع تا زمان فوت خود هستند. و چنانکه گذشت، هرگاه برای مدت بیشتری آن را اجاره دهند، بفوت موجر کشف میشود که اجاره تا تاریخ فوت صحیح بوده و از آن زمان فضولی است.

۳- در صورتی که در عین مستأجره عیبی باشد که در اثر آن بمستأجر خساراتی وارد آید،

موجر ضامن آن نخواهد بود چنانکه در اثر اتصال سیمهای برق، در خانهٔ مورد اجاره حریق ایجاد شود و اثاثیهٔ مستأجر بسوزد یا سقف اطاق خراب شود و باثاثیه مستأجر خسارتی وارد آید، مگر آنکه طبق مادهٔ «۳۳۳» ق. م. مالک مطلع بر آن عیب بوده و رفع آن ننموده است و یا از عدم مواظبت او تولید شده باشد، زیرا چنانکه در مبحث تسبیب گذشت مالکیت شیء بخودی خود، موجب مسئولیت مالک از خساراتی که بسبب آن متوجه میگردد نمیباشد، این است که مادهٔ «۶۳۹» ق. م. میگوید: «هرگاه مال عاریه دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند، معیر مسئول خسارت وارده نخواهد بود مگر اینکه عرفاً مسبب محسوب شود. همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آنها نیز جاری میشود» بنابراین هرگاه در مثال بالا، مالک خانه سیم‌کشی را بسیم کش غیر متخصص واگذار نموده باشد و حریق در خانه در اثر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶

خرابی سیم‌کشی تولید شده، مالک مسئول خسارات واردهٔ بر مستأجر میباشد، زیرا این امر در عرف کنونی بمنزلهٔ عدم مواظبت مالک محسوب میگردد، همچنانی که خرابی طاق اطاق هرگاه در اثر شکستن یکی از تیرها باشد و با علم بآن، مالک بمعمار متخصص نشان ندهد و یا بدستور او عمل نکند، مسئول هر خساراتی خواهد بود که از شکستن تیر بمستأجر وارد آید.

۳- تکالیف موجر

۱- بدستور مادهٔ «۴۷۶» ق. م. موجر باید عین مستأجره را بمستأجر تسلیم نماید

اشاره

زیرا منافع عین مستأجره بوسیلهٔ عقد اجاره بملکیت مستأجر در می‌آید و مستأجر نمیتواند استیفاء منافع نماید مگر آنکه عین مستأجره در تمامی مدت در تصرف او باشد.

تکلیف مزبور مانند تکلیف بایع بتسلیم مبیع بمشتری میباشد که شق ۳ مادهٔ «۳۶۲» ق. م. مقرر داشته است.

هرگاه موجر از تسلیم عین مستأجره امتناع بنماید، بدرخواست مستأجر از دادگاه، ممتنع اجبار بتسلیم میشود. و بنابر آنچه در اجراء تعهدات گذشت، مستأجر نمیتواند در صورت امتناع موجر از تسلیم، اجاره را فسخ کند زیرا مادام که ایفاء تعهد ممکن است فسخ عقد مورد پیدا نمیکند، چه حق فسخ عقد در موردی است که جبران ضرر با بقاء اجاره بنحو دیگری میسر نباشد. اما در صورتی که اجبار موجر بتسلیم عین مستأجره بجهتی از جهات متعذر باشد، مستأجر میتواند اجاره را فسخ کند و یا بهمان وضع نگهدار دو برای مدتی که عین مستأجره تسلیم نشده اجرت المثل از موجر مطالبه نماید، زیرا در اثر عدم تسلیم، موجر سبب تفویت منافع ملکی مستأجر گردیده است.

طبق مادهٔ «۴۸۸» ق. م.: «اگر شخص ثالثی بدون ادعاء حقی در عین مستأجره یا منافع آن، مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننموده میتواند برای رفع مزاحمت و مطالبهٔ اجرت المثل بخود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط میتواند بمزاحم

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷

رجوع بکند».

شرایط پیدایش حق فسخ برای مستأجر در صورت مزاحمت شخص ثالث:

اول- مزاحمت شخص ثالث

منظور از مزاحمت مذکور در مادهٔ بالا- بقرینهٔ مطالبهٔ اجرت المثل، غصب عین مستأجره بوسیلهٔ شخص ثالث یا جلوگیری او از استفادهٔ مستأجر میباشد، زیرا در این دو صورت است که مستأجر مستحق اجرت المثل میشود و میتواند آن را از مزاحم بخواهد. و ضمان معاوضی قبل از قبض عین مستأجره مانع از مسئولیت مزاحم نمیباشد زیرا مزاحم، منافع ملکی مستأجر را استیفاء نموده و یا سبب تلف آن شده است.

دوم- مزاحمت باید بدون ادعاء حقی در عین مستأجره یا منافع آن باشد

شخص ثالث چنانچه سبب مزاحمت خود را وجود حقی در عین یا منفعت بداند، غیر مستقیم مدعی بطلان عقد اجاره است و با فرض بطلان، فسخ اجاره از طرف مستأجر موردی پیدا نمینماید، زیرا فسخ عقد با فرض صحت آن میباشد و برای دفع ضرر ناشی از عقد برقرار شده است و آن در موردیست که مزاحمت شخص ثالث بدون دعوی حق باشد، و صحت اجاره مورد انکار او قرار نگیرد، و الا در صورتی که اجاره در واقع باطل باشد قابل فسخ نخواهد بود.

سوم- مزاحمت شخص ثالث قبل از قبض عین مستأجره باشد

زیرا ضمان در معاملات معوض بتسلیم هر یک از عوضین، بطرف دیگر منتقل میشود و قبل از تسلیم، ضمان معاوضی بعهدهٔ ناقل است ولی چنانچه مزاحمت از طرف شخص ثالث، پس از تسلیم عین مستأجره بعمل آید، ضمان مزبور در اثر قبض بمستأجر منتقل گردیده و نمیتوان موجر را مسئول دانست.

چهارم- رفع مزاحمت شخص ثالث متعذر باشد

چنانچه مستأجر بتواند مزاحمت شخص ثالث را رفع بنماید، حق فسخ اجاره را نخواهد داشت، زیرا چنانکه گذشت طبق اصلی که

قانون مدنی از آن پیروی نموده است، خیار فسخ برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸

جلوگیری از ضرریست که در اثر بقاء عقد متوجه میگردد و با امکان رفع ضرر مزاحمت شخص ثالث در صورت بقاء عقد اجاره، موجبی برای فسخ آن نخواهد بود.

با اجتماع شرائط چهارگانه، مستأجر میتواند عقد اجاره را فسخ بنماید. اثر فسخ چنانکه گذشت از زمان انشاء فسخ است. بنابراین مستأجر نسبت بمدت قبل از فسخ مستحق اجرت المثل خواهد بود و میتواند بمزاحم رجوع کند، زیرا او مانع استیفاء و یا سبب تفویت منفعت شده است و موجر نسبت بمدت مزبور اجرت المسمی را نگهداشته و بقیه آن را بمستأجر پس میدهد. و هرگاه مستأجر اجاره را فسخ نکرد میتواند مادام که مزاحمت شخص ثالث ادامه دارد، اجرت المثل از او بخواهد همچنانی که اجرت المسمی را هم باید بموجر بپردازد.

تبصره

قانون مدنی پس از بیان حکم مزاحمت شخص ثالث از نظر مدنی در مادهٔ «۴۸۸» ق. م. بجنبهٔ آئین دادرسی فرع مزبور، در مادهٔ «۴۸۹» پرداخته و میگوید: «اگر شخصی که مزاحمت مینماید مدعی حق نسبت بعین مستأجره یا منافع آن باشد، مزاحم نمیتواند عین مزبور را از ید مستأجر انتزاع نماید مگر بعد از اثبات حق با طرفیت مالک و مستأجر هر دو».

از نظر تحلیلی، مستأجر بدو عنوان متصرف عین مستأجره میباشد: یکی بعنوان استقلالی و اصالت که مالکیت او نسبت بمنافع مدت اجاره است و دیگری بعنوان امانت و نمایندگی از طرف مالک. در صورتی که شخص ثالث بعنوان دعوی حق نسبت بعین یا منافع بخواهد عین مستأجره را از دست مستأجر خارج بنماید، چنانکه بدعوی مالکیت عین یا منفعت و یا داشتن حق انتفاع و امثال آن، خلع ید از عین مستأجره را بخواهد اگر چه مدعی مزبور میتواند بطرفیت هر یک از مالک و مستأجر بتنهائی اقامه دعوی بنماید و حقانیت خود را اثبات و حکم خلع ید بدست آورد، ولی چون مستأجر بدو عنوان، متصرف عین مستأجره است، حکم خلع ید بر علیه او اجرا نمیشود مگر آنکه طبق صریح مادهٔ «۴۸۹» اثبات حق بطرفیت مستأجر و مالک هر دو بعمل آمده باشد در این صورت حکم خلع ید بر علیه مستأجر اجرا میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹

دعوی تصرف عدوانی مشمول مادهٔ بالا میباشد، زیرا مدعی تصرف عدوانی اگر چه مستقیماً بعنوان داشتن حق نسبت بعین یا منفعت عین مستأجره اقامه دعوی نمینماید، و بعنوان آنکه قبلًا متصرف بوده و متصرف کنونی عدواناً آن را از تصرف او خارج نموده اقامهٔ دعوی میکند، ولی در حقیقت تصرف سابق خود را مبتنی بر حق عینی میداند که عودت تصرف را درخواست دارد. بدین جهت نمیتوان از نظر سطحی ماده را فقط شامل مواردی دانست که صریحاً خواهان در داد خواست خود دعوی حق نسبت بعین یا منفعت بنماید و بر عبارت خشک ماده جمود نمود.

عدهٔ از فقها بر آنند که فقط مستأجر میتواند بشخص ثالث مراجعه و اجرهٔ المثل بخواهد و نمیتواند اجاره را فسخ بنماید. در صورتی که شخص ثالث پس از مزاحمت، عین مستأجره را بمستأجر رد نماید، حق فسخ مستأجر ساقط نمیگردد، زیرا با ثبوت حق فسخ عقد اجاره در اثر مزاحمت شخص ثالث، در مورد شک در مفاد آن، طبق قاعده عقلی و مستنبط از مادهٔ «۳۵۷» قانون آئین دادرسی مدنی که میگوید: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقاء آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» بقاء حق فسخ استصحاب میشود.

در صورتی که موجر عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و مستأجر از اقباض آن خودداری نموده او نمیتواند از پرداخت اجرت

المسمی که عوض منافع تملیکی است امتناع نماید، زیرا سبب عدم استیفاء منافع، خود مستأجر بوده و اقدام بر ضرر خود کرده است. در صورتی که یکی از شرکاء سهم مشاع خود را باجاره واگذار نماید طبق صریح مادهٔ «۴۷۵» ق. م. تسلیم عین مستأجره منوط باجازهٔ بقیهٔ شرکاء میباشد.

بدستور مادهٔ «۴۷۷» ق. م.: «موجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوبه از آن را بکند». زیرا مقصود مستأجر از اجاره استیفاء منفعتی است که مورد اجاره قرار داده شده.

بنابر مستنبط از مادهٔ «۳۸۹» ق. م. که میگوید: «اگر در مورد دو مادهٔ فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰

را تأدیه کند». در صورتی که مستأجر عین مستأجره را تلف کند یا سبب تلف آن شود در حکم قبض است. تلف مزبور موجب انحلال عقد نمیگردد و مستأجر اجرت المسمای معینه را بموجر باید بپردازد زیرا مستأجر منافع ملکی خود را تفویت نموده است و نسبت بعین مستأجره در مقابل مالک مسئول میباشد. و مادهٔ «۴۹۶» ق. م. که میگوید:

«عقد اجاره بواسطهٔ تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل میشود ...» شامل مورد اتلاف و تسبیب نمیشود، زیرا عرفاً تلف شدن در موردی گفته میشود که در اثر عوامل طبیعی چیزی از بین برود و همچنین است هرگاه بوسیله حیوانی مالی تلف گردد، ولی هرگاه کسی آن را تلف کند عرفاً میگویند تلف کرد (بشرح مادهٔ مزبور مراجعه شود).

۲- کلیه مخارجی که برای بقاء عین مستأجره لازم است بعهدهٔ مالک آن میباشد

و هرگاه عرف محل اقتضاء نماید که مستأجر تأدیه و از موجر مطالبه نماید، مستأجر بطور متعارف پرداخته و از موجر دریافت خواهد داشت، مانند خوراک حیوان و امثال آن مگر آنکه عرف محل اقتضاء نماید که مستأجر از خود بپردازد، مانند برف‌روبی که در عرف کنونی بعهدهٔ مستأجر است اگر چه در اجارهٔ خانه نیز این امر بصورت شرط ذکر میشود.

۳- طبق مادهٔ «۴۸۶» ق. م.: «تعمیرات و کلیه مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است بعهدهٔ مالک است

مگر اینکه شرط خلاف شده یا عرف بلد بر خلاف آن جاری باشد و همچنین است آلات و ادواتی که برای امکان انتفاع از عین مستأجره لازم میباشد»، زیرا قابلیت استیفاء منفعت انتقالی متوقف بر آن است و از باب مقدمه بعهدهٔ موجر میباشد مانند زین و برگ در اجاره اسب و لامپ در اجارهٔ خانه و امثال آن. عموماً اشیاء مزبور چیزهائی هستند که در اثر انتفاع تلف نمیشوند مگر در موارد معینه نادره مانند آب در حمام و رنگ در اجیر نمودن رنگرز و امثال آن که بعهدهٔ مستأجر است. تشخیص آنکه کدامیک از ادوات و آلات لازمه برای انتفاع بعهدهٔ موجر است با عرف محل میباشد، چنانکه عرفاً در ماشین کردن اوراق، ماشین و روبان و کاغذ کربن بعهدهٔ اجیر و کاغذ کپیه بعهدهٔ مستأجر است. موجر و مستأجر میتوانند بر خلاف آنچه عرفاً مقتضای عقد اجاره است در عقد شرط کنند،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱

چنانکه در اجارهٔ خانه شرط شود که تعمیرات کوچک تا مبلغ معین بعهدهٔ مستأجر باشد.

۴- بدستور مادهٔ «۴۸۴» ق. م. «موجر نمیتواند در مدت اجاره در عین مستأجره تغییری دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد».

چنانکه هرگاه مورد اجاره مغازه باشد طاق آن را بر دارد و مبدل بحیاط بنماید، زیرا عمل موجر اگر چه تصرف در ملک خود است

موجب تعذر استیفاء منافع منظور از عین مستأجره میگردد و منافی با حق مالکیت مستأجر در منفعت است.

۵- موجر میتواند عین مستأجره را بهر کس بخواهد انتقال دهد،

زیرا مالک میتواند همه گونه تصرف در ملک خود بنماید. در این صورت اجاره بحال خود باقی است، زیرا انتقال عین بدون منفعت مدت اجاره منافات با اجارهٔ سابق ندارد، و هرگاه پس از انتقال عین، اجاره فسخ یا اقاله شود منافع مورد اجاره بموجر (یعنی مالک سابق) برمی‌گردد، زیرا مورد معامله در اثر انحلال عقد بمالک قبل از عقد برمی‌گردد.
در صورتی که مشتری در حین عقد بیع جاهل باشد که منافع مورد معامله قبلًا انتقال داده شده بوده و برای مدتی مسلوب المنفعهٔ است میتواند از نظر عیب، بیع را فسخ بنماید، زیرا مسلوب المنفعهٔ بودن مبیع، عرفاً نقص و عیب میباشد. و مشتری نمیتواند مبیع را نگهداشته و مطالبه ارش بنماید زیرا مواردی که در خیار عیب میتوان مال معیوب را نگهداشت و مطالبهٔ ارش نمود، در صورتیست که نقص و عیب در شیئی فی حد نفسه (یعنی در ذات شیء) باشد چنانکه در بیع گذشت بر خلاف مورد مزبور که ذات شیء صحیح است و نقص در منفعت میباشد. و همچنین است هرگاه مشتری میدانسته که مورد معامله برای مدت معینی در اجارهٔ غیر است ولی پس از معامله کشف شود که مدت اجاره بیش از آن است که تصور مینموده، زیرا مورد معامله باعتبار مدت زائد، معیوب میباشد. و در صورتی که مشتری در حین معامله عالم باشد که مورد معامله برای مدت اجاره مسلوب المنفعهٔ است نمیتواند اجاره را فسخ کند، زیرا با توجه بوضعیت مبیع معامله نموده است.
در صورتی که طرفین عقد بیع باعتقاد آنکه مدت اجاره هنوز باقی است و مورد
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲
معامله برای مدت چند ماه دیگر مسلوب المنفعهٔ است عین مستأجره را معامله نمودند و پس از معامله معلوم شود که مدت اجاره منقضی بوده است، منافع مدت مزبور متعلق بمشتری خواهد بود، زیرا منافع مادام که بغیر منتقل نشده تابع عین است. قول دیگری موجود است که منافع مدت مزبور را متعلق ببایع میداند و مانند آن است که منافع را طرفین از معامله استثناء نموده و بایع مسلوب المنفعه آن را واگذار کرده است. قول اخیر بنظر ضعیف میرسد، زیرا متبایعین منافع مدت مزبور را استثناء ننموده‌اند و مورد معامله مسلوب المنفعه واگذار نگردیده و تصور مسلوب المنفعه بودن کافی برای این امر نمیباشد. بلی در صورتی که در عقد بیع شرط شود که مبیع برای مدتی در اجاره غیر است و مبیع مسلوب المنفعه میباشد و بعداً معلوم گردد که اجاره منقضی است، منافع مدت مزبور متعلق ببایع خواهد بود، زیرا آنچه مورد معامله قرار گرفته عین مسلوب المنفعه میباشد. پرسشی که ممکن است پیش آید آن است که در فرض اول که منافع بتبع عین متعلق بمشتری خواهد بود، در صورتی که بایع در نتیجهٔ این امر مغبون گردد آیا میتواند بیع را فسخ نماید؟ در پاسخ گفته میشود مغبون در هر مورد میتواند معامله را فسخ نماید و اختصاصی بمورد مخصوص ندارد، زیرا در فرض بالا-بایع بقصد آنکه عین مسلوب المنفعه را بتنهائی در مقابل مبلغ معینی معامله نموده است و بعد معلوم شده که عین و منفعت را در مقابل آن مبلغ واگذار کرده است، متضرر میباشد.
فرقی نمینماید که مشتری مستأجر باشد یا شخص ثالث و عین را خریداری نموده است.

۴- تکالیف مستأجر:

۱- مستأجر باید طبق شق سوم مادهٔ «۴۹۰» ق. م: «مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند

و در صورت عدم تعیین موعد، نقداً باید بپردازد». بنابراین هرگاه کسی خانهٔ را برای یک سال بمبلغ چهل هزار ریال اجاره کند و طرفین قراری برای پرداخت مال الاجاره نگذارند، مستأجر باید بلافاصله پس از عقد تمامی آن را بموجر بپردازد، زیرا اجاره عقدی

است تملیکی و همچنانی که در اثر عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳

مزبور، معوض یکجا داخل در ملکیت مستأجر میگردد، عوض نیز هرگاه عین خارجی باشد دفعهٔ بموجر منتقل میشود و هرگاه کلی باشد بنفس عقد، مستأجر مدیون و موجر دائن میگردد، و میتواند آن را مطالبه کند. مالکیت موجر نسبت بمال الاجاره متزلزل است و با استیفاء منافع و یا آنچه در حکم آن است مانند گذشتن مدتی که مستأجر بتواند استیفاء منافع نماید اگر چه استیفاء نکند، مالکیت مستقر میشود.

فقهاء امامیه بر آنند که مال الاجاره پس از تسلیم عین مستأجره تأدیه میشود و در اجارهٔ اشخاص اجرت پس از انجام عمل، مگر آنکه خلاف آن شرط شود و یا عرف و عادت خلاف آن را اقتضاء نماید. بنابراین هرگاه موجر، وصی یا وکیل باشد نمیتواند اجرت را قبل از عمل اجیر بپردازد مگر باجازه صریح موصی یا موکل و الا ضامن آن خواهد بود.

مستأجر میتواند از تأدیه مال الاجاره امتناع نماید تا عین مستأجره باو تسلیم شود، همچنانی که موجر میتواند از تسلیم عین مستأجره خودداری کند تا مال الاجاره را قبض نماید، زیرا اجاره معاوضه است و چنانکه در بیع گذشت حق حبس از آثار آن میباشد. حق مزبور در صورتیست که بین طرفین برای تسلیم عین مستأجره یا تأدیهٔ مال الاجاره اجلی قرار داده نشده باشد، و الا هر یک از آن دو که حال باشد باید تسلیم شود و نمیتوان از تسلیم آن خودداری کرد تا اجل دیگری برسد. (مستنبط از مادهٔ «۳۷۷» ق. م. از نظر وحدت ملاک بیع و اجاره). در صورتی که در اجاره مقرر شده باشد که مال الاجاره باقساط معینه پرداخت گردد، مستأجر باید هر قسطی را در سررسید موعد مقرر بموجر بپردازد.

طبق مادهٔ «۵۰۵» ق. م.: «اقساط مال الاجارهٔ که بعلت نرسیدن موعد پرداخت آن، بر ذمه مستأجر مستقر نشده است بموت او حال نمیشود». علت این امر آن است که اجرت المسمی بر ذمه مستأجر مستقر نمیشود مگر آنکه منافع را استیفاء و یا تفویت نموده باشد، و چنانکه گذشت بتدریج که منافع حاصل میشود، اجرت المسمی بهمان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴

نسبت، بر ذمهٔ مستأجر مستقر میگردد و دینی که علت استقرار آن پس از فوت بوجود می‌آید نمیتواند بفوت حال گردد و چنانکه در حال شدن دیون مؤجلهٔ متوفی خواهد آمد، دیون مؤجله‌ای که بفوت مدیون حال میشود دیونی است که در حین فوت بر ذمه مدیون مستقر شده باشد.

۲- مستأجر باید طبق شق دوم مادهٔ «۴۹۰» ق. م.: «... عین مستأجره را برای همان مصرفی که در اجاره مقرر شده و در صورت عدم تعیین در منافع مقصوده که از اوضاع و احوال استنباط میشود استعمال نماید».

چنانکه هرگاه مغازهٔ برای فروش اجناس خرازی باجاره داده شده است، مستأجر نمیتواند آن را بمغازه شیرینی‌فروشی تبدیل نماید، زیرا علاوه بر آنکه مصرف مزبور مورد نظر موجر بوده (و الا آن را ضمن عقد قید نمینمود) مستأجر نیز تعهد بر آن کرده است و منفعت با قید مزبور بوسیلهٔ اجاره مورد انتقال قرار گرفته است. بدین جهت است که مادهٔ «۵۱۱» ق. م میگوید: «حیوانی که مورد اجاره است باید برای همان مقصودی استعمال شود که قصد طرفین بوده است، بنابراین، حیوانی را که برای سواری اجاره شده است نمیتوان برای بارکشی استعمال نمود». ولی هرگاه منفعتی که در اجاره تعیین شده است، بخصوصیت معینه، منظور موجر نباشد بدستور مادهٔ «۴۹۱» ق. م. «... مستأجر میتواند استفادهٔ منفعتی کند که از حیث ضرر مساوی یا کمتر از منفعت معینه باشد». زیرا هرگاه منفعتی که در اجاره قید شده خصوصیتی را در بر نداشته باشد آن منفعت مخصوص، مورد اجاره قرار نگرفته است و ذکر منفعت مخصوص برای تعیین نوع منفعت میباشد.

بنابراین مستأجر میتواند بمنفعتی شبیه بآن یا منفعتی که ضرر آن کمتر برای موجر باشد تبدیل بنماید، مثلًا کسی اتومبیلی را برای رفتن و برگشتن از تهران بکرج اجاره نموده است که خود براند، مستأجر میتواند بوسیلهٔ آن در عوض رفتن بکرج، از تهران بدربند شمیران برود و برگردد، زیرا خصوصیتی در راه کرج که مورد نظر موجر قرار گرفته باشد موجود نیست و از طرفی دیگر، راه دربند کوتاه‌تر و فرسودگی اتومبیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵

کمتر خواهد بود.

در صورتی که در عقد اجاره مصرف مورد اجاره تعیین نشده باشد، مورد اجاره طبق ذیل شق ۲ مادهٔ «۴۹۰» ق. م. در منافع مقصوده که از اوضاع و احوال استنباط میشود باید استعمال شود.

منظور از اوضاع و احوال، طبیعت و یا وضعیت ساختمانی عین مستأجره و موقعیت محل و عرف و عادت میباشد، بنابراین هرگاه کسی محلی را که بصورت کافه در یکی از خیابانهای پرجمعیت شهر میباشد باجاره واگذار کند، وضعیت ساختمانی اقتضا مینماید که منفعت کافه از او برده شود، و مستأجر نمیتواند آن را بگاراژ تبدیل نماید، زیرا این امر علاوه بر آنکه منافی با وضع ساختمانی است منافی با موقعیت مستغلات واقع در خیابان پرجمعیت شهر میباشد. همچنین هرگاه کسی اتومبیل سواری اجاره کند نمیتواند بوسیلهٔ آن آجر حمل کند، زیرا صورت اتومبیل سواری حاکی از مقصود طرفین در اجاره میباشد که برای سواری باجاره داده شده است.

مستأجر نمیتواند بدون اجازهٔ موجر در خانه یا زمینی که اجاره کرده است وضع بنا یا غرس اشجار کند. این است که ماده «۵۰۳» ق. م. میگوید: «هرگاه مستأجر بدون اجازه موجر در خانه یا زمینی که اجاره کرده وضع بنا یا غرس اشجار کند، هر یک از موجر و مستأجر حق دارد هر وقت بخواهد بنا را خراب یا درخت را قطع نماید در این صورت اگر در عین مستأجره نقصی حاصل شود بر عهدهٔ مستأجر است». زیرا مستأجر بهمان وضعیتی که خانه را اجاره نموده باید استیفاء منفعت بنماید و هرگاه در وضعیت آن تغییری دهد چنانکه در خانه یا زمین مورد اجاره بنا بسازد یا درخت بکارد، موجر میتواند مستأجر را مجبور نماید که مورد اجاره را بصورت اول در آورد، چون تصرف مستأجر بدون اجازهٔ موجر بوده است و در حکم غاصب میباشد. و همچنین مستأجر میتواند بنای خود را خراب و درختهائی را که نشانده بکند اگر چه مالک بدادن قیمت آنها حاضر شود، زیرا مستأجر مالك مصالحی است که بصورت بنا در آورده و مالك درختانی است که در زمین فرونشانده و میتواند هر گونه تصرفی نسبت بملك خود بنماید

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶

و در هر دو صورت هرگاه در عین مستأجره نقصی حاصل شود بر عهدهٔ مستأجر است، زیرا او سبب توجه خسارت وارده میباشد.

مستأجر نمیتواند بدون اجازهٔ مالك در عین مستأجره تعمیراتی بنماید، زیرا تصرف در مال غیر بدون اجازهٔ مالك آن جایز نمیباشد و هرگاه تعمیراتی کرد حق مطالبهٔ قیمت آن را نخواهد داشت و مانند عمل غاصب بشمار می‌آید. در صورتی که عین مال مستأجر که در مورد اجاره بکار رفته موجود و قابل انفکاک باشد، چنانکه پنجره یا نردهٔ بخانه افزوده شده باشد، مستأجر میتواند مال خود را کنده بردارد، همچنانی که مالك میتواند کندن آنها را از مستأجر بخواهد، زیرا مالکیت مستأجر از آنها در اثر بکار رفتن در بنا زائل نمیگردد (شرح این فرع در غصب مطالعه شود).

۳- طبق مادهٔ «۶۳۱» ق. م. عین مستأجره در دست مستأجر امانت است.

اشاره

و بدستور شق اول مادهٔ «۴۹۰» قانون مدنی باید در استعمال عین مستأجره بنحو متعارف رفتار کرده تعدی و تفریط نکند، زیرا عین

مستأجره متعلق بموجر و برای انتفاع از منفعت انتقالی، بتصرف مستأجر داده شده است چنانکه در مورد حق انتفاع و وقف و عاریه میباشد. در این صورت مستأجر طبق مادهٔ «۴۹۳» ق. م. نسبت بعین مستأجره ضامن نیست، باین معنی که اگر عین مستأجره بدون تعدی و یا تفریط کلًا یا بعضاً تلف شود مسئول نخواهد بود ولی هرگاه مستأجر از حد متعارف تجاوز کند و تعدی و یا تفریط بنماید در حکم غاصب و از زمان تعدی و تفریط ضامن آن میگردد اگر چه تلف و نقص در اثر تعدی و تفریط حاصل نشده باشد. بنابراین هرگاه کسی اسب سواری را اجاره نماید و بوسیله آن بار حمل کند و آن اسب در اثر دل درد بمیرد مستأجر ضامن تلف آن است اگر چه حمل بار سبب دل درد و مرگ اسب نبوده است.

در صورتی که مستأجر، عین مستأجره را در غیر موردی که در اجاره ذکر شده باشد یا از اوضاع و احوال استنباط میشود استعمال کند باید ممنوع گردد و چنانچه منع او ممکن نباشد، طبق مادهٔ «۴۹۲» قانون مدنی موجر حق فسخ اجاره را خواهد داشت، چنانکه مستأجر خانه، بیش از مقدار لازم آب از سر حوض در چاه روان

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۳۷

سازد یا اسب در خانه نگاهداری بنماید، و موجر هر چه او را منع کند مستأجر دست از عمل خود بر ندارد. ضمان مستأجر در مورد تعدی و تفریط تنافی با حق فسخ اجاره ندارد، زیرا حق فسخ برای جلوگیری از پیدایش ضرر مجدد و ضمان برای جبران ضرر وارده میباشد، بنابراین موجر خسارات گذشته را از مستأجر میخواهد و برای جلوگیری از ضرر بیشتر اجاره را نسبت بمدت باقی فسخ مینماید.

اجیر نسبت باشیائی که برای انجام عمل باو سپرده میشود نیز امین است، و در صورت تعدی و تفریط ضامن خواهد بود، بدین جهت است که مادهٔ «۵۱۶» ق. م میگوید: «تعهدات متصدیان حمل و نقل اعم از اینکه از راه خشکی یا آب یا هوا باشد برای حفاظت و نگاهداری اشیائی که بآنها سپرده میشود همان است که برای امانت‌داران مقرر است، بنابراین در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیائی خواهند بود که برای حمل بآنها داده میشود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء بآنان خواهد بود». این ماده اگر چه در مورد متصدیان حمل و نقل است، ولی از نظر وحدت ملاک مفاد آن در تمامی مورد اجاره اشخاص جاری میشود، بنابراین مسئولیت نوکر و کلفت نسبت باثاثیه که تحت اختیار آنها گذارده شده و صنعتگر نسبت بآنچه برای ساختن باو سپرده شده، مسئولیت امانت داران میباشد، که در باب ودیعهٔ قانون مدنی بیان شده است بدین جهت هرگاه اشیائی که تحت اختیار آنان است بدون تعدی و تفریط بسرقت برده شود یا تلف و ناقص گردد ضامن نخواهند بود.

فروع

فرع اول- زمانی که تعدی و تفریط شروع میشود،

مستأجر نسبت بعین مستأجره و اجیر نسبت بآنچه باو سپرده شده ضامن میگردد، زیرا از تاریخ مزبور سمت امانت زائل میشود. بنابراین هرگاه عین مستأجره بدون تعدی و تفریط ناقص گردد و پس از نقص مستأجر شروع بتعدی و تفریط کند و عین مستأجره تلف شود، مستأجر ضامن قیمت عین مستأجره پس از نقصان میباشد و باید قیمت آن را در حال نقصان بپردازد، زیرا نسبت بنقص امین بوده و مسئول نمیباشد. منظور ذیل مادهٔ «۵۱۶» ق. م. که میگوید: «... این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء بآنان خواهد بود». بر خلاف تعبیر بالا نمیباشد، زیرا چنانکه از قسمت اول ماده که مسئولیت متصدیان حمل و نقل

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۳۸

را، مسئولیت امانت‌داران دانسته، معلوم میشود که منظور ماده آنست که متصدیان حمل و نقل از تاریخ تحویل هرگاه تعدی و تفریط بنمایند مسئولیت خواهند داشت. عبارت ماده وافی برای اداء مقصود نمیباشد.

قانون مدنی در مورد متصدیان حمل و نقل، مقررات مربوطه بامانت داران را که اصل عدم مسئولیت میباشد مگر در صورت تعدی و تفریط، جاری نموده است. حکم مزبور بوسیلهٔ مادهٔ «۳۸۶» قانون تجارت مصوب ۱۳ اردیبهشت ماه ۳۱۱ ضمناً نسخ شده و بپیروی از قانون تجارت فرانسه مقرر داشته است که (اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود، مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط بجنس خود مال التجاره یا مستند بتقصیر ارسال‌کننده یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده‌اند و یا مربوط بحوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمیتوانست از آن جلوگیری نماید ...) زیرا اگر چه مادهٔ مزبور در امور تجاری است ولی چون مادهٔ اول قانون تجارت، تصدی بحمل و نقل را بهر نحوی باشد معامله تجاری محسوب داشته، لذا در تمام موارد، تصدی حمل و نقل مشمول مادهٔ «۳۸۶» قانون تجارت خواهد بود.

چنانکه در اتلاف و تسبیب گذشت، قیمت نقص و تلف در موقع تلف و نقص سنجیده خواهد شد، زیرا در آن زمان ذمه مشغول ببدل می‌گردد و مسئولیت عملی می‌شود.

فرع دوم- در صورتی که مستأجر عین مستأجره را در غیر موردی که بمنظور آن اجاره شده استفاده نماید،

چنانکه اتومبیلی که برای سواری اجاره شده بوسیلهٔ آن بار حمل نمایند، گفته شده که مستأجر باید علاوه بر اجرت المسمای معینه اجرت المثل منفعتی که استیفاء نموده بموجر بدهد، زیرا مستأجر منفعت مورد اجاره را تفویت نموده و مسئول اجرت المسمای معینه در عقد میباشد و چون از عین مستأجره استفادهٔ باربری کرده و آن امر مورد اجاره نبوده باید اجرت المثل آن را نیز بموجر بدهد. نظر مزبور در صورتی که نتوان در یک زمان از دو منفعت استفاده نمود بر خلاف انصاف قضائی است و موجر نمیتواند عوض دو منفعت را در یک زمان مستحق گردد، لذا بنظر میرسد که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹

برای حفظ حق مستأجر هر یک از دو عوض که بیشتر است موجر مستحق آن خواهد بود، بنابراین در صورتی که اجرت المثل بیشتر باشد، موجر مستحق آن میگردد، زیرا اجرت المثل عوض منفعتی است که استفاده شده و با استفادهٔ آن، استیفاء منفعت معینه در عقد ممکن نمیباشد، و چنانچه اجرت المسمی بیشتر باشد موجر آن را دریافت میدارد، زیرا نسبت بآن توافق بعمل آمده و اگر مستأجر آن را استیفاء نکرده در اثر استفادهٔ منفعتی که کمتر ارزش داشته، منفعت مورد اجاره را تفویت نموده است. ولی هرگاه دو منفعت طبیعتاً بنحوی باشد که بتوان در یک زمان هر دو را استیفاء نمود، قول بالا بنظر قوی میرسد.

فرع سوم- در صورتی که مقدار منفعت معینی مورد اجاره باشد و مستأجر بیش از آن مقدار استفاده بنماید،

چنانکه اتومبیلی برای بردن ششصد کیلو بار بمحلی اجاره شود ولی هشتصد کیلو بوسیلهٔ آن حمل گردد، بنظر میرسد که مستأجر باید علاوه بر اجرت المسمی، نسبت بمقدار زائد اجرت المثل بپردازد، زیرا اجرت المسمی در مقابل استیفاء مقدار منافع معینه است و در مقابل اضافه بار که خارج از عقد میباشد، طبق قاعده حقوقی باید اجرت المثل پرداخت شود. اجرت المسمای معینه در عقد را نمیتوان ملاک تعیین اجرت المثل برای مقدار اضافی قرار داد، زیرا طرفین عقد در تعیین اجرت المسمی نوعاً امور دیگری را غیر از ارزش منفعت در نظر میگیرند و در تعیین اجرت المثل فقط ارزش منفعت رعایت میشود.

آنچه گفته شد در صورتیست که مستأجر خود، مقدار محمول را تخمین زده باشد، ولی هرگاه موجر بار را تخمین کرده و اجرت المسمی در مقابل آن قرار داده شده باشد و بعداً معلوم شود که محمول بیش از مقدار تخمینی است، موجر مستحق اجرهٔ المثل زائد نمیباشد.

زیرا مورد مزبور مانند آنست که موجر حمل بار موجود را در مقابل اجرت المسمی، مورد عقد قرار داده و مقدار تخمین شده جنبهٔ

وصـفی داشـته و مستأجر هم در این امر مغرور شده است. اما در صورتی که تخمین بار بوسیله شخص ثالث بعمل آمده باشد چنانکه رانندهٔ اتومبیل محمول را تخمین نموده و عقـد اجاره بر آن قرار گرفته باشد، شـخص مزبور در مقابل موجر ضامن اجرت المثل زائد است اگر چه استیفاء منفعت آن را مستأجر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰

نموده، زیرا راننده موجب اغراء بجهل طرفین عقد شده است.

فرع چهارم – در ضمن عقد اجاره میتوان ضمان مستأجر را در صورت عدم تعدی و تفریط شرط نمود.

شرط مزبور از شـروط فاسـده مـذکور در مادهٔ «۲۳۲» ق. م. نمیباشـد و نمیتـوان آن را بر خلاـف مقتضـای عقـد اجـاره دانست، زیرا مقتضـای ذات عقـد اجـاره تملیـک منفعت بیش نیست. و چنانچه شـرط مزبور بر خلاف مقتضای اطلاق عقـد اجاره باشـد، شـرط بر خلاف مقتضای اطلاق عقـد، موجب بطلان آن نمیگردد، و بـدین جهت شـرط ضـمان در عاریه صـحیح میباشد و چنانکه در عاریه، مال در دست مستعیر امانت است در اجاره نیز عین مستأجره در دست مستأجر امانت میباشد و در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن نمیباشـد. اکثر فقهای امامیه شـرط مزبور را از نظر مخالفت با مقتضای عقـد اجاره باطل میشـمارند و صـحت شـرط مزبور را در عقد عاریه مستند بدلیل خاصی میدانند.

فرع پنجم – در صورتی که اجیر، در اثر انجام عمل مورد اجاره، موجب خسارت مستأجر گردد،

طبق مقررات مربوطه باتلاف و تسبیب ضامن آن خواهد بود، چنانکه خیاطی لباسی را خراب بدوزد یا در بریدن آن را کوتاه و تنگ ببرد، یا زرگری در سوار کردن نگین انگشتر آن را بشـکند، یا حمالی در بردن مال پایش بلغزد و بار را بشکند، یا پزشک و جراحی در اثر اشـتباه مـوجب نقص عضو یـا فوت مریض شود. در این امر فرق نمینمایـد که اجیر در فن خود عـالم بوده و یـا جاهـل باشـد و مسـتأجر را اغراء بجهـل نموده و خود را عـالم معرفی کرده است، همچنـانی که فرقی نمینمایـد که اجیر در صورت اتلاف احتیاطات لازمه را نموده یا اهمال کرده باشد.

اجیر میتواند قبل از انجام عمل از ضـمان ناشـیه از عمل خود در مقابل کسی که ممکن است متضرر گردد تبری بنماید، همچنانی که متضـرر میتواند پس از توجه خسارت اجیر را ابراء کند، چنانکه اغلب دیده میشود که جراحان قبل از انجام عمل جراحی در مواردی که عمل خطرناک است از بیمار و در بعض موارد از کسان او، نامهٔ مبنی بر عدم مسئولیت خود نسبت بعواقب وخیم عمل، دریافت میدارند. تبری از ضمان، طبق مادهٔ «۱۰» ق. م. و مستفاد از ماده «۲۹۰» ق. م. صحیح میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۱

۴– مستأجر نمیتواند از تصرفات موجر در عین مستأجره که منافی با منفعت واگذاری نباشد جلوگیری کند،

چنـانکه پشت‌بام را انـدود نمایـد یا درهای آن را رنگ کنـد اگر عین مسـتأجره خانه مسـکونی باشـد، زیرا مالک میتوانـد همه گونه تصرفی بدستور مادهٔ «۳۰» ق. م. در ملک خود بنماید، ولی نمیتواند بحقوق دیگران تجاوز کند.

همچنین مسـتأجر نمیتوانـد مـوجر را از تصـرفاتی که تـأخیر آن مـوجب تضـرر او میشود منع کنـد اگر چه این امر موجب تضـییع حق مستأجر گردد، مثلًا هرگاه خانهٔ برای مدت یک سال باجاره واگذار شود و در مدت اجاره در اثر موریانه یکی از تیرهای بام بشـکند و بیم آن رود که فشـار بام تیرهای دیگر را نیز بشـکند، موجر میتوانـد آن تیر را عوض کنـد اگر چه برای مـدت تعمیر، اطلاق مزبور قابل اسـتفاده نباشد، زیرا تعمیر بام موجب ضـرر مسـتأجر و تأخیر تعمیر تا انقضاء مدت اجاره، موجب ضرر موجر میگردد و با تزاحم

دو ضرر و سقوط آن دو، مالك طبق مادهٔ «۳۰» ق. م. که قاعده تسلیط را بیان مینماید میتواند تصرفات لازمه را در ملك خود بکند. این ستکه مادهٔ «۴۸۵» ق. م. میگوید:
«اگر در مدت اجاره در عین مستأجره تعمیراتی لازم آید که تأخیر در آن موجب ضرر موجر باشد، مستأجر نمیتواند مانع تعمیرات مزبور گردد اگر چه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر، نتواند از عین مستأجره کلًا یا بعضاً استفاده نماید، در این صورت حق فسخ اجاره را خواهد داشت». چنانچه مستأجر از فسخ اجاره صرفنظر نماید میتواند طبق مستفاد از مادهٔ «۴۸۳» ق. م. مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره را بنماید.

۵- طبق مادهٔ «۵۰۶» ق. م: «در اجاره عقار آفت زراعت از هر قبیل که باشد بعهدهٔ مستأجر است مگر اینکه در عقد اجاره طور دیگر شرط شده باشد».

زیرا منافع عین مستأجره بوسیلهٔ عقد اجاره متعلق بمستأجر میگردد و نقصانی که در اثر آفت در زراعت بوجود می‌آید در ملك متعلق بمستأجر است همچنانی که هرگاه اضافه بر عایدات معمول سنوات سابق بدست آید تعلق باو خواهد داشت (من له الغنم فعلیه الغرم). منظور از آفت زراعت در اجاره عقار، آفتهائی است که در طبیعت متوجه زراعت میگردد و موجب نقصان و فساد محصول میشود مانند سن، ملخ، کمی بارش و امثال آنها و آنچه
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۲
در اثر عیب در عین مستأجره حاصل شود از قبیل خرابی قنات و مانند آن از موضوع خارج است.
از نظر وحدت ملاک میتوان حکم مادهٔ بالا را در مورد آفت محصول درخت و بوته در اجارهٔ باغات نیز جاری ساخت.

۵- فسخ اجاره

اشاره

چنانکه مادهٔ «۴۵۶» ق. م. میگوید: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است». تمامی خیارات هفتگانه دیگر که در مادهٔ «۳۹۶» ق. م. نام برده شده در عقد اجاره جاری میشود و آنها عبارتند از: خیار شرط، خیار رؤیت و تخلف وصف، خیار غبن، خیار عیب، خیار تدلیس، خیار تبعض صفقه و خیار تخلف شرط. و همچنین است خیار تفلیس مذکور در مادهٔ «۳۸۰» ق. م. زیرا با عموم مادهٔ «۴۵۶» ق. م. و شباهت تامه که بین بیع و اجاره موجود است نمیتوان با وحدت ملاک، حکم مادهٔ «۳۸۰» را در اجاره جاری نساخت. تمام احکام خیارات که در بیع ذکر گردید مگر آنچه صراحتاً در قانون استثناء شده و شرح آن بیان خواهد شد، در اجاره نیز جاری میشود.
قانون مدنی در فصل اجاره در موارد مختلفه بذکر احکام خیار تخلف شرط، عیب، تبعض صفقه و خیار شرط پرداخته و نسبت ببقیهٔ خیارات ساکت مانده و ببیان مادهٔ «۴۵۶» اکتفاء نموده است.

۱- خیار تخلف شرط-

قانون مدنی در ذیل مادهٔ «۴۹۶» میگوید: «... و نسبت بتخلف از شرائطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت میگردد». مثلًا هرگاه در عقد اجاره مستأجر بر موجر شرط نماید که تعمیراتی در مورد اجاره بنماید و یا ساختمانی اضافه کند و بعداً موجر از انجام آن امتناع بنماید، مستأجر میتواند اجاره را فسخ کند و یا بهمان نحو نگه بدارد و تقلیل نسبی مال الاجاره را نمیتواند مطالبه نماید. همچنانی که هرگاه موجر بر مستأجر شرط کند که مستأجر مورد اجاره را بدیگری واگذار ننماید و

یا آن را محل شغل و کسب مخصوص

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۳

قرار دهد بتخلف مستأجر، موجر میتواند اجاره را فسخ کند.

چنانکه در احکام خیارات گذشت در خیار تخلف از شرط فعل، دو نظریه نزد فقهای امامیه مشهور است: یکی آنکه بنفس تخلف از شرط، مشروط له میتواند عقد اصلی را فسخ کند و دیگر آنکه هرگاه مشروط علیه تخلف از شرط نماید میتواند او را اجبار بانجام آن بنماید و چنانچه اجبار او ممکن نشد و دیگری هم نتواند از طرف او آن را انجام دهد، مشروط له حق فسخ عقد اصلی را خواهد داشت. قانون مدنی در مواد «۲۳۷»- «۲۳۹» که احکام تخلف از شرط را بیان مینماید پیروی از نظریه اخیر نموده است. ولی در مادهٔ «۴۹۶» که میگوید: «خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت میگردد» مانند آن است که در مورد اجاره از نظر سابق خود عدول نموده و نظریه اول را پیروی کرده است، با آنکه خصوصیتی. در عقد اجاره موجود نیست که خیار تخلف از شرط ضمن آن، موجب این امر شده باشد. بنابراین ناچار باید این امر را حمل بر عدم توجه بنظریهٔ سابق نمود. از نظر قضائی با تصریح مادهٔ «۴۹۶» ق. م. بآنکه خیار فسخ از تاریخ تخلف برای مشروط له ثابت میگردد، دشوار بنظر میرسد که مقررات مذکوره در مواد «۲۳۷»- «۲۳۹» را در مورد تخلف از شرط ضمن عقد اجاره جاری نمود.

۲- خیار عیب-

اشاره

و در آن سه فرض تصور میشود:

الف- معیوب بودن عین مستأجره در حین عقد

مادهٔ «۴۷۸» ق. م. میگوید:

«هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده، مستأجر میتواند اجاره را فسخ کند یا بهمان نحوی که بوده است اجاره را باتمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب کند بنحوی که بمستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد».

در خیار عیب چنانکه در بیع گذشت، در صورتی که مشتری بیع را فسخ ننماید، میتواند مبیع را نگهداشته و از بایع ارش بخواهد، ولی در اجاره چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید مستأجر میتواند اجاره را فسخ کند و یا آن را با تمام اجرت بهمان نحو

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۴

قبول نماید و حق مطالبهٔ ارش ندارد. نظریه مزبور در اجاره عقیدهٔ عدهٔ از فقهاء امامیه است و چنین استدلال مینمایند که چون جبران ضرر مستأجر بوسیلهٔ فسخ عقد اجاره ممکن خواهد بود، موجبی برای اخذ ارش موجود نیست، و مطالبهٔ ارش در بیع بر خلاف قاعده و مستند بدلیل خاص (خبر) میباشد. بعضی دیگر از فقهای امامیه در مورد خیار عیب در اجاره، بمستأجر نیز حق اخذ ارش داده‌اند.

عیبی که موجب پیدایش خیار فسخ است باعتبار مورد معامله سنجیده میشود، بدین جهت موجب خیار عیب در بیع، هر زیاده و نقصانی است در مبیع که عرف زمان و محل آن را عیب بداند، خواه در منافع مال تأثیر داشته و موجب نقصان آن یا صعوبت انتفاع گردد، و یا تأثیر نداشته و فقط از زیبائی و رغبت بآن بکاهد. ولی عیبی که موجب پیدایش خیار فسخ در اجاره میشود طبق مادهٔ «۴۷۹» ق. م. عیبی است که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد، زیرا مورد حقیقی عقد اجاره منفعت است و باعتبار ارزش آن اجرت المسمی تعیین میگردد، مثلًا خانه‌ای که بعضی از تیرهای سقف آن پوسیده است هرگاه مورد بیع قرار گیرد و مشتری جاهل بآن باشد، میتواند آن را فسخ نماید و حال آنکه هرگاه خانهٔ مزبور مورد اجاره برای مدت یک سال قرار گیرد و

هیچ گونه خطری نداشته باشد و بتواند چندین سال آن تیرها دوام کند، مستأجر نمیتواند اجاره را باستناد آن فسخ بنماید، زیرا پوسیدگی تیر سقف تأثیری در منفعت از حیث نقصان و یا صعوبت در انتفاع ندارد. نقص یا زیاده در عین مستأجره که موجب کمی رغبت و تمایل نسبت بآن گردد اگر چه سبب نقصان منفعت و صعوبت در انتفاع نباشد ایجاد حق فسخ برای مستأجر مینماید. چنانکه هر گاه اتومبیلی را کسی اجاره نماید که عصر جمعه در خیابانهای پرجمعیت شمیران بگردش برود و در موقع اجاره، اتومبیل را از یک سمت دیده است، عصر جمعه که میخواهد سوار آن گردد متوجه میشود که رنگ سمت دیگر آن رفته و با رنگ قرمز آستر نموده‌اند و یک گلگیر هم ندارد، مستأجر میتواند اجاره را فسخ کند، زیرا این گونه امور اگر چه تأثیری در منفعت منظور که گردش باشد نمیکند ولی رغبت افراد و تمایلات آنان نسبت بآن فرق مینماید و کسی که در محلهای پرجمعیت بگردش و تفریح میرود حاضر نیست که در اتومبیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۵

بدون رنگ و گلگیر سوار شود.

در صورتی که عیب در بعض از عین مستأجره موجب عدم قابلیت و یا صعوبت انتفاع از آن بعض گردد از قبیل مرطوب بودن بعضی از اطاقهای خانهٔ مورد اجاره بطوری که در آنها سکونت نتوان نمود و یا سکونت در آن ببهداشت ساکنین زیان وارد آورد، مستأجر میتواند تقلیل نسبی مال الاجاره را بخواهد و یا اجاره را فسخ کند، زیرا عدم قابلیت و یا صعوبت انتفاع از بعض مورد اجاره، مانند تلف بعض از آن میباشد که مورد حکم مادهٔ «۴۸۳» ق. م. است. نمیتوان تلف بعض منافع را در مورد اجاره مانند عیب بعض از مبیع بشمار آورد و تقلیل نسبی مال الاجاره را ارش دانست، بلکه تلف بعض منافع مانند تلف بعض از مبیع قبل از قبض است که موجب خیار تبعض صفقه میباشد.

طبق ذیل مادهٔ «۴۷۸» ق. م.: «... ولی اگر موجر رفع عیب کند بنحوی که بمستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد». حکم مزبور مبتنی بر قاعدهٔ حقوقی است که حق فسخ عقد اجاره در اثر عیب بکسی داده میشود که از عیب متضرر شود تا بوسیلهٔ اعمال حق فسخ بتواند از ضرر بخود جلوگیری بنماید، و در صورتی که در اثر عیب ضرر متوجه مستأجر نشود خیار فسخ اجاره بوجود نخواهد آمد. بنابراین هر گاه عیب بنحوی رفع گردد که هیچ مقداری از منفعت مورد اجاره تفویت نشود یعنی مستأجر متضرر نگردد، موجبی برای پیدایش حق فسخ نخواهد بود.

در این امر فرقی نمی‌نماید که عیب در حین عقد موجود باشد یا پس از عقد حاصل گردد، خواه قبل از قبض باشد و یا در اثناء مدت.

ب- معیب شدن عین مستأجره بعد از عقد و قبل از قبض

چنانکه قسمت اول مادهٔ «۴۸۰» ق. م. میگوید: «عیبی که بعد از عقد و قبل از قبض منفعت در عین مستأجره حادث شود موجب خیار است ...». زیرا مسئولیت انتقال دهنده نسبت به مال مورد انتقال در عقد تملیکی تا زمان تسلیم آن، به انتقال‌گیرنده موجود و سپس ساقط میگردد.

بنابراین عیب قبل از قبض مانند عیب قبل از عقد بعهدهٔ ناقل میباشد که در اثر آن قانون

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۶

حق فسخ بمنتقل الیه میدهد، بدین جهت است که مادهٔ «۴۲۵» ق. م. در عیب مبیع میگوید: «عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است». با توجه بآنچه در عیب موجود حین عقد بیان گردید و دستور مادهٔ «۴۲۵» ق. م.

در عیب قبل از قبض، در صورتی که عین مستأجره بعد از عقد و قبل از قبض معیب شود مستأجر میتواند اجاره را فسخ و یا بهمان

نحو بدون اخذ ارش قبول نماید.

ج- معیب شدن عین مستأجره در اثناء مدت اجاره

طبق ذیل مادهٔ «۴۸۰» که میگوید: «... و اگر عیب در اثناء مدت اجاره حادث شود نسبت ببقیه مدت خیار ثابت است». عقد اجاره باعتبار مدت، منحل بدون عقد میشود که نسبت بمدت قبل از حدوث عیب صحیح، و نسبت بمدت بعد از حدوث آن قابل فسخ میباشد، زیرا منافع مدت قبل از پیدایش عیب، سالم بوده و بوسیلهٔ مستأجر استیفاء نیز شده است و بدین جهت عقد اجاره تا تاریخ پیدایش عیب صحیح شناخته میشود و از تاریخ مزبور که نقصان منفعت و یا صعوبت در انتفاع حادث شده است، مستأجر برای جبران ضرر خود میتواند عقد اجاره را نسبت بآن مدت منحل نماید.

خیار عیب در مورد اجاره، چنانکه از مادهٔ «۴۳۵» ق. م. در مورد مبیع استنباط میشود، بعد از علم بآن فوری است و هرگاه مستأجر با علم بخیار در اعمال حق فسخ تأخیر بنماید خیار ساقط میشود.

چنانکه در بیع گذشت در صورتی مستأجر میتواند در اثر وجود عیب اجاره را فسخ بنماید که مورد اجاره عین شخصی باشد و الا طبق مادهٔ «۴۸۲» ق. م.: «اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که موجر داده معیوب در آید مستأجر حق فسخ ندارد و میتواند موجر را مجبور بتبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت». زیرا در فرض مزبور آنچه مورد تعهد در عقد اجاره است، تملیک فرد سالم از منفعت کلی میباشد که باید موجر بوسیلهٔ تسلیم آن بمستأجر انجام دهد و پس از کشف از وجود عیب در فردی که تسلیم مستأجر شده، معلوم میگردد که موجر تعهد خود را که تسلیم فرد سالم میباشد انجام نداده است، بنابراین مستأجر میتواند فرد معیوب را

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۷

رد نموده و فرد سالمی را از موجر بخواهد، و میتواند فرد معیوب را بجای فرد سالم بپذیرد.

و اگر تبدیل آن ممکن نباشد، چنانکه در محل مزبور فرد دیگری از کلی یافت نشود، مستأجر حق فسخ عقد اجاره را خواهد داشت، مانند آنکه کسی اتومبیل مدل مخصوصی را با گنجایش معین برای یک ماه اجاره نماید و فردی را که موجر بقبض مستأجر میدهد معیوب باشد و فرد دیگری با آن خصوصیات در آن محل یافت نشود، در این صورت برای رفع ضرر متوجهٔ بمستأجر، طریقی جز فسخ نمیتوان اندیشید.

در این امر فرقی نمی‌نماید که عیب در عین مستأجره در حین عقد موجود بوده یا پس از عقد حادث شود، خواه آنکه قبل از قبض باشد و یا در اثناء مدت، زیرا ملاک مادهٔ بالا در تمامی موارد مزبوره جاری میگردد.

تبصره عیب در اجرت المسمی-

اجرت المسمی در صورتی که منفعت شخصی باشد از لحاظ احکام عیب، مانند منفعت عین مستأجره است، بنابراین هرگاه اجرت المسمی در حین عقد معیوب باشد موجر فقط میتواند اجاره را فسخ بنماید و نمیتواند ارش بخواهد، زیرا آنچه مناط عدم مطالبهٔ ارش در مورد منفعت عین مستأجره است، در اجرت المسمائی که منفعت میباشد نیز موجود است و فرق آن دو مانند فرق بین ثمن و مثمن اعتباری است، بخلاف آنکه اجرت المسمی عین خارجی باشد که در این صورت هرگاه در حین عقد معیوب باشد، موجر میتواند عقد را فسخ کند و یا آن را با اخذ ارش قبول بنماید، چنانکه در مبیع گذشت، زیرا از نظر وحدت ملاک. حکم مورد مزبور مانند حکم خیار عیب در مبیع میباشد.

۳- خیار تبعض صفقه-

مادهٔ «۴۸۳» ق. م. میگوید: «اگر در مدت اجاره عین مستأجره بواسطهٔ حادثهٔ کلًا یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت بمقدار تلف شده منفسخ میشود و در صورت تلف بعض آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت ببقیه فسخ کند یا فقط مطالبهٔ تقلیل نسبی مال الاجاره نماید». بیان حکم خیار تبعض

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۴۸

صفقه در مادهٔ بالا، بتبع بیان حکم تلف عین مستأجره میباشد. مورد مزبور در اجاره دارای حکم مخصوصی نیست، بلکه همان است که در خیار تبعض صفقه در بیع بیان گردید.

عقد اجاره در مورد تلف بعض از عین مستأجره باعتبار تعدد مورد، منحل بعقود متعدده میشود و نسبت بقسمت تالف، عقد منفسخ میگردد و نسبت بقسمت باقیمانده، مستأجر دارای خیار تبعض صفقه است، یعنی میتواند آن را فسخ کند، در این صورت تمامی عقد اجاره منحل میشود و اجرت المسمی نسبت بمدت پس از فسخ، بمستأجر مسترد میگردد و هر گاه آن را نپرداخته ساقط میشود. و در صورتی که مستأجر نخواهد از حق خیار خود استفاده کند و اجاره را فسخ نماید، عقد اجاره در بقیه مدت نسبت بقسمت باقی ادامه خواهد داشت. در این صورت باید مقداری از اجاره که در مقابل قسمت تالف قرار میگیرد تعیین سود، زیرا در اثر انفساخ قسمتی از عقد، ناچار مقداری از اجرت المسمی بخودی خود بمالك قبل از عقد برمی‌گردد. این است که در ماده بالا میگوید مستأجر فقط مطالبهٔ تقلیل نسبی مال الاجاره را میتواند بنماید.

۴- خیار شرط

مادهٔ «۴۹۸» ق. م. میگوید: «اگر عین مستأجره بدیگری منتقل شود اجاره بحال خود باقی است مگر اینکه موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد». شرط فسخ برای موجر در صورت فروش عین مستأجره بیکی از صور ذیل است:

الف- ضمن عقد اجاره برای موجر در تمامی مدت اجاره حق فسخ شرط میشود، ولی اعمال آن متوقف بر فروش عین مستأجره است.

ب- ضمن عقد اجاره شرط میشود که اگر موجر عین مستأجره را بفروشد حق خیار برای او بوجود آید (شرط خیار در مورد مزبور بطور تعلیق است و پیدایش آن متوقف بر فروش عین مستأجره میباشد).

ج- ضمن عقد اجاره شرط میشود که چنانچه موجر عین مستأجره را بفروشد عقد بخودی خود منفسخ گردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۴۹

د- ضمن عقد اجاره شرط میشود چنانچه موجر عین مستأجره را بفروشد، مستأجر ملزم باشد اجاره را فسخ نماید. در این صورت پس از فروش عین مستأجره هر گاه مستأجر اجاره را فسخ ننماید اجبار بفسخ میشود.

مادهٔ بالا ناظر بیکی از دو صورت الف و ب میباشد و چنانکه در بیع شرط گذشت قرار دادن شرط ضمن عقد بیکی از دو صورت ج و د- طبق مادهٔ «۱۰» قانون مدنی صحیح خواهد بود.

مادهٔ «۴۹۸» ق. م. شرط خیار را در صورت فروش عین مستأجره بیان نموده است و الا طبق مادهٔ «۴۵۶» ق. م. و مادهٔ «۳۹۹» ق. م. میتوان ضمن عقد اجاره شرط نمود که در مدت معین برای موجر یا مستأجر یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد.

آثار فسخ-

در احکام خیارات گذشت که اثر فسخ مانند اقاله است و عقد از زمان انشاء فسخ، منحل میشود و هر یک از دو مورد بمالك قبل از

عقـد بر میگردد، و در صورتی که بعض یا تمام هر یک از دو مورد تلف شـده باشـد بـدل آن در عوض داده خواهـد شـد. در مورد اجاره طبق قاعـدهٔ مزبور در صورتی که اجاره بجهتی از جهات فسخ شود، عقد منحل شده و منفعت مورد عقد بملکیت موجر و مال الاجاره بملکیت مسـتأجر عودت می‌یابـد. در صورتی که مقداری از منفعت بوسـیلهٔ مسـتأجر استیفاء شده باشد، چنانکه فسخ در اثناء مـدت بعمل آیـد عـده‌ای از فقهای امامیه بر آنند که مسـتأجر، بدل آن را که اجرت المثل آن مدت باشد، بموجر میدهد، زیرا در اثر فسـخ هر یک از عوضـین بمالک قبل از عقـد بر میگردد و چنانچه تلف شـده باشد بدل آن داده خواهد شد و در فرض مزبور در اثر استیفاء مستأجر، مقـداری از منافع تلف شده است و بدل آن که اجرت المثل است جانشین آن میگردد. همچنانی که هرگاه تمام یا بعض مال الاجاره نزد موجر تلف شـده باشـد موجر بـدل آن را از مثل یا قیمت بمسـتأجر خواهد پرداخت. قول مشـهور بر آنست که هرگاه مستأجر عقد اجاره را فسخ نماید، عقد باعتبار مدت منحل میگردد و اجاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۰

نسبت بمدت باقیمانده فسخ میشود و اجرت المسـمی نسبت بمدت مزبور بمسـتأجر مسترد میگردد، و اما اجاره نسـبت بمدت قبل از فسـخ بحال خود باقی است. بعضـی دیگر از فقها بر آننـد که هرگاه علت فسـخ در حین عقـد موجود باشـد، ماننـد مورد خیار غبن و تـدلیس در صورتی که مسـتأجر اجاره را فسـخ کند تمامی منافع مورد اجاره بموجر مسترد میگردد و چنانچه مسـتأجر استیفاء تمام یا بعض منفعت را کرده باشـد اجرت المثل آن مدت را بموجر میپردازد، ولی هرگاه علت فسخ پس از عقد در اثناء مدت اجاره حادث شود ماننـد موردی که عین مستأجره معیوب گردد مسـتأجر میتوانـد اجاره را نسبت ببقیه مـدت فسخ نماید و اجرت المسـمای مدت مزبور فقط بمستأجر مسترد میشود.

قانون مـدنی متابعت از قول اخیر نموده است و حکم فسخ خیاراتی که سـبب آن در اثناء مدت اجاره پیدا میشود در ذیل مادهٔ «۴۸۰» که میگویـد: «... و اگر عیب در اثناء مـدت اجاره حادث شود نسبت ببقیـهٔ مـدت خیار ثابت است». متذکر شده است، و حکم فسـخ خیـاراتی که علت آن در حین عقـد موجود است بیـان نکرده و بر قاعـدهٔ کلی که در اقاله و فسـخ بیان گردیـده برگزار نموده است. بنظر میرسـد که قول مزبور بـا منطق و قواعـد حقوقی بیشـتر موافقت دارد، زیرا در صورتی که سـبب فسـخ در اثنـاء عقـد بوجود آیـد چنانکه در مورد مذکور مادهٔ قبل است، منفعت قبل از پیدایش سـبب خیار سالم و طبق منظور مستأجر بوجود آمده است و آنچه پس از پیـدایش سـبب (عیب) است موافق با مقصود نمیباشـد، مثلا در مثال بالا پس از پیـدایش عیب در اثناء مدت، منافع معیوب است و قبل از آن منافع سالم، این تفاوت موجب تعـدد مورد عقـد (منفعت باعتبار مـدت) میگردد و باعتبار مزبور عقـد منحل بعقود متعـدده میشود و حق فسخ نسـبت بمنفعت معیوب که پس از پیدایش سـبب بوجود می‌آید حاصل میگردد. اما در صورتی که سبب فسخ، در زمان عقـد باشـد، چنانکه عین مسـتأجره در حین عقـد معیوب بوده و یا مسـتأجر مغبون باشد و یا در عین مسـتأجره تدلیس بکار رفته است، در تمامی مدت اجاره، منافع موافق با منظور مستأجر نبوده و حق خیار نسبت بتمامی مورد برای او موجود میباشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۱

و اطلاع او بر خیار و همچنین اخذ بآن در اثناء مدت موجب تعدد اعتباری عقد نمیشود.

بنابراین طبق قاعدهٔ کلی در فسخ، در اثر اعمال حق فسخ تمامی مورد اجاره که منفعت باشد بموجر بر میگردد و در مقابل آن تمامی اجرت المسـمی بمسـتأجر مسترد میشود، و در عوض منفعتی که مسـتأجر استیفـاء نموده و یـا آن را تفویت کرده اجرت المثل بموجر خواهد پرداخت.

۶- بطلان اجاره

۱- فقدان یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله

در صورتی که یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله مذکور در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. موجود نباشد، اجاره باطل است اگر چه طرفین یا یکی از آنها جاهل باین امر باشند و طبق مستفاد از مادهٔ «۳۶۵» ق. م. در مورد بیع، اجاره فاسد اثری در تملک ندارد و معلوم میگردد که منفعت بمستاجر و اجرت المسمی بموجر منتقل نشده است. بنابراین طبق مستفاد از مادهٔ «۳۶۶» ق. م. در مورد بیع، مالی را که هر یک از طرفین قبض نموده باید بصاحبش رد کند و اگر تلف یا ناقص شده است ضامن آن خواهد بود، بدین جهت چنانچه موجر اجرت المثل را دریافت داشته باشد آن را بمستأجر مسترد میدارد و اگر مستأجر استیفاء منفعت از عین مستأجره کرده است اجرت المثل آن را بموجر میدهد.

بعض از حقوقیین، در صورتی که موجر در حین عقد عالم ببطلان عقد اجاره باشد در استحقاق او نسبت باجرت المثل اشکال نموده‌اند، مخصوصا هرگاه مستأجر جاهل ببطلان عقد باشد، زیرا موجر با تسلیم عین مستأجره بمستأجر هتک حرمت مال خود نموده و مانند آن است که منفعت را باو اباحه کرده باشد. اشکال اینان چنانکه در بیع فاسد گذشت وارد نمیباشد، زیرا موجر اگر چه در حین عقد عالم ببطلان اجاره بوده، در تسلیم مال بمستأجر قصد اباحهٔ منفعت یا تملیک مجانی آن را نداشته است، بلکه میخواسته در مقابل تملیک منفعت، مال الاجارهٔ قراردادی را تملک نماید، ولی قانون مانع از اجرای نقشهٔ موجر گردیده و مالکیت مستأجر را نسبت بمنفعت نشناخته است، و چون مستأجر منفعت ملکی موجر را استیفاء نموده باید عوض آن را که اجرت المثل است بموجر بدهد، و جهل مستأجر هم ببطلان اجاره موجب استیفاء

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۲

مجانی او نمیگردد. و همچنین است در اجاره انسان در صورتی که اجاره باطل باشد، یعنی باید مستأجر اجرت المثل عمل اجیر را بپردازد اگر چه اجیر عالم ببطلان عقد بوده است، زیرا با عدم قصد تبرع از طرف اجیر نمیتوان عمل او را بدون اجرت گذارد.

اجرت المثل بتراضی طرفین تعیین میشود و در صورت عدم توافق آنان بوسیلهٔ کارشناس معین خواهد شد، اگر چه مقدار آن چندین برابر زیادتر و یا کمتر از اجرت المسمای مذکور در عقد باطل باشد. اجرت المسمای معینه در عقد را نمیتوان معیار اجرت المثل قرار داد، زیرا تراضی طرفین بمقدار اجرت المسمی در ضمن عقد اجاره بر فرض صحت، با در نظر گرفتن اموری مانند مدت و شروط مندرجه در آن بوده است، و چون کشف شود که اجاره باطل است آن امور رعایت نمیگردد چنانکه در تلف مبیع نزد مشتری در بیع فاسد گذشت.

۲- تلف شدن عین مستأجره قبل از قبض یا بلافاصله پس از تسلیم

طبق قسمت اول مادهٔ «۴۹۶» ق. م.: «عقد اجاره بواسطهٔ تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل میشود ...». بنابراین چنانچه عین مستأجره قبل از قبض تلف شود و یا بلافاصله بعد از تسلیم آن بمستأجر تلف گردد اجاره باطل است و باید موجر اجرت المثل را چنانچه دریافت نموده باشد پس دهد.

۳- انتفاء امری که اجاره برای آن بعمل آمده است

هرگاه امری که عقد اجاره برای آن منعقد شده است منتفی شود، چنانکه اسبی که برای حفاظت آن مهتری اجیر شده بمیرد و یا باری که برای حمل آن اتومبیل کرایه شده دچار حریق گردد، اجاره باطل میشود، زیرا قدرت بر انتفاع منظور، سلب میگردد و مانند آن است که مورد اجاره قبل از قبض تلف شود (مادهٔ «۴۹۶» ق. م.).

۴- تلف عین مستأجره در اثناء مدت اجاره

طبق مادهٔ «۴۸۳» ق. م.:

«اگر در مدت اجاره عین مستأجره بواسطه حادثهٔ کلا یا بعضا تلف شود اجاره از زمان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۳

تلف، نسبت بمقدار تلف شده منفسخ میشود و در صورت تلف بعض آن مستأجر حق دارد اجاره را نسبت ببقیه فسخ کند یا فقط مطالبهٔ تقلیل نسبی مال الاجاره نماید».

چنانکه گذشت، در اجاره مستأجر بسبب عقد مالک تمامی منفعت میگردد، و برای استیفاء منفعت مزبور عین مستأجره تسلیم مستأجر میشود. و چون در اثناء مدت، عین مستأجره تلف شود کشف میگردد که اجارهٔ مزبور در حقیقت نسبت بمدتی که استیفاء منافع شده و یا بوسیلهٔ مستأجر تفویت گردیده صحیح، و نسبت بمدتی که منافع بتبع عین تلف شده باطل بوده است. بدین جهت مادهٔ «۴۹۶» ق. م. تصریح میکند:

«عقد اجاره بواسطهٔ تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل میشود ...». و در صورتی که موجر اجرت المسمی را دریافت داشته باشد تصرف او در اجرت المسمی نسبت بمدت پس از تلف، تصرف در مال غیر است اگر چه بوسیله عقد، مانند منافع ظاهرا بملکیت موجر داخل شده است، بنابراین باید بر آن بود که مالکیت مستأجر نسبت بمنافع و مالکیت موجر نسبت باجرت المسمی در زمان عقد متزلزل است و بتدریج که منفعت استیفاء و یا تفویت میگردد تثبیت میگردد. و نمیتوان مورد مزبور را مانند مورد تلف مبیع، پس از قبض آن بمشتری دانست، و بر آن بود که بوسیله تسلیم عین مستأجره، منفعت مورد اجاره تماما تسلیم مستأجر گردیده و چنانچه تلف شود، مال مستأجر تلف شده است، زیرا در بیع آنچه مشتری بوسیلهٔ عقد مالک میشود در مقابل عوض باو تسلیم میگردد، بر خلاف آنچه در اجاره است که منفعت در حین عقد موجود نیست و آنات آن پس از تسلیم عین مستأجره بتدریج در ملکیت مستأجر پیدا میشود و از اجرت المسمی بهمان مقدار در ملکیت موجر مستقر میگردد. اما آناتی از منفعت که در اثر تلف عین مستأجره بوجود نمیآید، موجر مستحق عوض آن نمیشود و آن مقدار از اجرت المسمی بملکیت مستأجر عودت میکند. بنابر آنچه گذشت، فقهای امامیه متذکرند که تلف عین مستأجره در اثناء مدت موجب بطلان عقد اجاره نسبت ببقیه مدت میگردد و ذکر کلمهٔ انفساخ در مادهٔ «۴۸۳» ق. م. باعتبار انحلال عقد اجاره میباشد که در

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۴

این مورد از حیث اثر مانند بطلان است.

با تلف عین مستأجره در اثناء مدت، اجاره از تاریخ تلف نسبت ببقیه مدت باطل میگردد و اجرت المسمی نسبت بمدت تقسیط میشود، و مقداری از آن که در مقابل مدت اجارهٔ صحیح قرار میگیرد متعلق بموجر میباشد و آن مقدار که در مقابل مدت اجارهٔ باطل است از اجرت المسمی بمستأجر برمی‌گردد و هرگاه مستأجر آن را نپرداخته ذمهٔ او نسبت بآن ساقط میشود.

در صورتی که ارزش منفعت تمامی مدت یکسان نباشد، یعنی ارزش منفعت در بعض مدت بیش از ارزش منفعت در بعض دیگر باشد، مانند باغات شمیران که در تابستان ارزش اجارهٔ آن بیش از زمستان است، کارشناس با توجه باوضاع فصولی و وضعیت محل و آنچه در مقدار اجرت تأثیر دارد آن را تقویم نموده و نسبت بمدتی که اجاره باطل است از مال الاجاره بمستأجر مسترد میدارد.

۵- خارج شدن عین مستأجره از قابلیت انتفاع

طبق مادهٔ «۴۸۱» ق. م.:

«هرگاه عین مستأجره بواسطهٔ عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل میشود». زیرا معیوب شدن عین مستأجره بطوری که انتفاع از آن ممکن نشود و نتوان رفع عیب از آن نمود در حکم تلف است، چه در هر صورت منفعتی که مورد

اجاره قرار گرفته غیر قابل استیفاء میباشد و بدین جهت طبق مستفاد از مادهٔ «۴۹۶» ق. م. اجاره از تاریخ معیوب شدن عین مستأجره باطل میگردد.
در صورتی که در فرض بالا بتوان از عین مستأجره رفع عیب نمود و موجر بدون آنکه ضرری متوجه مستأجر گردد از آن رفع عیب نماید بنابر مستفاد از مادهٔ «۴۷۸» ق. م. اجاره باطل نمیشود.
در صورتی که در فرض بالا بتوان از عین مستأجره رفع عیب کرد و موجر از آن امتناع نماید، موجر اجبار بآن میشود، زیرا طبق مادهٔ «۴۷۷» ق. م. «موجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوبه از آن را بکند».
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۵

تبصره ۱

منظور از تلف عین مستأجره مذکور در مواد «۴۹۶»- «۴۸۳» ق. م. تلف آن در اثر حدوث یکی از عوامل طبیعی مانند آتش‌سوزی و غرق و امثال آن میباشد چنانکه حیوانی که مورد اجاره است بمیرد و یا گرگ او را بدرد. ولی هرگاه مورد اجاره را کسی تلف کند و یا سبب تلف آن گردد، شخص مزبور طبق مواد «۳۲۸- «۳۳۱» قانون مدنی در مقابل مستأجر ضامن منفعت میباشد، در این امر فرقی نمینماید که شخص مزبور موجر باشد یا شخص ثالث، بنابراین کسی که منفعت مستأجر را تلف کرده و یا سبب تلف آن شده است باید اجرت المثل آن را بپردازد. عدهٔ از فقها بر آنند که هرگاه عین مستأجره از طرف موجر تلف شده باشد مستأجر میتواند اجاره را فسخ و یا عوض منافع تفویت شده را از موجر بخواهد.

تبصره ۲

آنچه در این فصل راجع ببطلان اجاره در مورد تلف عین مستأجره بیان گردیده در موردیست که عین مستأجره معین و خارجی باشد و الا- هرگاه مورد اجاره کلی باشد و موجر در مقام وفاء بعهد فردی از افراد آن را تسلیم مستأجر کند و آن تلف شود عقد اجاره باطل نمیگردد، زیرا چنانچه تلف، قبل از قبض باشد کشف میشود که ایفاء تعهد باطل بوده و موجر باید فرد دیگری را بمستأجر تسلیم کند و چنانچه در اثناء مدت عین مستأجره تلف شود، چون موجر تعهد بتملیک مقدار معینی از منفعت عین کلی بمستأجر نموده و فردی از آن را که بمستأجر تسلیم نموده تا استیفاء منفعت از آن بنماید در اثناء مدت تلف شده، تمامی تعهد خود را انجام نداده است و موجر باید فرد دیگری بمستأجر بدهد تا منفعت مدت باقی را استیفاء بنماید. و در حکم تلف است هرگاه عین مستأجره معیوب شود بطوری که نتوان منفعت مورد اجاره را از آن استیفاء نمود (مستنبط از مادهٔ «۴۸۲» ق. م.).

۷- انقضاء مدت اجاره

۱- مادهٔ «۴۹۴» ق. م.: «عقد اجاره بمحض انقضاء مدت بر طرف میشود

اشاره

و اگر
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۶
پس از انقضاء آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد، موجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود، اگر چه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاهدارد وقتی باید اجرت المثل

بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجانا استفاده نماید».

مادهٔ مزبور دارای چهار قسمت است:

اول– برطرف شدن عقد اجاره بمحض انقضاء مدت

اشاره

عقد اجاره چنانکه گذشت عبارت از تملیک منفعت برای مدت معینی از طرف مالک بمستأجر میباشد، و عین مستأجره برای استیفاء منفعت بمستأجر بطور امانت داده میشود و چون مدت مقرر منقضی گردد عقد اجاره خاتمه میپذیرد

تبصره

در اول دی‌ماه «۱۳۱۷» که در اثر تراکم جمعیت در تهران و نبودن منازل کافی برای سکونت آنان، مال الاجاره روی بترقی گذارد، بطوری که جریان اقتصادیات را متزلزل و هزینه زندگی را دستخوش خود قرار داد، قانونی در نه ماده بنام قانون راجع بتعدیل مال الاجاره گذشت. قانون مزبور پیروی از روش بعضی کشورهای اروپائی نموده که در زمان جنگ بر خلاف قواعد و اصول حقوقی خود، قانونی موقتا وضع کرده تا روابط بین مالک و کسی که بعنوان اجاره، صلح منافع و یا بهر عنوان دیگر متصرف در ملکی باشد، با وضعیت موقت که در اثر بحران اقتصادی پیش آمده، منطبق کند. قانون مزبور بعدا مورد تجدید نظر قرار گرفته است و تغییر یافت.

اموری که هدف اساسی قانون تعدیل مال الاجاره قرار گرفته عبارت است:

الف– کسی که بعنوان اجاره یا صلح یا بهر عنوان دیگر بمنظور اجاره متصرف ملکی می‌باشد، بتواند در خواست تجدید اجاره نماید و مالک ملزم باشد آن را تجدید کند.

ب– در خواست خلع ید مستأجر، از دادگاهها و اداره ثبت بعنوان انقضاء مدت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۷

اجاره یا قرارداد یا اجازه سابق پذیرفته نشود، مگر در موردی که تخلیه برای استفادهٔ سکونت مالک یا اقربای طبقهٔ اول او و یا برای تغییر وضعیت بنا لازم باشد.

ج– جلوگیری از ترقی مال الاجاره و تثبیت آن.

د– موقت و محلی بودن قانون مزبور. یعنی تاریخ اجرا و تمدید مدت آن در هر محل کلا یا بعضا و شمول آن نسبت بهر یک از انواع املاک بموجب تصویب نامه باشد.

قانون راجع بتعدیل مال الاجاره بوسیلهٔ آئین‌نامه تکمیل گردیده و مرجع رسیدگی و طریقهٔ اجرای آن را بیان مینماید.

دوم– امانت بودن عین مستأجره پس از انقضاء مدت در ید مستأجر

در اثر عقد اجاره عین مستأجره از طرف موجر برای استیفاء منفعت بمستأجر داده میشود و در تمامی مدت اجاره در دست مستأجر بعنوان امانت مالکانه میباشد و بانقضاء مدت، عنوان اجاره زایل میشود ولی عنوان امانت تا آنکه مورد مطالبه موجر قرار گیرد باقی میباشد، این ستکه مادهٔ «۶۳۱» ق. م. میگوید: «هرگاه کسی مال غیر را بعنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت بآن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است، بنابراین مستأجر نسبت بعین مستأجره، قیم یا ولی نسبت بمال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمیباشند مگر در صورت تعدی یا تفریط و در صورت استحقاق مالک باسترداد، از تاریخ مطالبهٔ او و امتناع

متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگر چه مستند بفعل او نباشد» (شرح مادهٔ مزبور در قسمت ودیعه خواهد آمد).

سوم– پس از انقضاء مدت اجاره مادام که مالک استرداد عین مستأجره را نخواهد مستحق اجرت المثل نخواهد بود

مگر آنکه مستأجر استیفاء منفعت کرده باشد زیرا پس از انقضاء مدت اجاره، اجازه تصرف مستأجر در عین مستأجره، که بعنوان امانت مالکانه پیدایش یافته بود، مادام که موجر استرداد عین مستأجره را نخواسته باشد باقی است و طبق ذیل مادهٔ «۴۹۴» ق. م.: «مستأجر وقتی باید اجرت المثل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۸

بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالك اجازه داده باشد که مجانا استفاده نماید». بنابراین پس از انقضاء مدت اجاره چنانچه موجر مطالبهٔ استرداد عین مستأجره را ننمایـد، فقط موجر میتوانـد طبق مادهٔ «۳۳۷» ق. م. اجرت المثل مـدتی را از متصرف بخواهـد که ثابت کند او استیفاء منفعت کرده است، زیرا کسی که ملکی را با اجازهٔ مالك تصرف مینماید مسئول پرداخت اجرت المثل او نمیباشد مگر آنکه استیفاء منفعت کرده باشد و در فرض مزبور ممکن است مستأجر عین مستأجره را مورد استفادهٔ قرار نداده باشد و چون مالك مطالبهٔ تخلیه آن را ننموده باو تحویل نداده است. اینست که در اجاره نامه‌های تنظیمی شرط میشود پس از انقضاء مدت اجاره هر چند مدتی که ملك در تصرف مستأجر بماند اجرت المثل آن را طبق اجرت المسمی خواهد پرداخت.
هر گاه مالك، استرداد عین مستأجره را از متصرف بخواهد ولی متصرف قادر بر ردّ آن نباشد، چنانکه کسی جواهراتی را برای زینت در جشن برای پنج روز در مقابل ده هزار ریال اجاره نمایـد و پس از آن در صندوق بانك امانت گذارد و زمانی که مالك مطالبهٔ آن را میکند بانك تعطیل و نتواند آن را بمالك رد کند، در این صورت تاخیر تسلیم آن، تصرف مستأجر را از عنوان امانت مالکانه خارج نمیکردند و همچنانی که در مدت مزبور مستأجر مسئول تلف و نقصان آن نمیباشد مسئول اجرت المثل نیز نخواهد بود.

چهارم– پس از انقضاء مدت، چنانچه مالك استرداد عین مستأجره را بخواهد و با امکان رد، مستأجر آن را در تصرف خود نگاهدارد، باید اجرت المثل آن را بپردازد اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد.

چنانکه از مادهٔ «۶۳۱» ق. م. مستفاد میگردد از تاریخ مطالبه استرداد عین مستأجره از طرف مالك و امتناع متصرف با امکان رد، عنوان امانت مالکانه زایل و متصرف در حکم غاصب در می‌آیـد. و همچنین هر گاه مالك مطالبهٔ استرداد عین مستأجره را بنماید و مستأجر منکر آن گردد طبق مستفاد از مادهٔ «۳۱۰» ق. م. از تاریخ انکار در

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۵۹

حکم غاصب است.
در دو صورت مزبور متصرف بنابر مستفاد از مادهٔ «۳۳۰» قانون مـدنی باید اجرت المثل مدت تصرف خود را بدهد اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد.

۲– در صورتی که برای تأدیه مال الاجاره مستأجر ضامن بدهد،

طبق مادهٔ «۴۹۵» ق. م. ضامن مزبور مسئول اجرت المثل مذکور در مادهٔ فوق نخواهد بود، زیرا مورد ضمان مال الاجاره است و مال الاجاره شامل اجرت المثل نمیشود و تسری بآن نیز نمینماید، علاوه بر آنکه بدستور مادهٔ «۶۹۱» ق. م.: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است» و سبب التزام مستأجر بپرداخت اجرت المثل، سکونت پس از مدت اجاره میباشد، که در تاریخ

ضمان موجود نبوده است.

۳– در صورتی که مستأجر بموجب عقد اجاره مجاز در بنا یا غرس در زمین مورد اجاره باشد

طبق مادهٔ «۵۰۴» ق. م: موجر نمیتواند مستأجر را بخراب کردن یا کندن آن اجبار کند، و همچنین است هرگاه در اجاره بمستأجر اجازه غرس در زمین داده نشده ولی معمول محل بر آن میباشد، چنانکه در بعضی از دهات ایران معمول است که مستأجر درخت بید، تبریزی و همچنین یونجه و امثال آن میکارد که مانند درخت چندین سال در زمین باقی میماند و در هر سال چند بار سر چین میکند و نوعا پس از انقضاء مدت اجاره یا فسخ مستأجر ریشه یونجه را بمستأجر بعدی و یا مالک میفروشد، عرف و عادت محل مانند تصریح در عقد میباشد.

پس از انقضاء مدت اجاره مادام که درخت و بنا و ریشه اقتضاء بقاء در زمین را دارد، موجر نمیتواند مستأجر را مجبور بخراب کردن بنا و کندن درختان یا ریشه یونجه بنماید، زیرا باجازه او کاشته و ساخته شده است و اجبار مستأجر باین امر موجب اضرار او خواهد بود. و مالک ملک، با دادن خسارت مستأجر نیز نمیتواند او را مجبور بنماید زیرا این امر تجاوز بحدود حق مالکیت مستأجر است.

در صورتی که درختان غرس شده در زمین از قبیل چنار، تبریزی، بید و امثال

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۰

آن باشد که پس از قطع دوباره میروید، مادام که ریشهٔ آن باقی است مالک نمیتواند مستأجر را مجبور بکندن ریشه بنماید و چنانچه بعضی از آنان خشک شود مستأجر حق ندارد درخت جدید بجای آن بنشاند، زیرا این امر درختکاری است و در خارج از مدت اجاره چنین حقی باو داده نشده مگر اینکه عرف محل خلاف آن را اقتضا نماید.

مستأجر میتواند پس از انقضاء مدت اجاره برای نگاهداری و انتفاع از بنا و درختان، در زمین داخل شده و عبور و مرور بنماید و همچنین خاشاک بیرون ببرد و کود بیاورد و مالک نمیتواند او را منع کند، زیرا عقلا اذن در امری اذن در لوازم عقلی و عرفی آن است.

پس از انقضاء مدت اجاره یا فسخ آن، اگر بنا یا درخت در تصرف مستأجر باقی بماند خواه از آنها منتفع شود و یا آنکه بدون استفاده بگذارد مالک، حق مطالبهٔ اجرت المثل زمینی را که درخت و بنا در آن است خواهد داشت، زیرا مستأجر با اجازه مالک از زمین او استیفاء منفعت نموده و طبق مادهٔ «۳۳۷» ق. م. مالک زمین مستحق اجرت المثل است. و در صورتی که درخت یا بنا بر حسب اذن صریح یا ضمنی در تصرف مالک زمین درآید و استیفاء منفعت کند مستأجر حق مطالبهٔ اجرت المثل آن مدت را خواهد داشت و هرگاه مالک زمین بدون اجازهٔ مستأجر، درخت یا بنا را تصرف بنماید غاصب محسوب میگردد و ضامن عین و منفعت آن میباشد.

۴– در صورتی که کسی مزرعه‌ای را برای کشت بمدت معینی که در آن مدت طبیعتا محصول بدست می‌آید بدیگری اجاره دهد،

و در اثر تغییر هوا مانند سرد شدن بی‌موقع و دیر آمدن باران اتفاقاً محصول تا انقضاء مدت بدست نیاید، بنا بمستفاد از مادهٔ «۵۴۰» ق. م. که میگوید: «هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را با اخذ اجرت المثل ابقاء بنماید».

موجر میتواند مستأجر را پس از انقضاء مدت مجبور بکندن کشت بنماید و میتواند اجازه دهد که کشت در زمین باقی بماند و اجرت المثل از مستأجر بخواهد، زیرا منافع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۱

مزرعه برای مدت معینی که آن مدت منقضی گشته بمستأجر واگذار شده است و پس از آن مستأجر حقی بر مزرعه ندارد، و دیر رسیدن محصول موجب استحقاق مستأجر بر ابقاء کشت در زمین نخواهد شد. بنابراین در صورتی که محصول تا موقع رسیدن حصاد در زمین باقی بماند مستأجر باید اجرت المثل مدت مزبور را بموجر بدهد.

عده‌ای از حقوقیین بر آنند که در فرض بالا مالک مزرعه نمی‌تواند مستأجر پس از انقضاء مدت بکندن محصول اجبار نماید، زیرا این امر موجب ضرر مستأجر است که با داشتن حق، کشت نموده و تأخیر محصول هم در اثر امر طبیعی میباشد که مستأجر نمیتوانسته از آن جلوگیری بنماید. بنابراین برای مدت پس از انقضاء تا برداشت محصول که مزرعه در تصرف مستأجر است موجر مستحق اجرت المثل آن خواهد بود.

بنابر نظریهٔ مزبور در صورتی که بقاء محصول در زمین پس از انقضاء مدت موجب خسارت مالک مزرعه باشد مانند آنکه از شخم و کشت برای سال بعد بازبماند چنانکه از مادهٔ «۱۳۲» ق. م. استنباط میشود، مالک میتواند مستأجر را مجبور بکندن کشت قبل از رسیدن آن بنماید، زیرا با تعارض ضرر مستأجر (در صورت کندن کشت) و ضرر مالک (در صورت ابقاء کشت) هر دو ساقط میگردند و مالک میتواند هر گونه تصرفی در ملک خود بنماید در این صورت موجر باید خسارت مستأجر را که از کندن محصول باو متوجه میشود بپردازد.

خاتمه – اجارهٔ انسان

اشاره

قانون مدنی تعریف از اجارهٔ انسان ننموده و احکام آن را نیز بیان نکرده است و به ذکر احکام اجاره اشیاء و حیوانات اکتفا کرده است. و چنانکه گذشت از نظر وحدت ملاک بسیاری از احکام مذکور در مبحث اجارهٔ اشیاء بین تمامی اقسام سه‌گانهٔ اجاره (اشیاء، حیوانات و انسان) مشترک میباشد. برای روشن شدن امر، فروعی که ممکن است در اجارهٔ انسان پیش آید تا اندازهٔ که در خور این مختصر است ذیلًا بیان میشود:

در قانون اسلام چنانکه در تمامی کتب حقوقیین که اجاره را شرح داده‌اند ذکر شده، اجارهٔ انسان بر دو قسم است: اجیر خاص و اجیر عام:

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۲

۱– اجیر خاص–

اشاره

و آن نیز بر دو نوع میباشد:

اول– کسی خود را اجاره میدهد بنحوی که تمامی منافع او در مدت معین متعلق بمستأجر میشود

اشاره

و یا آنکه منفعت مخصوصی، مانند خیاطی، نویسندگی، بافندگی، و امثال آن در مدت معین از آن مستأجر میگردد. در نتیجهٔ عقد مزبور، طبق مادهٔ «۴۶۶» ق. م. مستأجر در فرض اول، مالک تمامی منافع عین مستأجره (که اجیر باشد) میگردد و در فرض دوم مالک منفعت خاص او در مدت معینه، میشود چنانکه در اجاره اشیاء و حیوانات است هرگاه آنها عین شخصی و خارجی باشند، با این فرق

که در اجاره اشیاء و حیوانات، منفعت قبل از اجاره مال بوده و از ملکیت موجر بملکیت مستأجر منتقل میشود ولی در اجارهٔ انسان، منفعت قبلًا مال نمیباشد و در اثر عقد اجاره در ملکیت مستأجر بصورت مال در می‌آید، این است که قرار دادن منفعت آزاد، مهر در نکاح، مورد اختلاف بین حقوقیین اسلام قرار گرفته و عده‌ای گفته‌اند که چون منفعت شخص آزاد مال نیست نمیتواند در نکاح مهر قرار گیرد. در دو فرض بالا منافع یا منفعت خاص مورد اجاره، (اجیر)، در اثر عقد اجاره ملك مستأجر میشود و اجیر نمیتواند عملی که منافات با آن دارد برای خود یادگیری انجام دهد، ولی انجام عملی که منافات با منافع یا منفعت خاص مورد اجاره نداشته باشد مانعی ندارد، مثلًا کسی که برای پرستاری کودکی اجیر شده باشد میتواند نزد دیگری برای بافتن پیراهن پشمی با میل دستی اجیر شود که در مواقع خواب و یا بازی کودك، ببافندگی اشتغال ورزد، همچنانی که او میتواند برای خود در آن مواقع پیراهن ببافد، زیرا عمل بافندگی بدین نحو منافات با پرستاری ندارد و اغلب پرستاران هم وقت خود را ببافندگی میگذرانند.

در صورتی که اجیر رعایت حق مستأجر را ننماید و عملی منافی آن انجام دهد آن عمل بیکی از صور زیر میباشد.

الف- هرگاه اجیر در مدت اجاره برای خود کار کند،

چنانکه کسی نزد دیگری اجیر خاص شده ولی بخیاطی یا صنعت دیگر برای خود، تمام مدت را بگذراند،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۳

همانطوری که عده‌ای از حقوقیین بر آنند بنظر میرسد که مستأجر میتواند اجاره را فسخ نماید و هرگاه اجرت المسمی را پرداخته مسترد دارد، زیرا اجیر عمل مورد اجاره را انجام نداده و موقع انجام آن گذشته است. و چنانچه مستأجر اجاره را فسخ نکند میتواند اجرت المثل منافع و یا منفعت تفویت شده را از اجیر بخواهد، زیرا مستأجر مالك منافع یا منفعت خاص اجیر بوده و اجیر آن را اتلاف نموده است. گفته شده که مستأجر میتواند در صورتی که تمامی منافع اجیر مورد اجاره بوده، اجرت المثل عملی را که برای خود نموده بخواهد مثلًا هرگاه در مدت مزبور اجیر برای خود لباس دوخته باشد، مستأجر میتواند اجرت المثل دوختن لباس را مطالبه بنماید زیرا از منفعت متعلق بمستأجر استفاده کرده و آن را بصورت دوخت لباس در آورده است.

ب- هرگاه اجیر خاص در مدت اجاره برای غیر تبرعاً کار کند،

بنظر میرسد که مستأجر میتواند مانند صورت اول اجارهٔ خود را فسخ کند و یا آنکه آن را فسخ ننماید و اجرت المثل منافع تفویت شده را از اجیر بخواهد، زیرا اجیر مباشر در اتلاف منفعت متعلق بغیر بوده است، خواه شخص ثالث که عمل برای او انجام شده جاهل بامر باشد یا عالم بآن، مگر آنکه شخص ثالث اجیر را مغرور نموده و او را معتقد کرده است که اجیر میتواند در موقع دیگری عمل مورد اجاره را انجام دهد که در این صورت سبب اقوی از مباشر خواهد بود و او مسئول تفویت منافع و یا منفعت میباشد. گفته شده که مستأجر میتواند در موردی که تمامی منافع اجیر از آن او بوده است اجرت المثل عملی را که برای غیر نموده، از غیر بخواهد مگر آنکه شخص ثالث مغرور شده باشد چنانکه اجیر باو وانمود کرده باشد که مالك منافع خود میباشد.

ج- هرگاه عمل اجیر خاص برای غیر، در مدت اجاره بعنوان اجاره یا جعاله باشد.

در این فرض باید بین صورتی که تمامی منافع متعلق بمستأجر است و بین صورتی که منفعت مخصوص، از آن مستأجر میباشد فرق گذارد.

در صورتی که تمامی منافع از آن مستأجر باشد و اجیر برای شخص ثالث بعنوان اجاره یا جعاله کار کرده، مستأجر میتواند اجارهٔ

خود را فسخ کند و هرگاه اجرت المسمی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۴

را باجیر پرداخته تمامی را مسترد دارد. این امر در صورتیست که اجیر هیچ عملی برای مستأجر انجام نداده باشد و الا چنانکه اجیر مقداری از عمل مورد اجاره را انجام داده باشد اجرت المسمی نسبت بآن مقدار و آنچه انجام نشده توزیع میشود. و چنانچه مستأجر اجارهٔ خود را فسخ ننماید چون عقد اجاره یا جعالهٔ که اجیر با شخص ثالث منعقد نموده نسبت بمنافع ملکی مستأجر بوده است، آن عقد اجاره و یا جعاله فضولی میباشد و مستأجر (مالک منافع) میتواند آن را اجازه دهد و اجرت المسمای مذکور در آن عقد را دریافت دارد، همچنانی که میتواند آن را رد کند و اجرت المثل منافع تفویت شده را مانند فرض قبل از شخص ثالث بخواهد.

اما در صورتی که منفعت خاص مانند پرستاری کودک در مدت معین، مورد اجاره باشد و اجیر بعنوان اجاره یا جعاله برای شخص ثالث کار کند بطوری که از پرستاری بازماند، مستأجر میتواند اجاره خود را فسخ بنماید و هرگاه فسخ ننمود، چنانچه همان منفعت خاص مورد عقد اجاره یا جعاله باشد، عقد مزبور فضولی و مانند صورت قبل مستأجر میتواند آن را رد یا قبول کند، و چنانچه منفعت خاص دیگری و یا کلیه منافع اجیر مورد عقد اجاره یا جعاله بوده است، مثلًا هرگاه اجیر منفعت خیاطی و یا ماشین‌نویسی را باجاره و یا جعاله بشخص ثالث داده است، فقط مستأجر میتواند اجرت المثل منفعت تفویت شده را از اجیر بخواهد و نمیتواند مانند صورت قبل عقد اجاره یا جعاله را رد یا قبول نماید، زیرا منفعت خیاطی و یا ماشین‌نویسی متعلق بمستأجر مزبور نبوده است و آنچه ملک او میباشد منفعت پرستاری است که تفویت شده است.

دوم- در صورتی که کسی اجیر شود شخصاً عمل معینی را در مدت معینی انجام دهد،

و یا آنکه اجیر شود عمل معینی را انجام دهد (و مباشرت خود) و یا (انجام عمل مزبور در مدت معین) یکی بنحو قید و دیگری بنحو شرط و یا هر دو آنها بنحو شرط ضمن عقد قرار داده شود، مستأجر مالک منفعت اجیر در مدت معین نمیشود، زیرا اجیر تعهد بانجام عمل نموده است، بدین نحو که در صورت اول انجام عمل مقید بمباشرت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۵

در مدت معین، مورد تعهد است، و در صورت دوم عمل مطلق، مورد تعهد میباشد ولی مباشرت و یا انجام آن در مدت معین یکی بنحو قید و دیگری بنحو شرط و یا هر دو آنها بصورت شرط، ضمن عقد اجاره قرار داده شده است. بنابراین هرگاه اجیر در مدت معین برای خود کار کند و یا برای غیر عمل نماید، خواه تبرعاً باشد و خواه بقصد اجاره و یا جعاله، مستأجر فقط میتواند اجارهٔ خود را فسخ کند و هرگاه از حق فسخ خود استفاده نکند میتواند خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد را از اجیر بخواهد.

گفته شده در صورت دوم [کسی اجیر شود عمل معینی را انجام دهد (و مباشرت خود) و یا (انجام عمل مزبور در مدت معین) یکی بنحو قید و دیگری بنحو شرط و یا هر دو آنها بنحو شرط ضمن عقد قرار داده شود] هرگاه انجام عمل برای غیر بعنوان اجاره یا جعاله است، اجاره و یا جعاله صحیح نمیباشد، مگر آنکه مستأجر آن را اجازه دهد، زیرا عقد اجاره و جعاله مخالف با حق شرط میباشد و بدون اجازهٔ مشروط له، آنها باطل هستند بنابراین مشروط له میتواند در صورت عدم اجازه، اجرت المثل عمل مزبور را بخواهد.

۲- اجیر عام-

اجیر عام کسیست که تعهد بانجام عملی بعنوان اجاره مینماید.

اجیر عام میتواند عمل مورد تعهد را خود انجام دهد و یا بشخص ثالث واگذار کند که از طرف او انجام دهد، زیرا منظور مستأجر از

عقد اجاره انجام عمل معین میباشد از هر کس بوجود آید و خصوصیت اجیر مورد نظر او نیست.

در صورتی که عمل مزبور بوسیلهٔ شخص ثالث در مقابل اجرت یا تبرعاً بجای اجیر انجام شود، اجیر مستحق اجرت المسمای مقرر در عقد خواهد بود، زیرا عمل مورد تعهد برای اجیر انجام داده شده و مانند آن است که اجیر خود انجام داده باشد.

ولی هرگاه شخص ثالث، بدون قرار داد اجرت و یا قصد تبرع بجای اجیر، عمل را انجام دهد، اجاره از نظر فوت محل باطل میشود و اجیر حق مطالبهٔ اجرت از مستأجر نخواهد داشت. و اما شخص ثالث در صورتی که قصد تبرع برای مستأجر نداشته باشد، میتواند اجرت المثل عمل خود را از او بخواهد مثلًا هرگاه کسی الکتریسیتی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۶

را برای اتصال سیم برق خانه خود که قطع شده است اجیر کند و قبل از آمدن اجیر یکی از دوستان صاحب خانه برسد و بپاس دوستی با صاحبخانه سیم برق را متصل کند، دیگر موردی برای عمل اجیر باقی نمیماند، ولی اجیر میتواند خسارت خود را از کسی که سبب فوت محل اجارهٔ مستأجر شده است بخواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۷

فصل پنجم در مزارعه و مساقات

مبحث اول در مزارعه

اشاره

مزارعه مصدر باب مفاعله از زرع میباشد و معنی آن کشت کردن دو نفر با یکدیگر است، و در اصطلاح چنانکه مادهٔ «۵۱۸» ق. م. میگوید: «مزارعه عقدیست که بموجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی بطرف دیگر میدهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کنند».

مزارعه در بسیاری از املاک مزروعی، بین مالکین و رعایا موجود است که رعیت زمین مالك را کشت نموده و برداشت مینماید و نصف یا ثلث و یا دو ثلث از محصول را بمالك داده و بقیه را خود بر میدارد.

از نظر تحلیل حقوقی، مزارعه شرکتی است بین مالك (مزارع) و زارع (عامل) که از یک طرف انتفاع از زمین، و از طرف دیگر کار، بعنوان سرمایه گزارده میشود، و عوامل لازم دیگر را برای کشت یکی از طرفین نیز عهده دار میگردد و محصولی که بدست می‌آید مانند سود شرکت، بنسبتی که طرفین با یکدیگر قرار میدهند بین خود تقسیم میکنند.

مزارعه مانند عقود معینهٔ دیگر باید دارای شرایط اساسی صحت برای معامله مذکور در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. باشد و الا باطل و کان لم یکن خواهد بود. مزارعه علاوه بر شرایط اساسی مزبور دارای شرایط خاصهٔ دیگری است که با اجتماع آن عقد مزارعه محقق میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۸

شرایط عقد مزارعه

۱- زمین برای زراعت باید از طرف مزارع داده شود-

اشاره

طبق مادهٔ «۵۱۸» ق. م. یکی از ارکـان عقـد مزارعه آن است که بایـد زمین از طرف مزارع برای عمـل زراعت بطرف دیگر که عامل است داده شود. چنانکه در اجاره گـذشت لازم نیست مزارع مالک آن زمین باشـد، ولی لازم است طبق مادهٔ «۵۲۲» ق. م. که مالک منافع آن بوده و یا بعنوانی از عناوین از قبیل ولایت و غیره حق تصرف در آن را داشته باشد، زیرا در ولایت و وکالت متصرف زمین بعنوان نمایندهٔ مالک آن را بمزارعه میدهد و در موردی که متصـرف مالک منافع است (چنانکه باجاره یا بوصیت باو واگذار شده) یا آنکه دارای حق انتفاع است (چنانکه باجاره یا بوصیت باو واگذاری شده) عامل بیش از مالک منافع و صاحب حق انتفاع در زمین تصـرفی نخواهـد داشت. و همچنین کسـی که حق اختصـاص نسـبت بزمینی دارد ماننـد حـق تحجیر و سـبق، میتوانـد آن را بمزارعه بـدیگری واگذار بنماید. و در صورتی که کسـی هیچ‌گونه حقی نسـبت بزمینی نداشـته باشد، مانند اراضـی موات قبل از تحجیر و یا سبق تصـرف، نمیتواند آن را بمزارعه بدهد، زیرا مزارع و عامل نسـبت بآن زمین یکسانند. در اراضـی موات میتوانند دو یا چند نفر با دادن بذر و عوامل دیگر، در کشت آن شرکت بنمایند و یا یکی دیگری را اجیر در عمل زراعت زمین موات کند ولی اصطلاحاً آن را مزارعه نمیگویند.

زمینی که بمزارعه داده میشود باید دارای شرایط زیر باشد:

الف- طبق مادهٔ «523» ق. م: «زمینی که مورد مزارعه است باید برای زرع مقصود قابل باشـد اگر چه محتاج باصلاح یا تحصیل آب باشـد ...».

بنابراین هرگاه زمینی برای زراعت برنج بمزارعه داده میشود و از نظر کمی آب قابلیت برنج کاری را ندارد، اگر چه میتوان محصول دیگری مانند گندم و جو در آن بعمل آورد، مزارعه باطل است، زیرا زمین برای آنچه مورد عقد مزارعه قرار داده شده قابلیت ندارد و کشت محصـول دیگری هم مـورد عقـد نمیباشـد. مـورد مزبور ماننـد اجـاره دادن چیزی است برای منفعت معینـهٔ که آن چیز فـاقد منفعت مقصوده میباشد. زمین بائر را در صورتی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۶۹

بتوان بوسیلهٔ احـداث نهر از رودخـانه و یـا حفر قنـات مشـروب نموده و مورد کشت قرار داد، مالک میتوانـد آن را بمزارعه واگـذار کندو همچنین است هرگاه زمین مورد مزارعه باتلاق باشد و بتوان بوسیله زه‌کشی آن را خشکانید و برای کشت مهیا نمود.

طبق ذیل مادهٔ «۵۲۳» ق. م.: «... و اگر زرع (در زمین مورد مزارعه) محتـاج بعملیـاتی باشـد از قبیل حفر نهر یا چاه و غیره و عامل در حین عقد جاهل بآن بوده باشد حق فسخ معامله را خواهد داشت» و پس از علم بآن میتواند مزارعه را منحل نماید.

ب- مقدار زمین که مزارع برای عمل زراعت قرار میدهد باید طبق مادهٔ «190» در عقد مزارعه معلوم و معین باشـد،

خواه بوسیلهٔ مشاهده معلوم گردد و یا مقدار مساحت و اوصاف لازم آن ذکر شود.

مـورد مزارعه ممکن است مقـدار معین بطور کلی از زمین متسـاوی الاـجزاء قرار گیرد، ماننـد یـک جریب از یـک قطعـهٔ زمین صـد جریبی در صورتی که تمـامی قسـمتهای آن از حیث قـابلیت زراعت و دادن محصول یکسان باشـند، همچنانی که ممکن است زمین مورد مزارعه کلی فی الـذمه باشـد، در این صورت بایـد مقـدار و اوصـاف لازم آن بطوری که رفع غرر شود ذکر گردد (مستنبط از ماده ۳۵۰ و ۳۵۱ ق. م.) در دو صورت مزبور قبل از شروع بعمل باید زمین مورد مزارعه بعامل تسلیم شود.

۲- در عقد مزارعه باید تعیین شود که عوامل لازمه برای کشت بعهده کدام یک از عامل و مزارع است-

زیرا تعیین آن تأثیر بسـزائی در سـهم هر یک از مزارع و عامل مینماید و در صورت جهل بآن معامله غرری میگردد. طبق مادهٔ «۵۲۱» ق. م. در عقـد مزارعه ممکن است هر یک از بذر و عوامل مال مزارع و یا عامل باشد، و در صورتی که مزارع یک نفر و عامل چند

نفر باشند ممکن است هر قسمتی از عوامل را یکی از آنان عهده دار شود، چنانکه هر گاه در عقد مزارعه زمین از یک نفر و آب از دیگری و سه نفر عامل باشند ممکن است مزارعه بین آنان بدین نحو منعقد گردد که بذر از یکی و گاو از دیگری و آلات و عمل بعهدهٔ سومی قرار داده شود. بعضی از فقهاء بر آنند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۰

که عقد باید بین دو طرف منعقد شود، یک ایجاب و یک قبول دارد و تعدد هر یک از طرفین عقد بر خلاف آن چیزی میباشد که از شارع رسیده است. فقهای دیگر این امر را صرف ادعا دانسته و طبق عمومات جایز میدانند که هر یک از طرفین عقد مزارعه متعدد باشد، و طبق مستنبط از مواد مربوطه بمزارعه و مفاد مادهٔ «۱۰» قانون مدنی میتواند عقد مزارعه بین بیش از دو نفر منعقد شود.

۳- سهم عامل از محصول زمین باید بطور مشاع تعیین شود-

منافع حاصله از مزارعه عبارت از محصولی است که در نتیجه بکار رفتن عوامل متعددی از قبیل زمین، آب، کار، بذر و عوامل دیگر بدست می‌آید و بهر یک از آن عوامل سهمی اختصاص می‌یابد و برای آنکه معامله غرری نگردد باید سهم هر یک از عوامل و مزارع از منفعت بطور مشاع معین گردد، این است که مادهٔ «۵۱۹» ق. م. میگوید: «در عقد مزارعه حصه هر یک از مزارع و عامل باید بنحو اشاعه از قبیل ربع یا ثلث یا نصف و غیره معین گردد، و اگر بنحو دیگر معین شده باشد احکام مزارعه جاری نخواهد شد». چنانکه هر گاه اجرت عامل مقدار معین بطور کلی باشد مثلًا بیست خروار گندم، جو یا پول، عقد مزبور اجاره است. چنانچه سهم مالک مقدار معین بطور کلی از محصول زمین قرار داده شود، عقد مزبور اجاره، ولی بنابر آنچه گذشت، که نمیتوان مال الاجاره زمین را از محصول آن قرارداد، اجاره مزبور باطل میباشد.

تعیین حصهٔ عامل در عقد مزارعه کافی برای صحت عقد است و احتیاج بتعیین حصه مزارع ندارد، زیرا بقیه محصول در صورت سکوت حق مالک خواهد بود و اطلاق اقتضای انصراف بآن را مینماید.

در صورتی که در عقد مزارعه شرط شود که تمامی محصول از آن مالک باشد و در عوض مال معینی بعامل داده شود و یا بالعکس شرط شود تمامی محصول متعلق بعامل باشد و در عوض مال معینی بمالک داده شود آن عقد اجاره است، زیرا طبق مادهٔ «۵۱۹» مذکور در بالا یکی از ارکان اساسی عقد مزارعه، سهیم بودن عامل و مزارع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۱

در محصول بطریق اشاعه میباشد. بدین جهت نمیتوان در عقد مزارعه قرار داد که برداشت محصول اول متعلق بعامل و دوم از آن مالک باشد، همچنانی که طرفین نمی‌توانند در عقد مزارعه شرط کنند که نوع معین از محصول متعلق بیکی و نوع دیگر از محصول از آن دیگری باشد. و همچنین نمیتوان در عقد مزارعه شرط نمود که آنچه در قسمت معین از زمین کاشته میشود متعلق بیکی و کشتی که در قسمت دیگر است متعلق بدیگری باشد، زیرا این امور علاوه بر آنکه در بعضی موارد موجب غرر است بر خلاف فلسفهٔ تأسیس عقد مزارعه میباشد و آن وادار کردن عامل بکار و فعالیت در تمامی قسمتهای زمین مورد مزارعه است.

بعضی از فقها بر آنند که نمیتوان در عقد مزارعه مقرر داشت، مقداری معین از محصول را قبل از تقسیم کنار گذارده و بقیهٔ آن بین عامل و مزارع تقسیم شود، چنانکه مقدار بذر یا مالیات قبلًا برداشته شود و از بقیه ربع یا ثلث یا خمس سهم عامل قرار گیرد، زیرا این امر را بر خلاف فلسفهٔ تأسیس عقد مزارعه میدانند. بنظر میرسد که شرط مزبور بر خلاف فلسفهٔ مزارعه که وادار کردن عامل بکار و فعالیت است، نمیباشد زیرا با کنار گذاردن مقداری از محصول چون عامل در بقیه محصول سهیم است، از کوشش بیشتر خود در ازدیاد منافع نمی‌کاهد بنابراین میتوان در عقد مزارعه شرط نمود که بمقدار بذر و یا مقدار معینی از محصول قبلا برای عامل یا مزارع و یا شخص ثالث کنار گذارده شود و باقی بین عامل و مزارع تقسیم گردد، مفهوم مادهٔ «۱۰» و مواد شروط ضمن

عقد و مادهٔ «۲۱۹» ق. م. گواه بر این امر می‌باشد.

طبق مادهٔ «۵۲۰» ق. م. «در مزارعه جایز است شرط شود که یکی از دو طرف علاوه بر حصهٔ از حاصل، مال دیگری نیز بطرف مقابل بدهد». چنانکه در عقد مزارعه شرط شود مزارع مبلغی پول یک‌دفعه یا باقساط بعامل بدهد و یا بالعکس شرط شود عامل مقدار معینی روغن و یا عده معینی مرغ و تخم مرغ بمزارع بدهد چنانکه معمول بعضی از نواحی ایران است، زیرا شرط مزبور از شروط فاسده که در شروط ضمن عقد گذشت نمیباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۲

مقتضای مزارعه مانند مقتضای اجاره تملیک منفعت است، زیرا در عقد مزارعه از طرفی مزارع بنسبت سهم خود از عمل عامل مالک میشود چنانکه در اجاره انسان است، و از طرف دیگر عامل بقدر سهم خود از منافع زمین مالک میگردد چنانکه در اجاره اشیاء است، و همچنین است نسبت بعوامل دیگر از گاو، شخم و امثال آن.

مالکیت هر یک از عامل و مزارع نسبت بمنافع عواملی که در عقد قرار داده شده از زمان عقد میباشد، بنابراین پس از روئیدن کشت هر یک از عامل و مزارع بنسبت سهم خود در آن مالک است، مثلًا هر یک از آنان در ساقه و برگ از قبیل کاه در کشت جو، گندم، عدس و ماش مانند خود محصول بنسبت سهم معینه شریک میباشند. نظریه دیگر آن است که قبل از پیدایش ثمره، کشت از آن کسی است که بذر متعلق باو بوده است ولی پس از پیدایش آن، طرف دیگر بمقدار سهم خود از ثمره مالک میشود.

قانون مدنی، چنانکه از مادهٔ «۵۳۱» که میگوید: «بعد از ظهور ثمرهٔ زرع، عامل مالک حصهٔ خود از آن میشود» (فرض ماده در موردیست که بذر از آن عامل نباشد) و همچنین از مادهٔ «۵۳۸» و «۵۳۹» در احکام فسخ، معلوم میشود از نظر اخیر متابعت نموده است.

این امر مقتضای اطلاق عقد مزارعه است یعنی چنانچه عقد را مطلق گذارند و تصریح بامری ننمایند عامل از زمان پیدایش ثمره مالک سهم خود میگردد و برگ و ساقه متعلق بکسی خواهد بود که بذر از آن او بوده است، ولی متعاملین میتوانند هر گونه که بخواهند در عقد تصریح نمایند که مالکیت هر یک از عامل و مزارع نسبت بکشت و ثمرهٔ آن از چه زمانی باشد و کسی که مالک بذر نبوده از برگ و ساقه نیز سهم ببرد.

پس از عقد مزارعه عامل و مزارع میتوانند توافق کنند و هر یک سهم خود را تخمین زده و قسمت معینی را از کشت بخود اختصاص دهد، یا در مقابل آن مال معینی از دیگری بگیرد، خواه آن مال از جنس مزروع باشد یا غیر آن. معامله مزبور میتواند بصورت صلح واقع شود و فرقی نمینماید که این معامله قبل از ظهور ثمره بشود یا بعد از آن.

۴- مدت مزارعه باید بزمان تعیین شود-

چنانکه از مادهٔ «۵۱۸» ق. م.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۳

معلوم میگردد مدتی که زمین برای مزارعه بعامل واگذار میشود باید معین باشد.

تعیین مدت بماه و سال خواهد بود تا احتمال زیاده و نقصان نرود و مورد اختلاف قرار نگیرد، زیرا تعیین اموری که تدریجی الحصول است بوسیلهٔ زمان بعمل می‌آید و هرگاه مدت معین نشود عقد غرری و باطل است. بعضی از فقهاء بر آنند که در عقد مزارعه میتوان ببیان نوع زراعت اکتفا نموده و از تعیین مدت صرف نظر کرد، زیرا هر نوعی از زراعت مدتی برای کشت و برداشت لازم دارد و مانند آن خواهد بود که مدت در عقد تعیین شده است، چنانکه هرگاه زمینی برای کشت گندم و جو بمزارعه داده شود معلوم است که برای تیر ماه هر سال (خواه کشت پائیزه باشد خواه بهاره) محصول برداشت میشود و بیش از آن در زمین باقی

نمیماند. بنظر میرسد که مدت مزبور قابل کم و زیاد میباشد و آن موجب غرر است.

مدت مزارعه چنانکه در اجاره گذشت ممکن است متصل بعقد و یا منفصل از آن باشد مانند آنکه ملکی پس از یک سال از تاریخ عقد بمزارعه داده شود.

مدت معین در عقد مزارعه، باید متناسب با مدت کشت و برداشت محصول باشد و الا هرگاه کمتر از آن مدت معین گردد عقد باطل است زیرا مقصود طرفین از چنین عقدی حاصل نمیشود و در نتیجهٔ عقد مزبور فاقد علتی است که برای بدست آوردن آن، عقد مزارعه منعقد شده است.

۵– در عقد مزارعه باید نوع زرعی که کشت میشود معلوم باشد–

مادهٔ «۵۲۴» ق. م. میگوید: «نوع زرع باید در عقد مزارعه معین باشد مگر اینکه بر حسب عرف بلد معلوم (باشد که چه نوع زراعتی در زمین مورد مزارعه کشت میگردد) و یا عقد برای مطلق زراعت بوده باشد. در صورت اخیر عامل در اختیار نوع زراعت مختار خواهد بود» چنانکه هرگاه قطعه زمینی را در نواحی که گندم یا جو یا برنج میکارند، بمزارعه داده شود و نوع زراعت در عقد تصریح نگردد، عرف بلد کافی و راهنمای متعاملین خواهد بود و عامل میتواند هر یک از آنها و یا تمامی آنها را بکارد. و در صورتی که مزارعه برای مطلق زراعت باشد یعنی منظور آنان زراعت کردن باشد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۴

نظری بنوع خاصی از آن ندارند، عامل در نوع زراعت مختار و هر نوعی را که اختیار نماید میتواند کشت کند، اگر چه متعارف بلد نباشد، لزوم تعیین نوع زراعت در مزارعه برای آن است که ارزش انواع محصول متفاوت میباشد و مقداری که هر نوع بار می‌آورد مختلف و عدم تعیین آن موجب غرر خواهد بود.

آثار و احکام عقد مزارعه

۱– عقد مزارعه از عقود لازمه است–

مادهٔ «۵۲۵» ق. م. میگوید: «عقد مزارعه عقدی است لازم». در صورتی که مادهٔ مزبور هم موجود نبود طبق قاعدهٔ اصالهٔ اللزوم (مفاد مادهٔ «۲۱۹» ق. م.) عقد مزارعه لازم شناخته میشد.

عقد مزارعه چون لازم است بفوت و جنون یکی از طرفین منفسخ نمیگردد این است که ماده «۵۲۹» ق. م. میگوید: «عقد مزارعه بفوت متعاملین یا احد آنها باطل نمیشود مگر اینکه مباشرت عامل شرط شده باشد. در این صورت بفوت او منفسخ میگردد» بنابراین در صورت فوت هر یک از عامل و مزارع، ورثه قائم مقام او میگردند و تکالیف او را عهده دار خواهند بود، مگر اینکه مباشرت عامل در عمل قید شده باشد که در این صورت عقد مزارعه بفوت عامل منفسخ میشود، زیرا با زوال قید (مباشرت) مقید (عمل عامل) منتفی میگردد. بنابراین از نظر تحلیلی عملی که از طرف عامل، در شرکت با مالک ملک در مزارعه گذارده شده بود تلف گردیده و شرکت مزارعه منحل میگردد چنانکه در عقد اجاره گذشت. منظور ماده از شرط مباشرت عامل، قید مباشرت او است و الا هرگاه مباشرت عامل بصورت شرط ضمن عقد مزارعه قرار داده شود، در صورت فوت عامل، مزارع میتواند از نظر تخلف شرط، عقد مزارعه را فسخ کند و یا از حق شرط صرفنظر نماید چنانکه در خیار تخلف شرط است

۲– تکالیف و حقوق مزارع– و آنها عبارتند از:

الف– مزارع باید زمینی را که بموجب عقد مزارعه تعهد بتسلیم نموده قبل از مدت بعامل تسلیم کند تا عامل بتواند عمل مزارعه را انجام دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۵

و هرگاه مزارع امتناع از تسلیم کند، عامل میتواند اجبار او را از دادگاه بخواهد و در صورتی که اجبار او ممکن نباشد، عامل میتواند عقد را فسخ بنماید و خسارات ناشیه از عدم انجام تعهد را از مزارع بگیرد.

ب- مزارع میتواند زمین مورد مزارعه را بعامل یا شخص ثالث انتقال دهد،

همچنانکه موجر میتواند پس از عقد اجاره عین مستأجره را مسلوب المنفعه بشخص ثالث یا مستأجر واگذار بنماید، در این صورت عقد مزارعه بحال خود باقی خواهد ماند، و در صورتی که زمین بعامل منتقل گردیده اختلاط حاصل نمیشود بدین جهت هرگاه بجهتی از جهات عقد مزارعه فسخ گردد و یا اقاله شود منافع بقیه مدت را مالک استفاده مینماید.

در صورتی که زمین مورد مزارعه بشخص ثالث انتقال داده شود و شخص مزبور از عقد مزارعه و آنکه زمین برای مدتی مسلوب المنفعهٔ است آگاه نباشد، میتواند چنانکه در اجاره گذشت انتقال بخود را فسخ بنماید، بنابر مستنبط از مادهٔ «۵۳» در حق انتفاع که میگوید: «انتقال عین از طرف مالک بغیر موجب بطلان حق انتفاع نمیشود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق بدیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت».

ج- خراج و عوارض مالیاتی که بر زمین تعلق میگیرد،

طبق مادهٔ «۵۴۲» ق. م. بعهدهٔ مالک آن است، زیرا عوارض و مالیات بر ملک وضع شده است، مگر آنکه بین مزارع و عامل شرط خلاف شود، چنانکه مقرر گردد قبل از تقسیم محصول، عوارض و مالیات پرداخته شود و یا پرداخت آن بعهدهٔ عامل برقرار گردد.

مالیات بر محصول بعهدهٔ طرفین بنسبت سهام آنها میباشد، زیرا طبق مادهٔ «۵۳۱» قانون مدنی: «بعد از ظهور ثمرهٔ زرع، عامل مالک حصهٔ خود از آن میشود».

و پس از ظهور محصول، هر یک از عامل و مزارع مالک سهم خود میگردد و عهده دار عوارض ملک خود میباشد، بدین جهت است که هرگاه محصول دچار آفت شود نقصان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۶

در سهام آنان بنسبت خواهد بود.

د- هزینه‌های راجع بملک که تأثیر مستقیم در زراعت ندارد،

مانند تعمیر خانه‌های رعیتی، قلعهٔ اربابی، دیوارهای باغ و امثال آن بعهدهٔ مالک است مگر آنکه خلاف آن شرط شود و یا عرف محل بر خلاف آن باشد و همچنین مخارج لازم برای بهبود وضعیت زمین از قبیل کندن نهر و جمع کردن سنگ بعهدهٔ مالک زمین است مگر آنکه شرط خلاف شود و یا عرف و عادت محل خلاف آن را اقتضاء نماید.

۳- تکالیف و حقوق عامل- و آنها عبارتند از:

الف- زمین و آنچه از طرف مزارع برای عمل مزارعه بعامل داده میشود در تصرف عامل بطور امانت است

و باید نسبت بآن تعدی و تفریط ننماید و الا چنانکه در اجاره گذشت هرگاه عامل تعدی و تفریط کند از تاریخ شروع بتعدی یا تفریط مسئول تلف و هر نقص و عیب خواهد بود اگر چه تلف یا نقص و عیب در اثر تعدی و تفریط عامل نباشد، مثلًا چنانچه عامل

در اثر عدم مواظبت در زمین مورد مزارعه آب بیفتد و یا در اثر بی‌اطلاعی از فلاحت زمین مورد مزارعه را چندان آب دهد که لجن شود و قابلیت کشت را از دست بدهد در مقابل مالک ضامن خسارت وارده می‌باشد (مستنبط از مادهٔ «۴۸» و «۴۹۳» ق. م.).

ب– عامل باید هر عملی که برای کشت محصول لازم است در موعد خود انجام دهد،

و در صورتی که عامل پس از تصرف زمین و عواملی که در عقد مزارعه بعهدهٔ مزارع گذارده شده بتعهد خود عمل ننماید اجبار بآن میگردد. این است که مادهٔ «۵۳۴» ق. م. میگوید: «هرگاه عامل در اثناء یا در ابتداء عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را بجای او انجام دهد حاکم بتقاضای مزارع عامل را اجبار بانجام میکند و یا عمل را بخرج عامل ادامه میدهد و در صورت عدم امکان، مزارع حق فسخ دارد».

چنانکه در مورد تعهدات بیان گردید با امکان اجبار متعهد بانجام عمل مورد تعهد، نمیتوان عمل را بوسیلهٔ دیگری به هزینهٔ عامل انجام داد و چنانکه از مادهٔ «۲۳۸» ق. م. مستفاد میگردد انجام عمل بوسیلهٔ غیر از حیث رتبه، مؤخر بر اجبار عامل بانجام

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۷

عمل میباشد و منظور از مادهٔ «۵۳۴» ق. م. که میگوید (و کسی نباشد که عمل را بجای او انجام دهد) آنست که هرگاه عامل عمل را ترک کند و کسی نباشد بجای عامل تبرّعاً یا بقصد گرفتن اجرت از او تکالیف، او را انجام دهد، عامل بانجام عمل اجبار میشود، و چنانچه اجبار با او ممکن نشود بوسیله دیگری در مقابل دادن اجرت آن عمل انجام میشود و آن اجرت با او احتساب میگردد، و بالاخره در صورتی که عمل بوسیلهٔ غیر نیز ممکن نشود، چنانکه اغلب در قراء این امر اتفاق می‌افتد که در موقع کشت و حصاد کارگر یافت نمیشود مزارع میتواند عقد را فسخ نماید در صورتی که مزارع از حق فسخ خود استفاده ننمود و مزارعه را فسخ نکرد، مستحق اجرت المثل زمین و عواملی که بعامل تحویل داده است خواهد بود، زیرا عامل در اثر عدم کشت، منافع زمین و عوامل دیگر را تفویت نموده، و باتلاف و تسبیب ضامن آن میباشد. نمیتوان گفت که عامل برای جبران خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد باید قیمت آن مقدار از محصولی که عاید مزارع میشده بمزارع بپردازد، زیرا سهم مزبور در صورتی بمزارع میرسیده که در زمین زراعت و کشت میگردید و اکنون که زراعت و کشت نشده است نمیتوان آن را ملاک تقویم خسارت دانست.

در صورتی که عامل در اثناء مزارعه، عمل را ترک کرده باشد و محصولی که بدست می‌آید در اثر عدم مواظبت کم ارزش تر و یا کمتر از مقدار معمول محل باشد، مزارع تفاوت قیمت را بعنوان خسارت، از عامل دریافت میدارد.

ج– عامل باید بطریق متعارف از زراعت نگاه‌داری نماید

عامل در عقد مزارعه علاوه بر تعهد بکشت بذر و جمع‌آوری محصول، تعهد بنگاه دارای و مواظبت از کشت نیز نموده است. امور مزبور باید بطریق متعارف محل و نوع کشت باشد تا محصول بدست آید و آن را جمع‌آوری نموده و سهم مزارع را از سهم خود تفکیک بنماید و باو تسلیم کند، و هرگاه عامل بطور متعارف عمل ننمود چنانکه آب بموقع نداد و یا علفهای هرزه را نکند و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگری متوجه زراعت گردد، چنانکه محصول غیر مرغوب در آید، طبق مادهٔ «۵۳۶» ق. م. عامل ضامن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۸

تفاوت آن خواهد بود و طبق مقررات تسبیب، عامل مسئول خسارات وارده بر مزارع می‌باشد.

هزینه‌هائی که برای انجام امور زراعت از قبیل شخم و کشت و حصاد و مواظبت لازم میباشد، بعهدهٔ عامل است مگر خلاف آن در عقد شرط شود و یا عرف محل خلاف آن را ایجاب بنماید.

د- عامل باید کشتی که در عقد مزارعه معین شده است بکارد،

مگر آنکه معلوم باشد که کشت مذکور در عقد، بخصوص منظور مزارع نبوده است، بلکه ذکر آن از نظر بیان سنخ کشت است. در این صورت بنابر مستنبط از ماده «۴۹۱» ق. م. (در اجاره) عامل میتواند زرع دیگری که از حیث ضرر بمزارع کمتر یا مساوی باشد بکارد، مثلًا هرگاه در عقد مزارعه کشت گندم معین شده و معلوم باشد که مزارع منظور خاصی در کشت گندم نداشته است عامل میتواند جو و امثال آن بکارد، ولی نمیتواند برنج که ضررش برای زمین بیشتر از گندم است کشت کند.
و در صورتی که بذر و کشت معین در عقد مورد نظر مزارع بوده، و عامل تخلف از آن کرده و کشت دیگری کاشته است، مانند آن است که عامل اصلًا کشت را ترک نموده باشد و بدستور مادهٔ «۵۳۷» ق. م. عقد مزارعه باطل است و طبق مادهٔ «۵۳۳» ق. م. که در قسمت بطلان مزارعه شرح آن بیان میگردد در رفتار خواهد شد.

ه- مادهٔ «۵۴۱» ق. م. میگوید: «عامل میتواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود

اشاره

ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین بدیگری رضای مزارع لازم است».
قانون مدنی در مادهٔ مزبور چهار امر را بیان نموده که در زیر شرح هر یک داده میشود:

اول- عامل میتواند برای زراعت اجیر بگیرد

اعمالی که برای کشت و مواظبت و حصاد و امثال آن بعهدهٔ عامل است، عامل میتواند شخصاً آن را انجام دهد یا مزدوری اجیر کند تا آن را انجام دهد، زیرا مباشرت شخص عامل لازم نیست مگر آنکه مباشرت او قید و یا در ضمن عقد شرط شود. و در صورتی که عامل اجیر بگیرد فرقی نمینماید مزد
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۷۹
او را از محصول زمین مورد مزارعه قرار دهد یا از مال دیگری، زیرا آنچه مانع است که محصول زمین، مال الاجاره آن قرار گیرد در مورد اجیر موجود نمیباشد.

دوم- عامل میتواند با دیگری شریک شود

شرکت عامل با دیگری بدو صورت ممکن است: یکی انتقال سهمی از محصول قبل از ظهور ثمره یا پس از آن، بطوری که منتقل الیه با عامل شریک در محصول بشود، خواه آنکه شریک تعهد انجام وظایف عاملیت را نسبت بسهم خود بنماید و یا آنها را عامل در مقابل عوض یا مجانا خود انجام دهد. و دیگری واگذاری سهمی از حقی که عامل در اثر عقد مزارعه پیدا نموده، بطوری که شریک مزبور مانند عامل تکالیف عاملیت را عهده دار باشد.

سوم- در انتقال معامله از طرف عامل رضای مزارع لازم است

منظور از انتقال معامله واگذاری حق عامل است بشخص ثالث بسببی از اسباب، از قبیل صلح و امثال آن، بنحوی که منتقل الیه در حقیقت مانند عامل طرف عقد مزارعه با مزارع قرار گیرد یا آنکه عامل با شخص ثالث نسبت بسهم خود عقد مزارعه منعقد نماید که شخص مزبور نسبت بسهم عامل اول، عامل باشد. قانون مدنی در مادهٔ بالا هیچ‌یک از دو قسم انتقال را صحیح ندانسته مگر آنکه مزارع آن را اجازه بدهد.
بسیاری از فقهای امامیه بر آنند که عامل میتواند معامله خود را بدیگری انتقال دهد و اجازهٔ مزارع در این امر لازم نمیباشد، زیرا در

اثر عقـد مزارعه، عامل مالك منفعت زمین نسبت بسـهم خود میشود و او میتوانـد هر گونه تصـرفی در ملك خود بنمایـد و از جملهٔ تصرفات مالکانه انتقال بغیر است چنانکه در اجاره گذشت، مگر اینکه عدم انتقال را مزارع در عقد شرط کرده باشد.
در صورتی که در عقـد مزارعه قیـد مباشـرت عامل شـده باشد، این امر مانع از انتقال نمیشود، زیرا عامل میتواند مزارعه را بغیر انتقال دهد و شرط کند که خود مباشرت در عاملیت زمین را بنماید، چه انتقال معامله، منافات با مباشرت در عمل ندارد.

چهارم- عامل نمیتواند زمین را بدیگری چنانکه در اجاره گذشت تسلیم کند،

مگر آنکه مزارع آن را اجـازه دهـد، زیرا زمین در دست عامـل امـانت است و دادن مورد امـانت بغیر جـایز نمیباشـد و هر گاه بـدهد ضامن خواهد بود. در این امر فرقی نمینماید
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۰
که در اثر انتقال معامله باشد یا بجهت دیگری. بعضـی از فقهاء اجازه مزارع را در تسلیم زمین بمنتقل الیه در موردی لازم میدانند که بـذر از آن مزارع باشـد و الا هر گاه بـذر متعلق بعامل باشد، عامل می‌تواند زمین را بدون اجازه مزارع بتصـرف منتقل الیه بدهد، زیرا مزارع حقی جز سـهم خود از محصول ندارد و سهم او پس از برداشت داده خواهد و زمین از اموالی که در آن بتوان تعدی و تفریط نمود نمیباشد.

موارد فسخ عقد مزارعه و احکام آن.

اشاره

کلیه خیـارات، غیر از خیـار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است در عقـد مزارعه ممکن است یافت شود، ولی قانون مـدنی در مبحث مزارعه فقـط اکتفا به بیان خیار غبن نموده است و از ذکر بقیه آنها با بیان کلی مادهٔ «۴۵۶» ق. م. که میگوید: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است» صرف نظر کرده است.
بنابراین در صورتی که شرائط یکی از خیارات دیگر در عقد مزارعه پیدا شود خیار مزبور موجود میگردد.
خیار غبن- مادهٔ «۵۲۶» ق. م. میگوید: «هر یك از عامل و مزارع میتواند در صورت غبن معامله را فسخ کند».
چنانکه پس از عقد، عامل و یا مزارع آگاه شود سهمی که در مزارعه برای او معین شده کمتر از مقداری است که باید باو داده شود و آن تفاوت فاحش میباشد، مغبون میتواند مزارعه را فسخ بنماید.
عقد مزارعه شـباهت تامی بعقد اجاره دارد، بدین جهت از نظر وحدت ملاك میتوان حکم موارد تلف و معیوب شدن قبل از قبض و پس از قبض یا در اثناء مدت را از مواد مربوطه باجاره استنباط کرد.

فرع اول هرگاه در موقع عقد مزارعه، زمین قابلیت زراعت را داشته است

ولی پس از آن بواسطه خشك شدن آب یا آب گرفتن یا علل دیگر از این قبیل، از قابلیت انتفاع
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۱
خـارج شود و دفع مانع ممکن نباشـد طبق مادهٔ «۵۲۷» ق. م. عقـد مزارعه منفسـخ میشود، زیرا عقد صـحیحاً واقع شده و بعداً زمین از قابلیت کشت خارج گشـته و نمیتوانـد امر مؤخر موجب بطلان عقد مقدم گردد. فرض مزبور مانند تلف مورد اجاره پس از قبض در اثنـاء مـدت میباشـد. و همچنین است هر گـاه زمین از قابلیت زراعت خاصـی که در عقـد مزارعه قرار داده شـده خارج شود، اگر چه زراعتهای دیگر در آن ممکن باشد، چنانکه در عقد مزارعه کاشتن برنج در زمین تعیین شده و در اثر خشکی سال آب رودخانه کم

شـده بطوری که برنـج کاری نمیتوان نمود ولی جو و گنـدم که کمتر آب میخواهـد، میتوان کاشت، در این صورت نیز عقـد مزارعه منفسخ میشود، زیرا زمین باعتبـار خصوصـیت کشت مورد قرار داد، از قـابلیت انتفـاع خارج شـده و از نظر مقصودی که طرفین عقد مزارعه داشته‌اند زمین غیر قابل انتفاع است.

از مفهوم مادهٔ بالا که عقـد مزارعه را در صورتی منفسـخ میدانـد که رفع مانع ممکن نباشـد، معلوم میشود که هرگاه رفع مانع ممکن باشـد و طوری مزارع آن را رفع نمایـد که ضـرری متوجه عامـل نگردد، عقـد مزارعه منفسـخ نمیشود، زیرا موجب انفساخ که ضـرر عامل میباشـد بوجود نیامـده است، و الا هرگاه آن را رفع نکند و یا طوری رفع نماید که ضـرر متوجه عامل گردد چنانکه در کشت تأخیر افتد، بنابر مستنبط از مادهٔ «۴۷۸» ق. م. در اجاره، عامل میتواند برای جبران ضرر عقد مزارعه را فسخ بنماید.

فرع دوم چنانکه گذشت، مزارع باید برای مدتی که زمین را بمزارعه میدهد مالک منافع آن باشد،

بنابراین هرگاه کسـی بمـدت عمر خود دارای حق انتفاع از زمینی است، چنانکه در وقف بر اولاد یا عمری میباشـد، و آن را بمزارعه بدهـد و در اثناء مدت مزارع فوت کند طبق مادهٔ «۵۳۰» ق. م. عقد مزارعه بفوت او منفسخ میشود. نظیر حکم مزبور در اجاره اسـت چنانکه مادهٔ «۴۹۷» ق. م. میگویـد: «... اگر موجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مسـتأجره بوده است اجاره بفوت موجر باطل میشود ...». اختلافی که دو مادهٔ با یکدیگر دارند آن است که در مادهٔ «۴۹۷» بفوت موجر عقد اجاره را باطل و در مادهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۲

«۵۳۰» بفـوت مزارع عقـد مزارعه را منفسـخ دانسـته است. اختلاـف مزبـور اختلاـف لفظی است و نتیجهٔ عملی نـدارد، زیرا منظور از بطلان اجاره بطلان از تاریخ فوت است و مانند آن است که اجاره منفسخ گردد.

فرع سوم اگر شخص ثالثی قبل از آنکه زمین مورد مزارعه تسلیم عامل شود آن را غصب کند طبق مادهٔ «528» قانون مدنی عامل مختار بر فسخ میشود،

اشاره

و در صورتی که فسـخ ننمود میتوانـد از شـخص ثالث خسارات خود را طبق مقررات مـذکور در باب غصب بخواهـد، زیرا در مورد مزبور ماننـد مورد اجـاره، منـافع ملکی عامـل بتبع عین، مورد غصب قرار گرفته است، و مزارع میتوانـد اجرت المثـل زمین خود را از شخص ثالث غاصب مطالبه کند.

و در صورتی که زمین بعـد از تسـلیم بعامل، در اثناء مـدت غصب شود، عامل نمیتوانـد مزارعه را فسـخ کند و فقط میتواند خسارات خود را از غاصب بخواهد. نظیر حکم مزبور در مورد اجاره در مادهٔ «۴۸۸» ق. م. بیان گردیده است. پرسشی که پیش می‌آید آنست که خسـارات مزارع و عامـل چگونه احتسـاب میشود؟ آیـا خسـارت عامل اجرت المثل عمل او، و خسارت مزارع اجرت المثل زمین میباشـد، یـا آنکه خسارت عامل عبارت است از اجرت المثل زمین، و اجرت المثل خود او و بقـدر سـهمی که در عقـد مزارعه برای او معین شده، و خسارت مزارع عبارت است از هر یک از اجرت المثل زمین و اجرت المثل عامل بقدر سهمی که در عقد مزارعه برای او قرار داده شده است؟ بنظر میرسد که خسارت عامل و مزارع باید بطریق اخیر احتساب شود، زیرا بسـبب عقد مزارعه، مزارع مالک سهمی از منـافع عامـل شـده و عامل مالک سـهمی از منافع زمین، و چون غصب زمین موجب انحلال عقـد نمیشود، بنابراین غاصـب مسئول عوض منافع ملکی هر یک از عامل و مزارع خواهد بود.

اثر فسخ

اشاره

چنانکه در احکام خیارات گذشت هرگاه عقد مزارعه بجهتی از جهات فسخ گردد، عقد از زمان فسخ منحل شده و از ادامهٔ آثار آن عقد جلوگیری میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۳

و طبق قاعدهٔ مذکور در مادهٔ «۲۸۶» ق. م. که هر یک از عوضین و در صورت تلف بدل آن بمالک قبل از عقد برمی‌گردد، رفتار میشود.

عقد مزارعه در یکی از سه حالت زیر ممکن است فسخ شود:

۱- قبل از کشت بذر-

در صورتی که عقد مزارعه قبل از کشت بذر فسخ گردد عقد منحل شده و آنچه از عوامل، مزارع و عامل برای مزارعه اختصاص داده‌اند بصاحبش رد میشود، و هرگاه عملی مانند شخم و نهر کنی و امثال آن از طرف عامل در زمین بعمل آمده است، اجرت المثل آن را مزارع باو میپردازد.

۲- پس از کشت بذر و قبل از ظهور ثمره-

در صورتی که عقد مزارعه در اثناء مدت قبل از ظهور ثمره فسخ گردد حاصل، مال مالک بذر است و طرف دیگر مستحق اجرت المثل خواهد بود، زیرا طبق مادهٔ «۵۳۱» ق. م. پس از ظهور ثمرهٔ زرع، عامل مالک حصهٔ خود میشود. بنابراین چنانچه بذر از آن مزارع باشد، عامل مستحق اجرت المثل عمل خود از زمان عمل تا زمان فسخ خواهد بود و همچنین است اجرت المثل عوامل دیگر هرگاه متعلق بعامل باشد. و چنانچه بذر متعلق بعامل باشد مزارع مستحق اجرت المثل زمین و عوامل دیگری که داده است نسبت بمدت بین شروع بعمل و فسخ می‌باشد. اما نسبت بمدت پس از فسخ، مزارع میتواند با عامل موافقت نماید که کشت تا برداشت شود در زمین مجاناً یا در مقابل اجرت المثل یا اجرتی که بین آنان مقرر میگردد باقی بماند، و میتواند عامل را بکندن کشت اگر چه قبل از موسم درو باشد اجبار نماید بدون آنکه عامل بتواند مطالبه ارش کند.

۳- پس از ظهور ثمره-

در صورتی که عقد مزارعه پس از ظهور ثمرهٔ زرع، فسخ شود، چنانکه مادهٔ «۵۳۹» ق. م. میگوید: «... هر یک از مزارع و عامل، بنسبتی که بین آنها مقرر بوده شریک در ثمره هستند ...» زیرا طبق مادهٔ «۵۳۱»: «بعد از ظهور ثمرهٔ زرع، عامل مالک حصهٔ خود از آن میشود». و چون عمل عامل و استفادهٔ از عوامل دیگر و همچنین زمین برای پیدایش ثمره لازم بوده است، هیچ‌یک از عامل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۴

و مزارع مستحق مطالبه اجرت المثل عمل یا زمین و عوامل دیگر از طرف خود، نسبت بمدت قبل از فسخ نخواهد بود. اما نسبت بزمان پس از فسخ، مزارع نمیتواند عامل را بکندن کشت قبل از رسیدن محصول اجبار بنماید، زیرا سهمی از محصول متعلق بعامل است و باجازهٔ مالک کشت شده و کندن آن موجب ضرر عامل خواهد بود. بنابراین از تاریخ فسخ تا برداشت محصول، هر یک باخذ اجرت المثل زمین، عمل و سایر مصالح الاملاک خود که بحصهٔ مقرر، بطرف تعلق میگیرد مستحق خواهد بود، مثلا هرگاه عامل مالک ربع از ثمره است، عهده‌دار ربع از اجرت المثل زمین می‌باشد و مزارع سه ربع از اجرت المثل عمل عامل را خواهد پرداخت. گفته شده در فرض بالا چنانچه متعاملین توافق بماندن کشت در زمین مجاناً یا در مقابل عوض ننمودند و یا آنکه تراضی

بکندن محصول نکردند، نظر مزارع در کندن کشت اجرا میشود بدون آنکه عامل حق مطالبهٔ ارش را داشته باشد.
آنچه گفته شد بنابر نظریه ایست که قانون مدنی از آن پیروی نموده که تا قبل از ظهور ثمره، کشت متعلق بکسی است که بذر از آن او بوده، و پس از ظهور ثمره طرف دیگر بمقدار سهم مقرر مالک آن میشود. ولی بنابر نظریه‌ای که هر یک از عامل و مزارع نسبت بسهم خود از کشت پس از روئیدن مالك میباشند، هر گاه عقد مزارعه بجهتی از جهات فسخ شود هیچ‌یک بر دیگری حقی نسبت بزمان قبل از فسخ ندارد، زیرا فرض آن است که معامله صحیحاً واقع شده و فسخ اثر قهقرائی نمی‌نماید و اما نسبت بزمان پس از فسخ چنانچه طرفین توافق ببقاء کشت مجاناً، یا با دادن اجرت ننمودند و یا تراضی بکندن آن نکردند و مزارع کندن آن را بخواهد، عامل ملزم بکندن میشود، بدون آنکه بتواند مطالبهٔ ارش بنماید، همچنانی که مزارع میتواند تقسیم کشت را بخواهد و عامل را ملزم بنماید که سهم خود را بکند.
آثار و احکام اقاله مانند فسخ می‌باشد، زیرا چنانکه گذشت در اثر فسخ و اقاله عقد منحل میگردد و اثر انحلال در همه جا یکسان است، و فرق بین آن دو آنست که
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۵
اقاله ناشی از تراضی طرفین و فسخ ناشی از اراده یک طرف میباشد.

۴- انفساخ-

عقد مزارعه- در صورتی که در اثناء مدت، عقد مزارعه بجهتی از جهات مانند فقدان آب یا آب گرفتن زمین یا موانع دیگر از این قبیل زمین از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه طبق مادهٔ «۵۲۷» ق. م. منفسخ میگردد. گفته شده مورد مزبور مانند موردی میباشد که عقد مزارعه از ابتدا باطل بوده است، زیرا با پیدایش موانع نامبردهٔ بالا در اثناء مدت کشف می‌شود که زمین برای مدت مقرر در عقد، قابلیت انتفاع را نداشته و صحت در حین عقد صوری و تصوری بوده است.
چنانکه از نظر وحدت ملاک از مادهٔ «۵۲۷» مستفاد می گردد هر گاه موانع عمومی مانند جنگ، انقلاب یا بیماری ساری مانع از انجام عمل مزارعه گردد، عقد مزارعه نیز منفسخ میشود.
بنظر میرسد که طبق قاعدهٔ کلی در موارد بالا آثار انفساخ مانند مورد فسخ و اقاله است و موجبی برای تأویل در انفساخ نیست، زیرا صحت عقد مزارعه صوری نبوده بلکه در حقیقت صحیحاً واقع شده است و موجب انفساخ بعداً حادث گردیده و امر مؤخر نمی‌تواند در امر مقدم تأثیر نماید و عقد صحیح را باطل گرداند.

۵- بطلان

عقد مزارعه- در صورتی که عقد مزارعه بجهتی از جهات باطل باشد بطریق ذیل رفتار میشود:
الف- هرگاه عملی در زمین از طرف عامل انجام نشده باشد، آنچه عامل و مزارع برای مزارعه اختصاص داده‌اند بصاحبش رد میشود و هیچ‌یک بدیگری حقی ندارد.
ب- هرگاه عامل عملیاتی در زمین نموده که دارای ارزش است و آن عملیات برای عمل مزارعه لازم بوده است مانند نهرکشی، شخم زدن و جمع‌آوری سنگ ولی بذر کشت نشده باشد عامل مستحق اجرت المثل عمل خود و همچنین اجرت المثل عواملی که متعلق باو بوده و در عملیات مقدماتی بکار برده است خواهد بود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۶
ج- هرگاه عامل عملیاتی در زمین نموده و بذر را نیز کشته است طبق مادهٔ «۵۳۳» ق. م. تمام حاصل مال صاحب بذر است و طرف

دیگر که مالک زمین یا آب یا صاحب عمل بوده است مستحق اجرت المثل آن خواهد بود، بنابراین هرگاه بذر از آن عامل باشد، عامل باید اجرت المثل زمین و عواملی که متعلق بمزارع است باو بدهد، و هرگاه بذر از آن مزارع باشد او باید اجرت المثل عمل و عواملی که متعلق بعامل است بپردازد. و در صورتی که بذر بین مزارع و عامل مشترک باشد، حاصل و اجرت المثل نیز بنسبت بذر بین آنها تقسیم میشود. و چنانچه بذر از آن شخص ثالث باشد او باید اجرت المثل زمین و عمل و عوامل دیگر را بصاحبان آنها بپردازد.

در مواردی که عقد مزارعه باطل میباشد هرگاه بذر از آن عامل باشد، مالک زمین میتواند هر وقت بخواهد صاحب بذر را اجبار نماید که کشت خود را بکند اگر چه موقع حصاد آن نرسیده باشد و صاحب کشت نمیتواند مطالبه ارش آن را بنماید، همچنانی که مالک زمین میتواند با اخذ اجرت اجازه دهد که کشت تا موقع حصاد در زمین باقی بماند.

قانون مدنی چنانکه از اطلاق مادهٔ «۵۳۳» آن معلوم میشود، فرقی بین علم و جهل عامل یا مزارع ببطلان مزارعه در حین عقد نگذارده و هر یک را مستحق اجرت المثل عمل و یا زمین دانسته است.

عده‌ای از حقوقیین اسلام بر آنند که عامل یا مزارع در صورت علم ببطلان مزارعه در حین عقد، نمیتواند عوض منافع زمین یا عمل خود را از دیگری بخواهد، زیرا با علم ببطلان، احترام مال و عمل خود را برده است و در حکم متبرع میباشد. ضعف نظریهٔ مزبور چنانکه در بیع فاسد بیان گردیده واضح است، زیرا عامل قصد تبرع در عمل، و مزارع قصد اباحه زمین را نداشته، بلکه بالعکس بقصد انتفاع اقدام نموده‌اند و این امر کافی است که نتوان از عمل و مال دیگری مجاناً منتفع گردید.

۶- انقضاء مدت مزارعه

پس از آنکه مدت معینه در عقد مزارعه منقضی شود عامل باید زمین و عواملی که

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۸۷

مزارع باو سپرده است بمزارع برگرداند، و هرگاه در اثر موانعی اتّفاقاً موقع حصاد نرسیده باشد طبق مادهٔ «۵۴۰» ق. م. مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند، زیرا در عقد مزارعه زمین تا انقضاء مدت برای زراعت داده شده و پس از آن مورد عقد نمیباشد تا مالک ملزم به نگاهداری محصول روی زمین خود باشد، خواه این امر قبل از ظهور ثمره باشد و خواه بعد از آن. بنابراین مزارع میتواند آن را در زمین باقی گذارد و نسبت بسهم عامل مطالبهٔ اجرت المثل از او بنماید همچنانی که میتواند با عامل توافق کند که تا جمع‌آوری حاصل، مجاناً یا در مقابل عوض کشت در زمین باقی بماند، عمل مزبور عقد اجاره یا صلح میباشد و در هر یک از دو صورت شرایط لازمه برای صحت آن عقد باید رعایت شود. در این امر فرق نمینماید که بذر متعلق بعامل باشد یا از آن مزارع چنانکه فرق نمیکند که نرسیدن زراعت در اثر اهمال مزارع یا عامل و یا در اثر عوامل طبیعی از قبیل تغییر هوا و یا کمی بارش باشد.

عده‌ای از حقوقیین بر آنند که در مورد مذکور در بالا مزارع نمیتواند عامل را بکندن کشت اجبار بنماید، زیرا این امر موجب اضرار عامل است که باجازهٔ مالک زمین کشت نموده است، مگر آنکه بقاء کشت در زمین پس از انقضاء مدت موجب تضرر مالک گردد که در این صورت او میتواند از اله کشت را بخواهد، زیرا در این مورد ضرر عامل در کندن کشت با ضرر مزارع در بقاء کشت تعارض مینماید و آن دو ساقط میگردند و از نظر حق مالکیت مذکور در مادهٔ «۳۰» قانون مدنی، مزارع میتواند کشت را ازاله کند و باصطلاح علمی در صورت تزاحم، ضررین ساقط شده و بقاعدهٔ تسلیط عمل میشود و همچنین است در موردی که موجب تأخیر رسیدن زرع، اهمال عامل در بذر افشانی باشد که توجه ضرر را خود سبب بوده است و الا در صورتی که بقاء زرع در زمین پس از انقضاء مدت موجب ضرر مالک نشود، مالک نمیتواند ازالهٔ آن را بخواهد، زیرا از نظر حقوقی در تعارض بین قاعده لا ضرر و تسلیط، لا ضرر مقدم است و مالک نمیتواند عملی بنماید که موجب ضرر عامل گردد، مخصوصاً هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۸

عوامل طبیعی مانند تغییر هوا موجب دیر رسیدن زرع باشد ولی مالک میتواند مطالبهٔ اجرت المثل از عامل بنماید.

متعاملین میتوانند در ضمن عقد مزارعه شرط کنند که هرگاه محصول در انقضاء مدت بدست نیاید، کشت تا مدت لازم برای این امر در زمین مجاناً یا در مقابل عوض باقی بماند.

شرط مزبور اگر چه مجهول است ولی موجب جهل باحد عوضین نمیشود تا عقد را باطل گرداند زیرا هر شرط مجهولی باطل و مبطل عقد نیست. (شق ۲ مادهٔ ۲۳۳ ق. م.)

در صورتی که مالک، زمین را برای کشت بذر مخصوصی بمزارعه بدهد که غالباً پس از مدت معینه در عقد، کشت در زمین باقی میماند مانند یونجه که ریشهٔ آن چندین سال در زمین دوام دارد، چنانچه بذر متعلق بعامل باشد، مالک میتواند پس از انقضاء مدت با اخذ اجرت المثل آن را در زمین باقی گذارد و یا بدون دادن ارش بعامل آن را ازاله کند، زیرا عامل بیش از مدت معینه حق انتفاع از زمین را ندارد و مدت منقضی شده است. بعض از فقهای امامیه بر آنند که مالک نمیتواند بدون دادن ارش کشت را ازاله نماید، زیرا عامل باجازهٔ مالک در زمین کشت نموده است و اطلاق عقد در کشت این گونه زراعت اقتضاء مینماید مادام که کشت مزبور قابلیت بقاء را در زمین دارد باقی بماند. و مفهوم وصف در (لیس لعرق ظالم حق) اجازهٔ کندن کشت را بدون ارش نمیدهد، و جمع بین حق مالک زمین و حق صاحب زرع، اقتضاء مینماید که مالک با دادن ارش بتواند ازالهٔ زرع عامل را از زمین خود بخواهد.

در فرض بالا میتوان در ضمن عقد مزارعه شرط نمود که پس از انقضاء مزارعه، هر چند مدت که کشت در زمین باقی بماند، مالک زمین حق کندن آن را نداشته باشد و باید عامل اجرت المثل آن مدت را بمالک بپردازد، زیرا شرط مزبور از شروط فاسده نبوده و موجب جهل باحد عوضین نیز نمیگردد تا از شروط مفسده بشمار آید.

در فرض بالا- هر چه محصول پس از انقضاء مدت بدست می‌آید متعلق بعامل خواهد بود، زیرا فرض آن است که بذر از آن او است و طبق قرارداد مزارعه،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۸۹

شرکت در محصول برای مدت مزارعه میباشد مگر آنکه در عقد شرط شده باشد که در کشت پس از روئیدن، عامل و مزارع با یکدیگر شریک و سهیم باشند که در این صورت چون ریشه و ساقه متعلق بطرفین معامله است در محصولی که بدست می‌آید مزارع نیز سهیم خواهد بود.

مبحث دوم در مساقات

اشاره

مساقات مصدر باب مفاعله از سقی بمعنی آب دادن و سیر آب کردن دو نفر است یکدیگر را و اصطلاحاً چنانکه مادهٔ «۵۴۳» ق. م. میگوید: «مساقات معامله‌ایست که بین صاحب درخت و امثال آن با عامل در مقابل حصهٔ مشاع معین از ثمره واقع میشود و ثمره اعم است از میوه و برگ و گل و غیره آن».

مساقات شباهت تامی بمزارعه دارد و بدین جهت قانون مدنی فصل پنجم را اختصاص بآن دو داده و هر یک را در مبحث جداگانه ذکر کرده است. فرق بین مزارعه و مساقات آن است که در مزارعه زمین برای زراعت بعامل داده میشود و در مساقات درختان مثمره برای نگاه‌داری و آبیاری بعامل سپرده میشود و فلسفهٔ تأسیس آن دو عقد آن است که در نتیجهٔ سهیم بودن عامل بطور مشاع در ثمره و محصول، سعی و کوشش بیشتر در عمل مینماید تا ثمره و محصول بیشتر بدست آورد.

مساقات یکی از عقود معینه است که بین صاحب درخت و عامل منعقد میگردد.
عقد مزبور علاوه بر شرایط اساسی برای صحت معامله که در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. مذکور است، دارای شرایط خاصهٔ میباشد که باعتبار آن عقد معین مساقات بوجود می‌آید.

شرایط عقد مساقات

۱– مورد مساقات باید درختان مثمره قرار گیرند:

الف– درختان باید اصول ثابته باشند–

منظور از درخت، پایه‌هائی است که بیش از یک سال در زمین باقی بماند مانند نخل، درخت سیب، کلابی و مرکبات که هر
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۰
یک چنـد سال عمر مینماید. بوته‌هائی که دارای این وصف هسـتند مانند مو و تمشک نیز میتوانند مورد مساقات قرار گیرند و آن را مادهٔ «۵۴۳» ق. م. بکلمـهٔ (و امثـال آن) پس از کلمـهٔ درخت بیـان نموده است. بوته‌هـائی که طبیعتاً اقتضای بقاء بیش از یک سال را نـدارد مانند بادمجان، هندوانه، خربوزه و خیار نمیتواند مورد مساقات قرار گیرد، اگر چه چندین مرتبه در سال محصول آن برداشـت شود و یا در مناطق گرمسیر بیش از یک سال در زمین باقی بماند.

ب– درختان باید مثمره باشند–

منظور از مثمره بودن آنست که درختان حاصـلی دهنـد، که مورد انتفاع قرار گیرد خواه آن حاصل میوه باشـد مانند گلابی، خرما، و انگور، و یا برگ باشـد مانند چای، سدر، حنا و برگ توت برای تغذیه کرم ابریشم، و خواه گل باشد مانند گل سـرخ و گل زرد که برای گرفتن عطر بکار میبرند.
میتـوان اصـله‌های کـوچکی از درختهـای مثمره را که هنوز موقع ثمر دادن آن نرسـیده بمساقـات داد ولی مـدت معینه در عقـد بـاید چندان باشد که آن اصله نمو نموده ثمره دهند تا عامل سهمی از آن ببرد.
درختـان غیر مثمره ماننـد زبان گنجشک، اقاقیا و چنار را نمیتوان بمساقات داد ولی چنانچه مالک با عامل بخواهنـد قرار گذارنـد که عامل مـدت معینی از آنها مواظبت کند و در شاخه‌های زاید و تراش آنها سـهیم باشد، میتوانند بوسـیلهٔ قرارداد مخصوصـی طبق مادهٔ «۱۰» ق. م. و یا عقد صلح بنتیجهٔ مزبور نائل گردند.

ج– صاحب درخت باید مالک منافع درختان باشد–

نظر بمسـتنبط از مادهٔ «۴۷۳» ق. م. در مورد اجـاره، بـا توجه بوحـدت ملاک، صاحب درخت لازم نیست مالک اصول درختان باشـد بلکه مالک منافع آنها بودن کافی برای صحت عقد مساقات است.
چنانکه درختانی که باجاره داده شـده یا حق انتفاع از آن واگذار شده و یا مورد وصـیت و یا وقف قرار گرفته باشد مالک منافع و یا مالک حق انتفاع میتوانـد آن درختان را بمساقات واگـذار بنمایـد. میتوان بولایت، قیمومت، و وکالت، درختانی را بمساقات واگـذار نمود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۱

۲– در عقد مساقات مدت باید معین باشد–

مدت بماه و سال تعیین میشود.

مـدتی که در مساقـات معین می‌گردد ممکن است یـک سال و یا بیشتر باشـد، ولی بایـد مـدت طوری قرار داده شود تا درختانی که بمساقات داده میشود ثمرهٔ آن بدست آید.

بنـابراین در درخت گلابـی و سـیب که در پـائیز میوهٔ آنها بـدست می‌آیـد، نمیتوانـد مورد مساقات برای سه ماه زمسـتان یا بهار قرار گیرد، زیرا مساقات از عقود معوضه میباشـد و در مورد مزبور فاقد عوض که حاصل است می‌باشد، ولی درخت گیلاس که میوهٔ آن در مناطق گرمسیر تا اول تابستان تمام میشود برای سه ماه بهار میتوان بمساقات داد.

مدت در عقد مساقات باید طوری تعیین شود که احتمال زیاده و نقصان در آن نرود و الا چنانچه مدت بیک چین میوه یا کندن یک محصول تعیین گردد موجب غرر خواهـد بود و معاملهٔ غرری باطـل است و تعیین نوع درخت نیز از تعیین مـدت بی‌نیاز نمیگردانـد، چنانکه در مزارعه گذشت.

۳– برای بدست آوردن ثمره، اعمالی برای درختان لازم باشد که عامل عهده‌دار آن گردد–

عقـد مساقات معوض است و عامل بایـد در مقابل سـهمی که برای او از ثمره قرار داده میشود عملیاتی را عهده دار گردد که موجب ازدیـاد ثمره از حیث کمیت و کیفیت بشود ماننـد بیـل‌زدن، کود دادن، شاخه‌هـای خشـک درختان را بریـدن، پیونـد کردن، علفهای هرزه را وجین کردن، آبیاری و سم‌پاشی نمودن و امثال آن.

مساقات (آبیاری) نامیـدن عقـد مزبور از نظر آن است که در مناطق گرمسیری که ریشـهٔ درختان از زمین رطوبت نمیگیرد و بوسیلهٔ بـارش مشـروب نمی‌شود، آبیـاری مهمترین عمـل باغبـانی محسوب میگردد و الاـ در منـاطقی که درختان احتیاج بآبیاری نـدارد، نیز میتوان آنها را برای امور لازم دیگر بمساقات داد، زیرا عمل باغبانی منحصر بآبیاری نیست.

چنانکه در بالا گفته شـد، درختانی که مورد مساقات قرار داده میشونـد، بایـد عملیاتی را لازم داشـته باشد که موجب بقاء درختان یا ازدیاد ثمرهٔ آن گردد و الا درختانی که احتیاج باین گونه عملیات ندارند مانند گردو، فندق و امثال آنها که در بسیاری از

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۲

منـاطق کوهسـتانی هیـچ‌گونه عملیـاتی برای بقـاء درختـان و میوه دادن آنـان بکـار نمیرود و فقـط چیـدن میوه را لاـزم دارد، نمیتوان بمساقات واگذار نمود، و چیدن میوه و جمع‌آوری آن بتنهائی از اعمالی نیست که اینگونه درختان بتوانند مورد مساقات قرار گیرند، ولی میتوان بعقد دیگری مانند صلح و اجاره و یا قرارداد مستقلی طبق مادهٔ گیرند، ولی میتوان بعقد دیگری مانند صلح و اجاره و یا قرارداد مستقلی طبق مادهٔ «۱۰» قانون مـدنی نتیجهٔ منظوره را بـدست آورد. اینست که میتوان درختان مثمره را بعد از ظهور ثمره نیز بمساقات داد، زیرا درختان مزبور از ظهور ثمره تا جمع‌آوری آن عملیات باغبانی زیادی را لازم دارد.

اعمالی که عامل عهده‌دار آن میشود باید در عقد مساقات تعیین گردد، مگر عرف محل، اطلاق در عقد را منصـرف باعمال معینه‌ای بداند که در این صورت مانند تصریح در عقد میباشد.

در صورتی که در عقـد مساقات اعمالی که عامل بایـد عهـده‌دار باشـد تعیین نگردد و عقـد مطلق گـذارده شود، اعمالی که هر سال تکرار میشود بعهـدهٔ عامل میباشـد و اعمالی که نوعاً هر سال تکرار نمیگردد مگر با پیش آمـد حوادثی بعهـدهٔ مالک است. از دسـته اول بشـمار می‌آیـد نهربرداری، بیـل‌زنی، آبیـاری، بریـدن شاخه‌هـای خشـک و زائـد، کـود دادن، وجیـن کردن علفهـای هرزه، و جمع‌آوری آن. و از دستهٔ دوم محسوب است لایروبی قنات، ساختن دیوارهای باغ و قلعه، بسـتن سد رودخانه و امثال آن. در اموری که مورد اختلاـف بین مالـک و عامـل قرار میگیرد و عرف محـل آن را بعهـده یکی از آنان نمیدانـد و از طرف دیگر عـدم ذکر آن موجب غرر میگردد، باید در عقد تصریح شود که بعهدهٔ کدامیک از عامل و مزارع است و الا عقد باطل خواهد بود.

وسائل لازم برای باغبانی از قبیل قیچی، بیل، داس، سرند و امثال آنها تابع عرف محل می‌باشد. در بسیاری از مناطق اینگونه ادوات بعهدهٔ عامل است.
طرفین عقد مساقات میتوانند بر خلاف اطلاق عقد و عرف محل، هر یک از اعمال و عوامل لازم را بعهدهٔ مالك یا عامل قرار دهند و نمیتوان تمامی اعمال را بعهدهٔ مالك گذارد، زیرا در این صورت عامل آنچه از میوه سهم می‌برد بدون عوض خواهد بود و چنین عقدی از نظر فقدان علت باطل است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۳
در ضمن عقد مساقات میتوان شرط کرد که عامل برای کمك خود اجیر بگیرد و یا شخص معینی کمك او باشد و اجرت آن را عامل یا مالك از خود بپردازد و ممکن است مالك درختان بعنوان کمك معین شود و یا نزد عامل اجیر گردد.
در صورتی که عامل از انجام عمل امتناع نماید، هرگاه وقت نگذشته باشد طبق مقررات مربوط بتعهدات، صاحب درخت میتواند اجبار او را از حاکم بخواهد و هرگاه اجبار او ممکن نباشد حاکم میتواند دیگری را به هزینهٔ عامل بگمارد که تکالیف او را انجام دهد و چنانچه کسی یافت نشود چنانکه اغلب این امر در اثر نبودن باغبان در قری پیش می‌آید، مالك میتواند عقد را فسخ بنماید و در صورتی که در عقد مساقات مباشرت عامل شرط شده باشد مالك میتواند عقد را فسخ کند. در دو صورت بالا چنانچه مالك عقد مساقات را فسخ ننمود میتواند خسارت خود را بعنوان خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد از عامل بخواهد.

۴- سهم عامل باید بطور مشاع از ثمرهٔ درختان تعیین گردد-

مزد عامل باید مشاعاً از ثمره‌ای که درختان مورد مساقات میدهند تعیین شود مانند نصف یا ثلث یا ربع و امثال آن، و نمیتوان مزد عامل را مقدار معینی از ثمره آن درختان قرار داد مانند یک تن، زیرا چنانکه در مزارعه گذشت معلوم نیست آن مقداری از ثمره که برای عامل تعیین شده از درختان بدست می‌آید، علاوه بر آنکه این امر بر خلاف فلسفهٔ تأسیس عقد مساقات است، که از سهیم نمودن عامل در ثمره، حاصل میگردد و موجب تشویق و ترغیب عامل بسعی و کوشش در ازدیاد ثمره میشود و بدین جهت است که هرگاه مقدار معینی از مال دیگر غیر از ثمرهٔ درختان اجرت برای عامل قرار داده شود عقد مزبور مساقات نبوده و اجاره میباشد.
در عقد مساقات میتوان شرط نمود که اضافه بر سهم مشاع از ثمره، یکی از طرفین مال معینی بطرف خود بدهد، چنانکه بر صاحب درخت یا عامل شرط شود که هزار ریال بطرف خود بدهد. و نیز بنظر میرسد چنانچه در ضمن عقد مساقات
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۴
قسمتی از درختان مشاعاً یا مفروزاً ملك عامل قرار داده شود و یا قسمتی از آنان مجزی شود و ثمرهٔ آن مختص بیکی از طرفین باشد اشکالی ندارد، زیرا هیچیک از آن دو از شرائط فاسده و مفسدهٔ عقد مساقات نمیباشد و بر خلاف فلسفهٔ تأسیس مساقات نیز نیست.
میتوان سهم عامل را نسبت بانواع مختلفه درختان متفاوت قرار داد چنانکه از مرکبات ثلث و از سیب و گلابی ربع و از مو خمس باشد.

عامل از چه زمانی مالک سهم خود از ثمره میشود.؟.

چنانکه از مادهٔ «۵۴۴» ق. م. که میگوید: «در هر مورد که مساقات باطل باشد یا فسخ شود تمام ثمره مال مالك است و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود». معلوم میشود قانون مدنی عامل را از زمان تقسیم ثمره مالك سهم خود میداند و بدین جهت بین فسخ قبل از ظهور ثمره و بعد از آن فرق نگذارده است و حال آنکه هرگاه عامل را مالك سهم خود از ثمره پس از پیدایش آن میدانست چنانکه در مزارعه است، باید در فسخ قبل از پیدایش ثمره، عامل را مستحق اجرت المثل بداند و پس از پیدایش ثمره عامل و مالك

شریک در ثمره باشند و نسبت بمدت پس از فسخ تا آنکه ثمره تقسیم بشود، مالک درخت اجرت المثل عامل را نسبت بسهم خود بپردازد، و عامل اجرت المثل بقاء ثمره را بر درختان نسبت بسهم خود بمالک درخت تأدیه نماید.

فقهای امامیه میگویند مقتضای عقد مساقات مالکیت عامل نسبت بسهم خود از زمان ظهور ثمره است و بین فقهاء اسلام اختلافی در این امر دیده نمیشود، مگر از بعض علماء عامه که مالکیت عامل را نسبت بسهم خود پس از تقسیم ثمره میدانند و آن را قیاس بر مالکیت عمل در مضاربه مینمایند که عامل مالک ربح پس از تقسیم میشود، و حال آنکه مساقات و مضاربه با یکدیگر فرق دارند، زیرا در مضاربه ربح برای حفاظت سرمایه است و آن پس از کنار گذاردن سرمایه معلوم میشود، علاوه بر آنکه در مضاربه نیز این نظر مورد موافقت قرار نگرفته است، چنانکه شرح آن در مضاربه خواهد آمد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۵

مساقات مانند مزارعه عقدی است لازم و منحل نمیشود مگر بسبب اقاله یا فسخ بعلت قانونی، بنابراین بموت هر یک از طرفین، ورثهٔ آنان در صورت قبول ترکه طبق مقررات ارث قائم مقام مورث خود در انجام تکالیف مورث میباشند، و در صورت امتناع ورثه با هزینه‌ای که از ترکه برداشت میگردد تکالیف مورث انجام داده میشود.

در صورتی که مساقات مقید بمباشرت عامل باشد بفوت او عقد باطل میگردد و هرگاه مباشرت عامل در عقد شرط شده باشد (نه بصورت تقیید) از نظر تخلف شرط صاحب درخت میتواند عقد مساقات را فسخ بنماید و میتواند حق شرط را اسقاط کند و عملیات لازمه بوسیلهٔ ورثهٔ عامل ادامه داده شود.

اجرای مقررات مزارعه در مساقات-

قانون مدنی در مادهٔ «۵۴۵» از نظر وحدت ملاک و شباهت تامه‌ای که بین مساقات با مزارعه است مقرر داشته که: «مقررات راجعه بمزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مرعی خواهد بود، مگر اینکه عامل نمیتواند بدون اجازهٔ مالک معامله را بدیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید». چنانکه از بیان مادهٔ مزبور فهمیده میشود در مزارعه مزارع میتواند معامله را بدیگری بدون اجازه مالک واگذار بنماید و در مساقات عامل نمیتواند معامله را بدیگری واگذار کند و حال آنکه طبق صریح مادهٔ «۵۴۱» ق. م. که میگوید: «عامل میتواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین بدیگری رضای مزارع لازم است». عامل نیز نمیتواند مزارعه را بدیگری واگذار بنماید. بنابراین مادهٔ «۵۴۵» ق. م. استثنائی را که نسبت بواگذاری معامله نموده صحیح نمیباشد ولی استثناء نسبت بشرکت با دیگری صحیح است، زیرا در مزارعه عامل میتواند بدون رضایت مالک با دیگری شریک شود. باری علت استثناء مزبور آن است که چون درختان مواظبت و نگاهداری مخصوصی را لازم دارد و صاحب آن با رعایت خبرویت و امانت که در عامل سراغ داشته با او عقد مساقات بسته و درختان خود را باو سپرده است، و راضی نیست که بهر کس بمساقات داده شود زیرا در واگذاری معامله بدیگری لازم می‌آید درختان تسلیم او گردد، همچنانکه در

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۶

شرکت با دیگری موجب میشود که شریک در درختان بطور مشاع متصرف گردد، بدین جهت صاحب درختان باید بشرکت یا واگذاری بمعامله رضایت دهد. بسیاری از فقهای امامیه بر آنند که عامل میتواند بدون رضایت مالک درختان، مساقات را بدیگری واگذار بنماید و یا با دیگری شرکت کند، زیرا حق مالکیتی که عامل نسبت بسهم خود در اثر مساقات دارا شده باو اجازه میدهد هرگونه تصرفی را در حق خود بنماید و از آن قبیل است واگذاری و شرکت، ولی نمیتواند درختانی که در دست او امانت است بدون اجازه مالک بتصرف دیگری، بدهد. تفصیل این بحث در اجاره و مزارعه گذشت رجوع شود.

در کلیه مواردی که عقد مساقات فسخ میشود و یا باطل میباشد طبق مادهٔ «۵۴۴» ق. م. «تمام ثمره مال مالک است و عامل مستحق

اجرت المثل خواهد بود.» اشکالی که از نظر حقوقی متوجه مادهٔ بالاـ در مورد فسخ است در این مبحث قبلًا شرح داده شده بآن رجوع شود.

تبصره

در صورتی که در اثناء مدت معلوم شود که درختان در سال جاری ثمره نخواهند داد، چنانکه شکوفه‌های درختان در اثر تگرگ بریزد و یا در اثر سرمای بی‌موقع یخ بزنند، آیا عامل ملزم بادامهٔ عمل مساقات تا آخر مدت میباشد یا ملزم نیست؟ بین فقهای امامیه دو قول است، قول قوی آنست که عقد باطل می‌باشد، زیرا مساقات عقدی است معوض و عوضین آن عبارتند از عمل عامل از یک طرف و ثمرهٔ معینه برای عامل از طرف دیگر، و پس از آنکه معلوم گردد که یکی از عوضین موجود نمیشود کشف میگردد که عقد معاوضه منعقد نشده است، و همچنین است در موردی که در ضمن عقد مساقات شرط شده باشد که عامل مالی بصاحب درخت بدهد. در صورتی که ضمن عقد مساقات شرط شود که صاحب درخت مالی بعامل بدهد و در اثناء معلوم شود که درختان ثمره نخواهند داد، عده‌ای از فقهاء گفته‌اند در این مورد نیز عقد باطل است

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۷

و شرط که جنبهٔ تبعی عقد را دارد نیز باطل خواهد بود و لازم الوفا نمیباشد. بعضی اشکال کرده و بر آنند که عمل از طرف عامل ایفاء شده است و انجام شرط در مقابل ایفاء عمل لازم میباشد، بنابراین موجبی برای سقوط شرط نیست و تلف یکی از عوضین با سلامت عوض دیگر موجب سقوط شرطی که ضمیمهٔ عوض تالف بوده نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۸

فصل ششم در مضاربه

تعریف مضاربه–

مضاربه مصدر باب مفاعله و مشتق از ضرب بمعنی سیر کردن در زمین میباشد. در عمل مضاربه که عامل بدستور مالک برای تجارت بهر طرف سیر میکند و میرود تا سودی بدست آورد، یکی مباشر سیر و دیگری سبب سیر بر روی زمین شده‌اند و از این رو معنی مفاعله محقق میگردد. ممکن است مضاربه مشتق از ضرب بمعنی بردن سهمی از سود باشد. اهل حجاز بمعاملهٔ مزبور قراض گویند و مقارضه نیز گفته‌اند چه آنکه قرض بمعنی بریدن و قطع کردن آمده و وجه تسمیهٔ معاملهٔ مزبور بقراض از آن نظر است که مالک قطعه‌ای از مال خود را میبرد و بعامل میدهد که با آن معامله کند. اصطلاحاً چنانکه مادهٔ «۵۴۶» ق. م. میگوید: «مضاربه عقدیست که بموجب آن احد متعاملین سرمایه میدهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود».

عقد مضاربه شباهت تامی بمزارعه و مساقات دارد با فرق آنکه مضاربه در امور تجاری و مزارعه در زراعت و مساقات در باغداری میباشد.

عقد مضاربه باید دارای شرایط اساسی برای صحت معامله باشد که در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. مذکور است و هر گاه یکی از آن شرایط را فاقد گردد عقد مضاربه باطل خواهد بود. علاوه بر شرائط اساسی، عقد مضاربه مانند مزارعه و مساقات از عقود معینه و دارای شرایط و احکام خاصی میباشد که باعتبار آن شرائط، تشکیل عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۹۹

مخصوصی را میدهد که مضاربه مینامند.

عقد مضاربه همچنانی که ممکن است بین یک مضارب و یک مالک منعقد شود، ممکن است بین یک مضارب و چند مالک نسبت بسرمایه‌های متعدد و جداگانه و یا یک سرمایه که همگی در آن شریک باشند واقع شود. ممکن است مالک چند مضارب اختیار نماید و با آنان عقد مضاربه منعقد سازد و قرار دهد که معاملات تجاری را بتوافق یکدیگر انجام دهند و یا یکی خریداری نماید و دیگری متصدی فروش گردد و یا آنکه یکی یک نوع معاملهٔ مخصوصی را بنماید و دیگری معاملات نوع دیگر و سهم آنان مساوی و یا متفاوت قرار داده شود

در مضاربه سه امر مورد بحث قرار میگیرد: سرمایه، عمل و سود.

۱- سرمایه-

اشاره

و آن عبارت از مالی است که برای امور تجاری بمضارب داده میشود. سرمایه باید وجه نقد و معین و معلوم باشد.

الف- طبق مادهٔ «۵۴۷» ق. م.: «سرمایه باید وجه نقد باشد»

منظور از وجه نقد در ماده پول رایج کشور است. بنابراین سرمایه نمیتواند پول غیر رایج مانند لیره، دلار و یا کالای دیگر باشد. هرگاه پول غیر رایج یا کالائی را بخواهند در عقد مضاربه به سرمایه قرار دهند باید آن را فروخته و تبدیل بوجه نقد نموده و سپس آن را سرمایه در عقد مضاربه قرارداد، همچنانی که هرگاه طلب است بایـد آن را وصول نموده و سپس سرمایه قرار گیرد. مالک میتواند برای تسهیل در امر، بمضارب وکالت دهد که کالای موجود را فروخته و تبدیل بوجه نقد کند و یا طلب را دریافت دارد و سپس از طرف مالک وکالهٔ عقد مضاربه منعقد کند و خود بعنوان مضارب آن را قبول نماید، در این صورت مضارب بدو عنوان موجب و قابل میباشد.

چنانکه گذشت هرگاه کسی کالائی را سرمایه در عقد مضاربه قرار دهد و آن را بدیگری بدهد تا بفروشد عقد مزبور باطل است و پس از فروش، فروشنده مستحق اجرت المثل عمل خود میگردد، بنابراین هرگاه کسی قایقی و توری بماهیگیری بدهد که در دریا یا رودخانه ماهی بگیرد و در ماهیهائی که بدست می‌آید بنسبت معین سهیم باشند، عقد مزبور نمیتواند مضاربه باشد، زیرا سرمایه وجه نقد نیست، و نمیتواند شرکت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۰

باشد زیرا امتزاج دو سرمایه حاصل نشده، و اجاره نیز نیست زیرا اجرت و مدت در آن معین نشده است، و چنانچه ماهیگیر بقصد شرکت با صاحب قایق و تور ماهیها را بگیرد هر یک از مالک قایق و ماهیگیر مالک سهم معین خود میگردد، ولی صاحب قایق باید اجرت المثل عمل ماهیگیر را بنسبت سهم خود بدهد، همچنانی که ماهیگیر باید اجرت المثل قایق و تور را نسبت بسهم خود بمالک آنها بپردازد، زیرا ماهیگیر با قایق و توری که باو داده شده ماهی را که از اموال مباحه است حیازت نموده و در حیازت مزبور قصد نموده که سهمی از آن متعلق بدیگری باشد. بنابراین چون عمل او محترم است طبق مادهٔ «۳۳۶» ق. م. ماهیگیر مستحق اجرت المثل سهم طرف میگردد و مالک قایق و تور که صریحاً اجازهٔ استیفاء منفعت بماهیگیر داده طبق مادهٔ «۳۳۷» ق. م. مستحق اجرت المثل آن دو بنسبت سهم ماهیگیر میشود. این امر در صورتی است که در حیازت مباحات مباشرت شرط نباشد و الا ماهیها از آن ماهی‌گیر خواهد بود و او باید اجرت المثل قایق و تور را بمالک آن بدهد. بنظر میرسد که بنمایندگی میتوان حیازت مباحات نمود و شرح آن

گذشت.

ب– سرمایه باید معین بوده و مبهم نباشد.

معین بودن و مبهم نبودن مورد یکی از شرایط عمومی صحت معامله میباشد. بنابراین سرمایه نباید مردد باشد همچنانی که باید مقدار و وصف سرمایه بین طرفین معامله معلوم باشد بنحوی که موجب غرر نشود.
در این امر فرق نمینماید که سرمایه مفروز و یا قسمتی مشاع از مبلغ معینی باشد

۲– عمل

عملی که مورد تعهد مضارب قرار میگیرد چنانکه از مادهٔ «۵۴۶» معلوم میشود تجارت است و مضارب نمیتواند با آن سرمایه عمل غیر تجاری انجام دهد چنانکه آن را در امور صنعتی و یا فلاحتی بکار اندازد.
نوع عمل تجاری در عقد مضاربه باید تعیین شود که مضارب چه نوع تجارتی را از داخلی یا خارجی، بین شهرهای کشور یا در بازار یک شهر باید انجام دهد و همچنین باید تعیین شود که مورد معاملات تجاری چه قسم اجناس باید قرار گیرد، پارچه از
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۱
داخلی و خارجی یا گندم و جو و قند و شکر و امثال آنها، مگر آنکه تجارت بطور مطلق در عرف منصرف به نوع و قسم خاصی باعتبار مکان و زمان باشد، که در این صورت سکوت در عقد منصرف بعرف مزبور خواهد بود و مانند آنست که در عقد مضاربه تصریح بآن شده است. در صورتی که مضاربه مطلق و عرف خاصی در محل نباشد، طبق مادهٔ «۵۵۳» قانون مدنی، مضارب میتواند هر قسم تجارتی را که صلاح مالک بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارف محل را رعایت کند.

۳– سود

سهم هر یک از مالک و مضارب از منافع باید طبق مادهٔ «۵۴۸» ق. م. جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد و حصه‌های مزبور بدستور مادهٔ «۵۴۹» ق. م. باید در عقد مضاربه تعیین شود، مگر اینکه در عرف منجزاً معلوم باشد که سهم مضارب چه مقدار است و سکوت در عقد منصرف بآن گردد، زیرا انصراف در عرف بمنزلهٔ تصریح در عقد میباشد چنانکه در بسیاری از شهرها صدی ده از سود سهم مضارب میباشد و بقیه از آن مالک است. در صورتی که مبلغی معین از سود برای مضارب قرار داده شود مانند پنج‌هزار ریال از سود و یا مبلغی بطور کلی تعیین گردد مانند پنج‌هزار ریال آن عقد مضاربه نمیباشد چون فلسفهٔ تأسیس عقد مضاربه تشویق و ترغیب مضارب در کوشش برای ازدیاد سود میباشد، و این امر بوسیلهٔ تقسیم سود بنسبت معینه در قرارداد بعمل خواهد آمد و تعیین مبلغ معین بر خلاف مقتضای عقد مضاربه میباشد.
در عقد مضاربه نمیتوان سود را اختصاص بمالک داد، چنانکه کسی سرمایهٔ برای تجارت بدیگری بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد، در این صورت طبق مادهٔ «۵۵۷» ق. م. معامله، مضاربه محسوب نمیشود و باطل خواهد بود، زیرا در عقد در مقابل عمل مضارب عوض قرار داده نشده است و مضاربه از عقود معوض میباشد.
و در صورتی که در اثر این امر عملیات تجاری انجام گیرد عامل مستحق اجرت المثل عمل خود میباشد، مگر اینکه معلوم شود عامل آن را تبرعاً انجام داده است
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۲
طبق مادهٔ «۵۵۸» ق. م. در عقد مضاربه نمیتوان شرط نمود که خسارت حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، و هرگاه چنین

منظوری را متعاملین داشته باشند بوسیلهٔ حیلهٔ قانونی که مادهٔ نامبرده پیشنهاد کرده است تأمین میشود، و آن حیله اینست که بطور لزوم شرط شود که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجاناً بمالك تمليك كند. مقصود ماده از کلمهٔ بطور لزوم آن است که امر مزبور ضمن عقد لازم بطور شرط قرار داده شود. شرط مزبور اگر چه مجهول است ولی موجب بطلان معامله نمیگردد، چنانکه در مبحث شروط ضمن عقد گذشت. بنظر میرسد که از نظر حقوقی چنانکه بعداً شرح داده میشود میتوان در ضمن عقد مضاربه نیز شرط نمود که مضارب بمقدار خسران حاصل یا تلف مجاناً از مال خود بمالك تمليك كند.

در عقد مضاربه میتوان شرط کرد، مقداری از سود بطور مشاع از آن شخص ثالث باشد، اگر چه شخص مزبور هیچ‌گونه عملی را انجام ندهد، زیرا شرط مزبور در حقیقت بنفع یکی از مالك و یا مضارب است و جزء سهم او محسوب میگردد و از شروط فاسده و مفسده بشمار نمیرود و علاوه بر آنکه طبق مادهٔ «۱۹۶» ق. م. تعهد بنفع شخص ثالث صحیح است، مادهٔ «۱۰» ق. م. و «۲۱۹» ق. م. هم صحت آن را تأکید مینماید.

بعضی از فقهای امامیه شرط مزبور را صحیح نمیدانند مگر آنکه شخص ثالث عملی از اعمال مربوط بمضاربه را عهده دار باشد.

سود پس از انحلال مضاربه و کنار گذاردن سرمایه احتساب میگردد. مضارب پس از پیدایش سود، مالك حصهٔ خود بطور مشاع میگردد، و هرگاه سرمایه بصورت کالاـ است مضارب بهمان نسبت در عین مال شریک میشود بدون آنکه احتیاج به تبدیل کالا (بوسیلهٔ فروش) بوجه نقد یا انحلال عقد و تقسیم باشد، مثلًا هرگاه مضاربی که نیمی از سود برای او در مضاربه معین شده است تمامی سرمایه را که یکصد هزار ریال میباشد مال التجاره بخرد و پس از چند روز آن مال در بازار ترقی کند و بیکصد و پنجاه هزار ریال برسد، مضارب مالك يك ششم از مال التجاره در مقابل بیست و پنج‌هزار ریال میشود. ولی چون سود برای حفاظت سرمایه است و زیان تجارت و تلف تمام

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۳

یا قسمتی از سرمایه از سود ترمیم میشود، مالکیت مضارب نسبت بسود مزبور متزلزل است، تا آنکه عقد مضاربه منحل و موجودی تقسیم گردد، یعنی سرمایه کنار گذارده شود، بنابراین هرگاه مال التجاره فروش نرفت و در بازار تنزل کرد و یا بعضی از آن تلف و یا از پول فروش مبلغی سوخت شد و پس از انحلال و کنار گذاردن سرمایه يك هزار ريال باقی ماند، سود مضارب پانصد ریال خواهد بود. بنابر آنچه گذشت سود پس از انحلال عقد مضاربه و کنار گذاردن سرمایه حساب میشود، خواه تمامی کالا بفروش برود و یا آنکه موجودی تقویم شده و بمقدار سرمایه از آن کنار گذارند و بقیه را در حساب سود آورند. در صورت کنار گذاردن مقدار سرمایه از کالاـ معلوم میشود که مالك از عملیات فروش و نقد کردن کالا که بوسیلهٔ مضارب باید بعمل آید، صرف نظر نموده و حق خود را ساقط کرده است.

بنابر آنچه گفته شد قبل از انحلال و تقسیم (کنار گذاردن سرمایه) نمیتوان از سود استفاده نمود. در این مسأله سه قول دیگر موجود است:

۱- مضارب پس از نقد شدن کالاـ مالك سود سهمی خود میشود، زیرا قبل از آن، در خارج سودی وجود ندارد و امری وهمی است.

۲- مضارب بوسیلهٔ تقسیم و کنار گذاردن سرمایه مالك سود سهمی خود میگردد و چنانچه قبل از آن مالك شود سرمایه حفظ نخواهد شد.

۳- تقسیم کاشف از مالکیت سابقه مضارب نسبت بربح میباشد و بسبب تقسیم، مالکیت او مستقر میگردد.

در صورتی که عقد مضاربه باطلاق خود برگزار شود، چنانکه گذشت زیان ناشی از عملیات تجاری بوسیلهٔ سود حاصله جبران میشود ولی متعاملین میتوانند در عقد مضاربه شرط کنند که خسارات حاصله از سود جبران نشود و هر چه سود بدست می‌آید

تقسیم گردد و زیان از سرمایه محسوب شود، و یا آنان شرط کنند که سود لاحق جبران زیان سابق را ننماید بدین نحو که هرگاه در معامله‌ای زیانی متوجه شود و در

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۴

معاملهٔ بعدی سودی یافت گردد از آن سود جبران زیان نشود و یا بالعکس آنان شرط کنند که زیان لاحق از سود سابق جبران نشود، بدین نحو که هرگاه معامله‌ای کردند و سودی از آن بدست آمد و بعداً معاملهٔ دیگری نمودند و از آن زیان دیدند زیان را بوسیله سودی که قبلًا حاصل شده جبران نکنند. بعضی از فقهای امامیه شروط مزبور را منافی با مقتضای عقد مضاربه میدانند ولی چنانکه بعضی دیگر از فقهای امامیه گفته‌اند آنها بر خلاف ذات عقد مضاربه نیستند تا باطل باشند بلکه بر خلاف مقتضای اطلاق عقد مضاربه میباشند.

در صورتی که در نتیجهٔ عملیات تجاری و فروش تمام یا قسمتی از مال التجاره، سودی بدست آید و مالك یا مضارب در خواست تقسیم سود موجود را بنمایند و دیگری موافقت کند، مانعی نخواهد داشت که آن را تقسیم نمایند زیرا مال مزبور مورد حق انحصاری آنان است. ولی هرگاه مضارب درخواست تقسیم سود کند و مالك موافقت ننماید نمیتوان مالك را اجبار بر تقسیم نمود، زیرا ممکن است پس از تقسیم خسارت و زیانی متوجه سرمایه گردد و احتیاج پیدا شود که از آن سود، جبران زیان گردد و مضارب سهم خود را مصرف کرده باشد و نتواند بپردازد. و هرگاه بالعکس مالك درخواست تقسیم سود را بنماید و مضارب موافقت نکند، بعضی گفته‌اند که مانند مورد بالا نمیتوان مضارب را اجبار بتقسیم سود نمود، زیرا ممکن است در اثر ادامه معاملات تجاری زیان متوجه سرمایه شود و جبران آن از سود ایجاب مینماید که آنچه را مضارب گرفته است مسترد دارد و ممکن است آن در دست مضارب تلف شده باشد و نتواند آن را بپردازد و نتیجهٔ این امر موجب ضرر مضارب خواهد بود. بنظر میرسد چنانچه عقد مضاربه بصورت ملزمی منعقد نشده باشد، در صورت درخواست مالك بتقسیم سود بتوان مضارب را اجبار بر آن نمود، زیرا آنچه که ضرر مضارب بشمار آمده عرفاً ضرر محسوب نمیشود. ولی هرگاه عقد مضاربه بصورت ملزمی منعقد شود چنانکه مانند شرط ضمن عقد لازم قرار گیرد، بدر خواست مالك بتقسیم سود مضارب اجبار بتقسیم نمیشود، زیرا در صورتی که زیان متوجه سرمایه گردد و مالك نتواند آن مقدار از سودی را که دریافت داشته مسترد دارد، عملیات تجاری نقصان میپذیرد و ممکن است ضرر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۵

مادی متوجه مضارب شود. باری پس از تقسیم سود، چنانچه زیانی متوجه سرمایه گردد و از عملیات بعدی سودی حاصل نشود تا آن زیان جبران شود، در خاتمهٔ امر مضارب اقل امرین از زیان و سودی را که گرفته است مسترد میدارد، زیرا هرگاه زیان کمتر باشد، نقص سرمایه رفع شده است و هرگاه سودی که مضارب گرفته کمتر باشد مالك بیش از آن حقی بر او ندارد.

مضاربه را میتوان بصورت عقد جعاله واقع ساخت. چنانکه کسی بدیگری بگوید در صورتی که با این مال، تجارت کردی و سودی بدست آمد، ربع آن از آن تو باشد و دیگری قبول کند. عقد مزبور جعاله است و شرائط خاصه مضاربه از قبیل وجه نقد بودن سرمایه در آن لازم نمیباشد و چنانچه سرمایه دین یا کالا باشد نیز صحیح خواهد بود.

آثار و احکام عقد مضاربه

عقد مضاربه عقدی است عهدی و معوض که بموجب آن مضارب تعهد مینماید با سرمایهٔ متعلق بطرف، معاملات تجاری بنماید و مالك سرمایه، در مقابل تعهد میکند که سهمی از سود حاصل از معاملات مزبور، در عوض عمل از آن مضارب باشد.

از نظر تحلیل عقلی، عقد مضاربه مرکب از عقود متعدده است که عبارتند از:

امانت، وکالت در تصرف در مال امانتی، انجام معاملات تجاری و شرکت در منافع حاصله بقدر سهم مقرر در عقد.

طبق مادهٔ «۵۵۰» ق. م. «مضاربه عقدی است جائز» و مانند وکالت هر زمان هر یک از طرفین بخواهد میتواند آن را بر هم زند. هرگاه در عقـد مضاربه مدت برای تجارت معین شده باشد طبق مادهٔ «۵۵۲» ق. م. تعیین مـدت موجب لزوم عقد مضاربه نمیشود و هر یک میتواند آن را هر زمان بخواهد بر هم زند زیرا تعیین مدت در عقد جائز آن را لازم نمیگرداند.

در صورتی که در عقد مضاربه مدت تعیین گردد و هیچ‌یک از طرفین آن را بر هم

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۶

نزند، عقد تا انقضاء مدت باقی است و سپس خاتمه می‌یابد و مضارب نمیتواند دیگر معاملهٔ کند مگر با اجازهٔ جدید مالك. و هرگاه عامـل بـدون اجـازه عملیاتی نمود فضولی خواهـد بود و مالك میتوانـد آن را اجازه یا رد بنمایـد و در صورتی که اجازه دهـد عامل مستحق اجرت المثل عمل خواهد بود اگر چه عمل مزبور سود نیاورده باشد، زیرا عمل فرد محترم است و اجرت المثل در مقابل کار می‌باشد و احترام بآن، دادن اجرت می‌باشد و چون اجرت بوسیله عقد معین نشده اجرت المثل باید داده شود.

نظر بعلت مستنبطه از مادهٔ «۱۷۹» ق. م. که میگویـد: «موکل میتوانـد هر وقت بخواهـد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد» میتوان بیکی از دو طریق ذیل عقد مضاربه را برای مدتی غیر قابل فسخ گردانید:

۱- در صورتی که عقد مضاربه مانند شرط، ضمن عقد لازمی قرار داده شود.

۲- در صورتی که عدم فسخ عقد مضاربه از ناحیهٔ هر یک از مضارب و مالك ضـمن عقد لازمی بصورت شرط قرار داده شود. قول مشـهور فقهای امامیه بر آن است که شـرط مزبور (عـدم فسـخ بمعنی آنکه عقـد منحل نشود) مخالف با مقتضای عقد مضاربه اسـت (جواز عقـد) و باطل میباشـد، زیرا عـدم فسخ از نظر تحلیل حقوقی آن است که هرگاه یکی از طرفین عقـد را فسـخ کند عقد منحل نشود و آن معنی لزوم است. و هرگاه عـدم فسـخ بصورت شـرط فعل باشد بدین نحو که هیچ‌یك از طرفین آن را فسخ نکند، شـرط صحیح میباشد، در این صورت اگر یکی از آنان مضاربه را فسخ نمود، عقد مضاربه منحل میشود ولی مشروط له میتواند از حق خیار تخلف شـرط اسـتفاده نموده، عقد اصـلی را که شـرط ضـمن آن شده است فسخ کند. قول مشـهور را عده‌ای از فقهاء رد نموده باین اسـتدلال که منظور از عـدم فسـخ همان صورت اول است که بفسـخ یکی از طرفین عقد منحل نشود و شـرط مزبور خلاف مقتضای عقد مضاربه نمیباشد، زیرا جواز و لزوم مقتضای ذات عقد نیست، بلکه از مقتضیات اطلاق

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۷

عقد است و شـرط خلاف آن اشـکالی ندارد، بدین جهت است که هرگاه در ضمن عقد بیع، شرط شود که عقد مضاربهٔ سابق برای مـدت معینی فسـخ نشود، شـرط و عقـد صـحیح است و چنانچه عدم فسخ عقد مضاربه خلاف مقتضای عقد مزبور باشد ضـمن عقد دیگری نیز جایز نخواهد بود و حال آنکه صحیح است.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۲، ص: ۱۰۷

اما در صورتی که عـدم فسـخ در ضـمن عقـد جایز دیگری شـرط بشود، چنانکه در ضـمن عقد وکالت عدم فسخ عقد مضاربهٔ سابق شرط گردد، چون شرط و عقد وکالت پیکر واحدی را تشکیل میدهند، مادام که عقد وکالت باقی است، شرط ضمن آن لازم الوفاء میباشـد یعنی بفسـخ عقـد مضاربه بوسـیله یکی از طرفین عقـد منحل نمیگردد و هرگاه عقـد اصـلی (وکالت) فسخ شود شـرط ساقط میگردد و عقـد مضاربه قابل انحلال خواهد بود و منظور از آنچه مشـهور است که شـروط ضـمن عقد جایز، لازم الوفاء نمیباشـند نیز همین امر است که مشـروط علیه میتواند غیر مسـتقیم بوسـیلهٔ فسخ عقد اصلی از متابعت شرط ضمن آن خلاصی بیابد و از این جهت

فرقی نخواهد داشت که شرط، ضمن عقد لازم باشد یا جائز، زیرا در هر دو صورت بقاء شرط منوط ببقاء عقد اصلی است. اما در صورتی که شرط عدم فسخ عقد، ضمن همان عقد جائز بشود چنانکه کسی عقد مضاربه منعقد سازد و ضمن آن شرط نماید که آن را تا مدت معینی فسخ نکند، طبق مستنبط از مادهٔ «۵۵۲» ق. م. و قاعدهٔ کلی (شرط ضمن عقد از حیث جواز و لزوم تابع عقد اصلی است) چون عقد اصلی جائز است شرط ضمن آن نمیتواند الزام‌آور باشد و هر زمان هر یک از مالک و مضارب میتواند عقد مضاربه را فسخ نماید.

تکالیف هر یک از مالک و مضارب.

۱- تکالیف مالک-

در صورتی که عقد مضاربه مطلق گذارده شود، اطلاق عقد مزبور ایجاب مینماید که مالک، تمامی سرمایه را تسلیم مضارب نموده و در اختیار او بگذارد، ولی متعاملین میتوانند در ضمن عقد مضاربه بر خلاف آن شرط کنند که سرمایه نزد مالک باشد و مضارب برای انجام معامله بمقدار لزوم از او دریافت دارد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۸

یا حواله کند که مالک بپردازد و همچنین مضارب هر چه از فروش بدست آورد بمالک رد کند. بعضی از فقهای امامیه گفته‌اند یکی از شروط صحت مضاربه آنست که سرمایه در دست مضارب باشد و بدین جهت هرگاه شرط شود که سرمایه در دست مالک بماند عقد صحیح نیست. گفتهٔ اینان ادعا بدون دلیل میباشد.

۲- تکالیف مضارب-

اشاره

و آن عبارت است از:

الف- در صورتی که در عقد مضاربه معین گردد که مضارب چه نوع تجارتی را از داخلی و خارجی بنماید

و یا چه نوع مال التجاره را خریدوفروش کند و یا طرز مخصوصی در روش تجاری تعیین شود، مضارب باید طبق آن عمل بنماید مثلًا اگر در عقد مضاربه مقرر شده باشد که مضارب فرش ترکمنی از خراسان خریداری بنماید و بآلمان حمل کند مضارب باید فرش ترکمنی از خراسان خریده بآلمان بفرستد و چنانچه بر خلاف رفتار کند یعنی فرش کاشی بخرد و یا از تهران خریداری نماید معامله فضولی میباشد و در صورت تسلیم ثمن بطرف ضامن آن خواهد بود بنابراین هرگاه در نتیجه خرید فرش کاشی ثمن آن را بفروشنده تأدیه کند و مالک اجازهٔ آن معامله را ندهد ضامن ثمن در مقابل مالک میباشد، اما در صورتی که عقد مضاربه مطلق باشد یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد طبق مادهٔ «۵۵۳» ق. م. هر قسم تجارتی را که عامل صلاح بداند مینماید ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند مثلًا هرگاه تجارت فرش برای آلمان میشود باید عدل‌بندی آن طبق متعارف عدل‌بندی برای خارج باشد و بیمه نزدیکی از شرکتهای معتبر بشود، این است که مادهٔ «۵۵۵» ق. م. میگوید: «مضارب باید اعمالی را که برای نوع تجارت متعارف و معمول بلد و زمان است بجا آورد ...». روش متعارف کنونی در تجارت عبارت است از:

اول- پول نقد در بانک بحساب جاری سپرده میشود و بقدر لزوم از آن برداشت میگردد و هر چه فروش میرود ثمن آن نیز بحساب مزبور در بانک ریخته میشود.

دوم- نسیه فروش نمیشود مگر آنکه نوع تجارتی که اختیار شـده اقتضای نسـیه را بنمایـد و الا معامله فضولی میباشد، چنانچه مالک موافقت نکند مضارب ضامن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۰۹

خسارات مالک خواهد بود.

سوم- بیش از ثمن المثل مالی خریداری نشود و کمتر از ثمن المثل فروخته نشود مگر مصلحت تجاری مالک اقتضای آن را بنماید.

چهارم- مال التجاره صادراتی و وارداتی از خارجه در یکی از شرکتهای بیمه معتبر بیمه میگردد.

ب- طبق مادهٔ «۵۵۵» ق. م.، «مضارب باید اعمالی را که برای نوع تجارت متعارف و معمول بلد و زمان است بجا آورد

ولی اگر اعمالی را که بر طبق عرف بایستی به اجیر رجوع کند خود شخصاً انجام دهد مستحق اجرت آن نخواهد بود».

مادهٔ بالا دارای دو قسمت است:

اول- چنـانکه گـذشت هرگاه در مضاربه روشـی برای مضارب در تجارت معین بشود، مضارب بایـد اعمالی را که برای نوع تجارت متعارف و معمول در آن زمان و در شـهریست که عمل تجاری انجام میشود انجام دهد، مثلًا مضارب نمیتواند انجام اعمالی را که در نوع تجـارت متعـارف است که تـاجر شـخصاً انجـام میدهـد، ماننـد تنظیم اسـناد تجـاری، انتخـاب مـال التجاره و امثال آن، بـدیگری نمایندگی دهد، زیرا طبق مادهٔ «۲۲۵» ق. م.: «متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصـریح هم منصـرف آن باشـد بمنزله ذکر در عقـد است» بنابراین هرگاه مضارب بخواهد بدیگری نمایندگی در اینگونه امور دهد باید از مالک اجازه بگیرد و الا مسئول اعمال نماینـده میباشد. ولی اعمالی که برای نوع تجارت متعارف و معمول است که تاجر نماینده اختیار می‌کند یا اجیر میگیرد مانند وصول مطالبات، سپردن پول ببانک، نوشتن دفاتر و امثال آن مضارب میتواند نماینده و یا اجیر بگیرد.

دوم- چنـانچه مضـارب برای انجـام اعمـالی که میتوانـد اجیر بگیرد، شـخصاً آن را انجـام دهـد، مسـتحق اجرت المثل آن نمیباشـد و نمیتواند آن را در حساب آورد مثلًا هرگاه مضارب برای ترخیص کالا از گمرک که معمول است تجار اجیر میگیرند شخصاً

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۰

اقدام نماید و آن را از گمرک خارج کند، حق احتساب اجرت آن را نخواهد داشت.

این امر بنظر منطقی نمیرسـد، زیرا امور مزبور از تکـالیف مضـارب نمیباشـد و او الزام بارجـاع آن امور بـاجیر نـدارد. بنابراین چنانچه مضـارب، خود آن اعمال را انجام دهـد چون عمل انسان در صورتی که منع قانونی نداشـته باشـد محترم است بایـد اجرت المثل آن محسوب گردد. ولی از نظر قضائی با صراحت مادهٔ قانون بعدم استحقاق اجرت چارهٔ جز متابعت از آن نیست.

ج- طبق مادهٔ «۵۵۶» ق. م. مضارب نسبت بآنچه از نقد و جنس مربوط بمضاربه در دست دارد در حکم امین است

و ضامن مال مضاربه نمیشود مگر در صورت تعدی یا تفریط. و در صورتی که در ضـمن عقد مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، طبق مادهٔ «۵۵۸» ق. م.

عقد باطل است. منظور از شرط ضمان مضارب، در موردیست که با رعایت کلیه دستورات مضارب و متعارف و معمول در تجارت، مال مضاربه بدون تعدی و تفریط تلف شود زیرا شـرط مزبور بر خلاف مقتضای عقد مضاربه است. از نظر حقوقی چنانکه در ودیعه خواهـد آمـد بنظر میرسد که شـرط مزبور بر خلاف اطلاق عقد است نه ذات آن تا عقد باطل باشد، ولی چون ماده صـریح است لذا عقد مضاربه‌ای که در آن شـرط ضـمان شده باشد، ناچار باید باطل دانست. طرفین مضاربه میتوانند طبق ذیل مادهٔ «۵۵۸» ق. م. بنحو دیگری منظور خود را تأمین نمایند و آن این است که طرفین معامله بطور لزوم شرط نمایند که مضارب از مال خود بمقدار خسارت

یا تلف مجاناً بمالک تملیک کند و یا آنکه ضمن عقد لازمی مانند بیع، اجاره، صلح و امثال آن شرط کنند هر مقدار از مال مضاربه بدون تعدی و تفریط تلف شود و یا در اثر معاملات تجاری زیان متوجه سرمایه گردد، مالک میتواند بهمان مقدار از دارائی مضارب بلا عوض تملک بنماید، و یا آنکه مضارب ملزم باشد باو تملیک بلا عوض کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۱

در صورتی که مضارب در سرمایه و یا مال التجاره‌ایکه نزد او امانت میباشد تعدی و تفریط نماید از تاریخ شروع بآن ضامن میگردد، ولی عقد مضاربه منفسخ نمیشود و بحال خود باقی است چنانکه در اجاره، مزارعه و مساقات گذشت.

د- مضارب نمیتواند سرمایه را با مال خود یا مال دیگری که در دست دارد ممزوج نماید مگر با اجازهٔ صریح مالک،

زیرا اطلاق عقد مضاربه ایجاب مینماید که سرمایهٔ سپرده شده بمضارب، جداگانه مورد معامله قرار گیرد تا از هر گونه خسارت احتمالی مصون بماند. چنانچه مضارب بدون اجازهٔ مالک آن را با مال خود یا دیگری ممزوج نماید، عمل مزبور خارج از حدود اختیار او میباشد و فضولی است، بنابراین در صورتی که مالک اجازه ندهد مضارب ضامن هرگونه خسارتی خواهد بود که بمالک متوجه میگردد اگر چه در اثر ممزوج نمودن سرمایه نباشد، زیرا در اثر این عمل نسبت بسرمایه تعدی نموده است، ولی مضاربه بحال خود باقی بوده و سود بنسبت سرمایه و مال ممزوج تقسیم میگردد.

ه- طبق مادهٔ «۵۵۴» ق. م.: «مضارب نمیتواند نسبت بهمان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را بغیر واگذار نماید

اشاره

مگر با اجازهٔ مالک». شرح دو صورت مذکور در ماده:

اول- مضاربه نمودن نسبت بهمان سرمایه با دیگری-

چنانچه مضاربه بطور مطلق باشد، مضارب نمیتواند نسبت بهمان سرمایه با دیگری بدون اجازهٔ مالک قرار داد مضاربه منعقد نماید بطوری که شخص اخیر عامل او قرار گیرد، زیرا امر مزبور خارج از حدود اختیارات مضارب است که از اطلاق عقد معلوم میشود و در صورتی که با دیگری عقد مضاربه منعقد کند، عقد مزبور فضولی است و هرگاه مضارب ثانی عملی بنماید و مالک آن را اجازه دهد چنانچه عمل مزبور عرفاً دارای اجرت باشد مضارب مزبور مستحق اجرت المثل عمل خود از مالک میگردد، و چنانچه مالک اجازه ندهد و مضارب مزبور جاهل بوده که مضارب اول حق انعقاد چنین قراردادی را با او نداشته، اجرت المثل خود را از مضارب اول دریافت میدارد. در صورتی که انعقاد مضاربهٔ دوم با اذن قبلی مالک و یا با اجازهٔ بعدی او باشد از نظر تحلیلی، عقد مزبور مانند اجاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۲

اجیر مطلق، برای انجام عملی است که شرط مباشرت نشده باشد. بنابراین همچنانی که اجیر مطلق میتواند دیگری را برای انجام عمل مورد اجارهٔ خود اجیر نماید، مضارب میتواند با دیگری عقد مضاربه منعقد کند تا عملیات تجاری مقرر را انجام دهد. حصه‌ای از سود که مضارب اول در معاملهٔ مزبور برای مضارب دوم قرار میدهد ممکن است مساوی یا بیشتر باشد از آنچه که برای او قرار داده‌اند و در صورتی که بیشتر قرار دهد آنچه زائد بر حصهٔ او میشود مضارب اول باید از خود بپردازد. گفته شده مضارب اول نمیتواند حصه مضارب دو مرا کمتر از حصهٔ خود معین کند و بقیه را برای خود اختصاص دهد زیرا مضارب اول عملی انجام نداده تا مستحق اجرت در مقابل آن گردد. بنظر میرسد که این امر مانع حقوقی در بر نداشته باشد، زیرا مضاربه دوم عقد مستقلی است که

بین مضارب اول و شخص ثالث که مضارب دوم باشد منعقد شده و حقوق خود را باو واگذار نموده است و همچنانی که اجیر مطلق میتواند دیگری را بکمتر از اجرتی که برای او قرار داده شده اجیر نماید و زائد از آن او باشد، مضارب میتواند با دیگری عقد مضاربه بکمتر از حصهٔ خود واقع سازد و بقیهٔ آن را برای خود نگاهدارد.

همچنانی که مضارب میتواند نسبت بتمامی سرمایه با دیگری عقد مضاربه منعقد سازد میتواند نسبت بقسمتی از آن با دیگری عقد مضاربه ببندد و یا اعمالی را از خرید و یا فروش بعهدهٔ او گذارد و در مقابل، قسمتی از حصهٔ معینه را برای شخص مزبور اختصاص دهد.

دوم– واگذار نمودن مضاربه بدیگری–

در صورتی که عقد مضاربه مطلق باشد مضارب نمیتواند مضاربه را بدیگری واگذار نماید که شخص مزبور قائم مقام او گردد، زیرا در مضاربه، مالک همیشه شخصیت مضارب را از داشتن اطلاعات تجاری، اعتبار، امانت و غیره در نظر میگیرد. اما در صورتی که مالک صراحةً بمضارب اذن دهد که مضاربه را بدیگری واگذار نماید و یا پس از انجام آن بصورت فضولی مالک آن را اجازه دهد عقد مضاربهٔ دوم صحیح خواهد بود بنابراین چنانچه مالک بمضارب اذن دهد که بتواند مضاربه خود را بدیگری واگذار نماید امر مزبور بدین نحو محقق میشود که مضارب کسیرا اختیار می‌نماید و او را

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۳

مانند خود، مضارب مالک قرار میدهد و عقد مزبور بین شخص ثالث و مضارب منعقد میگردد. در این صورت عقد مضاربهٔ اول، بانعقاد مضاربه دوم منفسخ میشود، زیرا بین دو عقد مضاربه نسبت بیک سرمایه تنافی است و با جایز بودن عقد مضاربه چون مضاربه دوم بوجود آید مضاربه اول زایل میگردد. چنانکه بعضی از فقهاء بر آنند بین آن دو مضاربه تنافی موجود نیست و هر دو مضارب مستقلًا حق انجام عملیات تجاری را دارند همچنانی که در وکالت میباشد. بنابر آنچه گفته شد که بانعقاد مضاربهٔ دوم، مضاربهٔ اول زایل میگردد مضارب اول از طرف مالک وکیل بوده که عقد مضاربه با دیگری منعقد نماید، در این صورت سود حاصل از مضاربه بین مالک و مضارب دوم آنگونه که در عقد دوم با مضارب مزبور واقع شده تقسیم میشود و مضارب اول حقی از آن نخواهد داشت.

سؤالی که پیش می‌آید آنست که آیا در فرض بالا مضارب اول میتواند در عقدی که با مضارب دوم منعقد میکند، از سودی که نصیب مضارب دوم میشود حصه‌ای را برای خود قرار دهد و یا تفاوت بین سهم خود و سهمی که برای مضارب دوم قرار داده شده برای خود معین کند، چنانکه هرگاه سهم مضارب اول ربع از سود حاصل است و سهم مضارب دوم خمس آن، تفاوت بین ربع و خمس که یک بیستم میشود از آن مضارب اول باشد؟ پاسخ آن مورد اختلاف بین حقوقیین قرار گرفته است.

بعضی گفته‌اند، بستن قرارداد مضاربه، عملی است که عرفاً دارای اجرت میباشد و اشکالی نخواهد داشت که آن مقدار از حصه، اجرت مضارب اول قرار گیرد. بعضی دیگر بر آنند که عمل مزبور انجام وکالت است و بر فرض که اجرتی هم داشته باشد، اجرت آن بعهدهٔ مالک است و نمیتوان سهمی از حصهٔ مضارب دوم را بعنوان اجرت برای مضارب اول قرار داد. بنابراین هرگاه مضارب اول در مضاربه دوم، سهم مضارب دوم را کمتر از سهم خود در مضاربه اول قرار دهد، مضارب اول نمیتواند مازاد آن را برای خود اختصاص دهد، مگر بوسیلهٔ قرارداد جداگانهٔ با مالک، زیرا فرض اینست که با انعقاد مضاربه دوم مضاربه اول منحل میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۴

انفساخ عقد مضاربه.

اشاره

طبق مادهٔ «۵۵۱» ق. م.: «عقد مضاربه یکی از علل ذیل منفسخ میشود:

۱- در صورت موت یا جنون یا سفته احد طرفین.

۲- در صورت مفلس شدن مالک.

۳- در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح.

۴- در صورت عدم امکان تجارتی که منظور طرفین بوده».

شرح هر یک از موارد چهارگانه بالا:

۱- در صورت موت یا جنون یا سفته احد طرفین-

عقد مضاربه جائز است و طبق مادهٔ «۹۵۴» ق. م.: «کلیه عقود جایز بموت (و جنون) احد طرفین منفسخ میشود و همچنین بسفه در مواردی که رشد معتبر است».

انفساخ عقد مضاربه در صورت فوت مضارب از نظر آنست که اذن تصرف در سرمایه از طرف مالک بشخصی مضارب داده شده است و بفوت او اذن زائل میگردد، و در صورت فوت مالک، از نظر آن است که سرمایهٔ عقد مضاربه در اثر فوت بمالک دیگری که وارث است منتقل میشود و اذن در تصرف از ناحیهٔ مالک سابق بفوت او زائل میگردد. برای ادامهٔ عمل مضاربه، ورثه میتوانند عقد مضاربهٔ جدیدی با مضارب منعقد سازند و نمیتوان مانند عقد فضولی بوسیلهٔ اجازهٔ ورثه عقد مضاربه مورث را نسبت بزمان پس از فوت تنفیذ نمود، زیرا در حیات مالک (مورث) ورثه هیچ‌گونه حقی بر سرمایه نداشته‌اند، بخلاف آنچه در اجارهٔ بطن سابق نسبت بمدت پس از حیات خود میباشد که بطن لاحق میتواند آن را اجازه دهد، زیرا در حین عقد برای بطن لاحق حقی در عین موقوفه بحسب جعل واقف موجود است. چنانکه در مبحث فضولی گذشت بنظر میرسد که چون در حین انعقاد عقد مضاربه رابطهٔ بین ورثه با مال مورث موجود بوده میتوان عقد مزبور را نسبت بمدت پس از فوت فضولی دانست.

جنون خواه دائمی باشد یا ادواری در هر یک از مالک و مضارب موجب انفساخ

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۵

عقد مضاربه میگردد، و فرقی نمینماید که مدت جنون ادواری کوتاه یا طولانی باشد زیرا اطلاق ماده شامل مدت کوتاه نیز می‌گردد. فقهاء امامیه اغماء را نیز موجب انفساخ عقود جایزه دانسته‌اند و انفساخ عقد جائز در جنون ادواری و اغماء اگر چه مدتش کوتاه باشد اجماعی است و چنانچه اجماع نبود میتوان گفت که جنون ادواری و اغماء مخصوصاً در صورتی که مدت آنها کوتاه باشد موجب انفساخ عقد نمیشود، اگر چه اعمال و افعال مجنون و مغمی علیه در آن حال صحیح نیست.

۲- در صورت مفلس شدن مالک-

چنانکه در ورشکستگی قانون تجارت مشهود میشود اعمال تجاری از تاریخ ورشکستگی متوقف و اموال ورشکسته مورد وثیقهٔ طلبکاران قرار میگیرد و بدین جهت مضارب نمیتواند باعمال خود نسبت بسرمایه ادامه دهد اگر چه مالک رضایت داشته باشد مگر آنکه مورد موافقت تمامی طلبکاران قرار گیرد، زیرا تصرف در هر مالی منوط باجازهٔ کسانی میباشد که در آن حقی دارند.

۳- در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح-

سرمایه رکن اساسی مضاربه میباشد بدین جهت پس از آنکه تمامی سرمایه و ربح بجهتی از جهات تلف بشود، چنانکه تمامی آن

بابت زیان تجاری پرداخت شود، یا طلبها سوخت گردد و یا دچار حریق شود، مالی باقی نمیماند تا بتوان معاملات تجاری بوسیلهٔ آن انجام داد، بنابراین عقد مضاربه بخودی خود منحل میشود و مضارب نمیتواند باعتبار خود یا باعتبار مالک بحساب مضاربه معاملات تجاری و یا معاملات اعتباری و نسیه کند، و هرگاه بنام مالک اینگونه معامله بنماید فضولی است و هرگاه بنام خود معامله کند، سود و زیانش راجع باو است.

۴- در صورت عدم امکان تجارتی که مقصود طرفین در عقد مضاربه بوده است-

هرگاه نوع تجارتی که در عقد مضاربه معین شده بجهتی از جهات مقدور نباشد چنانکه موضوع مضاربه صادرات چای یا واردات پارچه ابریشمی باشد و بوسیلهٔ قانون اینگونه تجارت ممنوع گردد موضوع عقد مضاربه منتفی شده و عقد منحل میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۶

و همچنین است هرگاه نوع مال التجاره‌ای که مورد عقد مضاربه است در بازار یافت نشود، یا کارخانه سازنده از آن محصول دیگر بیرون ندهد و محصول دیگری بسازد.

آثار فسخ و انفساخ عقد مضاربه

۱- در صورتی که عقد مضاربه بوسیلهٔ مضارب یا مالک فسخ شود و یا بجهتی از جهات منفسخ گردد

عقد منحل شده و عملیات مضاربه متوقف میگردد. بنابراین باید مال مضاربه از نقد و جنس بهمان وضعیت که هست بمالک داده شود و آن امر بتخلیهٔ بین مالک و مال حاصل میگردد. مال در هر محل که باشد در همان محل تسلیم مالک میشود و مضارب ملزم نیست که آن را بشهر و محل مالک یا مرکز تجاری نقل کند مگر آنکه خارج از حدود اختیار و بدون اجازه بآنجا برده باشد. و همچنین مضارب ملزم نمیباشد عملیات تجاری که ناقص مانده خاتمه دهد و دیون را پرداخته و یا مطالبات را وصول نماید.

۲- در صورتی که فسخ قبل از شروع بعمل باشد

چون هیچ‌گونه عملی انجام نشده است مضارب حقی بر مالک ندارد.

۳- در صورتی که فسخ پس از ختم عملیات تجاری و نقد شدن مال مضاربه باشد، سرمایه کنار گذارده میشود.

و هرگاه سودی باقی بماند بنسبت معینه در عقد مضاربه بین مالک و مضارب تقسیم میشود و هرگاه سودی باقی نماند مضارب حقی بر مالک ندارد، زیرا مفاد عقد که بتوافق طرفین منعقد گردیده بر آنست مگر آنکه شرط شده باشد که در صورت پیدا نشدن سود، مالک، مبلغی بمضارب بدهد، که در این صورت طبق آن باید رفتار شود. و هرگاه زیان متوجه سرمایه شده و مقدار موجود کافی برای تأمین سرمایه نباشد، آن مقدار بابت سرمایه بمالک داده میشود و از بابت اجرت و سرمایه هیچ‌یک حقی بر دیگری ندارد، مگر آنکه مضارب تعهد پرداخت مقداری از مال خود در مقابل زیانی که متوجه مالک شده نموده باشد و یا بمالک وکالت داده باشد که بمقدار زیان وارده از اموال او تملک نماید. (مادهٔ «۵۵۸» ق. م.)

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۷

۴- در صورتی که فسخ در اثناء جریان عملیات تجاری باشد بطریق ذیل رفتار می‌شود:

الف- هرگاه در نتیجهٔ عملیات تجاری هیچ‌گونه سودی تا زمان انحلال حاصل نشده باشد، مضارب هیچ‌گونه حقی بر مالک نخواهد داشت

اگر چه فسخ از طرف مالک بشود، زیرا مضارب خود اقدام بمعامله جائزه نموده است که هر زمان در معرض فسخ میباشد. و اگر فسخ از طرف مضارب باشد اقدام بضرر خود نموده و نگذارده عمل مضاربه بجائی برسد که سودی حاصل گردد.
در فرض بالا ـ فرقی ندارد که در زمان فسخ مال مضاربه بصورت کالا باشد و یا وجه نقد، همچنانی که فرقی نمینماید که در چه مرحله از مراحل عملیات تجاری، عقد منحل شود، قولنامه تنظیم شده ولی معامله انجام نشده است و یا سفارش بکار خانه داده شده و بار حمل، ولی بمقصد نرسیده است و یا بمقصد رسیده ولی تحویل گرفته نشده است، و همچنین فرقی ندارد که برای عملیات مزبور مالک مخارجاتی هم نموده باشد.

ب – هرگاه قسمتی یا تمامی مال مضاربه بصورت کالا در آمده و سود نیز حاصل شده باشد

چنانکه گذشت پس از حصول سود مضارب بمقدار سهم خود در عین مال شریک میباشد و میتواند در خواست تقسیم مال مشترک را بکند ولی نمیتواند فروش آن را بخواهد، زیرا نمیتوان شریک را اجبار بفروش مال مشترک نمود مگر آنکه قابل تقسیم نباشد. هرگاه توافق بتقسیم نمودند طبق آن عمل خواهند کرد و اگر توافق حاصل نگردید از طرف حاکم الزام بتقسیم میشود و مقررات تقسیم شرکت در آن جاری خواهد بود.

بطلان عقد مضاربه.

در صورتی که عقد مضاربه بجهتی از جهات باطل باشد مضارب مستحق اجرت المثل عمل خود خواهد بود اگر چه سودی در معاملات تجاری که نموده حاصل نشده باشد، زیرا عمل انسان محترم است و در مقابل کار باید اجرت داده شود ولی در مورد فسخ چون عقد صحیح میباشد طبق مادهٔ «۲۱۹» ق. م. مفاد آن نسبت بطرفین لازم الاتباع
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۸
میباشد بدین جهت هرگاه سودی در مضاربه عاید نگردد، مضارب هیچگونه حقی بر مالک نخواهد داشت.

خاتمه

اشاره

پولی که در بانکها یا نزد تجار میسپارند، آنان در حساب خود ریخته و دهنده را در بیلان طلبکار و خود را بدهکار نشان میدهند و در موقع پرداخت از موجودی صندوق میپردازند. پول در نزد بانک یا نزد تاجر گاه بحساب جاری گذارده میشود و گاه دیگر برای مدت معینی کوتاه یا طویل سپرده میشود، در صورت اول نوعاً سود نمیدهند، زیرا آن را بمصرف تجاری نمیرسانند تا همیشه بمقدار لازم پول در صندوق برای پرداخت حسابهای جاری داشته باشند که در صورت صدور چک از ناحیهٔ دارندهٔ حساب جاری بانک یا تاجر در مضیقه مالی نیفتد. ولی نسبت به سپرده‌های مدت دار چون صاحب پول نمیتواند در مدت معین پول خود را بخواهد آنان میتوانند آزادانه نسبت بآن پول معاملات بانکی یا تجاری بنمایند و باعتبار کوتاهی و درازی مدت، سود میپردازند. قانون مدنی در مادهٔ «۵۵۹» میگوید: «در حساب جاری یا حساب بمدت، ممکن است با رعایت شرط قسمت اخیر مادهٔ قبل احکام مضاربه جاری و حق المضاربه بآن تعلق بگیرد» رعایت نمودن شرط قسمت اخیر مادهٔ قبل، آنست که بطور لزوم شرط شود که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجاناً بمالک تملیک نماید، بنابراین میتوان پول را ببانک یا تاجر بحساب جاری یا سپرده مدت دار گذارد، که بوسیلهٔ آن بانک یا تاجر عمل تجاری بنماید و هرگاه زیانی متوجه آن شود یا تلف گردد، بانک یا تاجر ملزم باشد که آن زیان

و تلف را مجاناً بپردازد.

طبق مادهٔ «۵۶۰» ق. م. «بغیر از آنکه فوقاً مذکور شد مضاربه تابع شرایط و مقرراتی است که بموجب عقد بین طرفین مقرر است» زیرا طبق مستفاد از مادهٔ «۱۰» و مادهٔ «۲۱۹» ق. م. کلیه عقود که بر خلاف قانون نباشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است.

تراض–

در بسیاری از مناطق که بگله‌داری اشتغال دارند مرسوم است، مالکین

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۱۹

حیوانات اهلی اشخاصی را بعنوان عامل برای نگاهداری آنها اختیار مینمایند و عدهٔ از گاو و گوسفند بآنها میسپارند و در مقابل سهمی از نمائات آن را برای عامل اختصاص میدهند. قانون مدنی فرانسه این عمل را قسمتی از اجاره دانسته و در مادهٔ «۱۸۰۰» میگوید: عمل مزبور قرار دادی است که بوسیلهٔ آن یکی از طرفین مقداری معین از حیوانات چهارپا را برای نگاهداری و غذا دادن در حدود شرائط مقرر بدیگری میدهد. در بعضی مناطق ایران معمول است که عده حیواناتی از قبیل گاو و گوسفند برای مدت معینی که نوعاً پنج سال است بکسی میسپارند که شخص مزبور از شیر و پشم و نتایج آنها استفاده نموده و هر سال مقدار معینی روغن، پنیر و یا کره بمالک بدهد و پس از انقضاء مدت همان عده از آن حیوانات را که بهمان سن حیوانات سپرده شده باشد بمالك رد کند. این نوع تراض را مال شاه گویند.

و قسم دیگری از تراض معمول است که آن را لنگه مینامند و آن بدین نحو است که مالك گاو یا گوسفند، عده‌ای از آنها را برای مدت سه سال بدیگری میدهد که نگاهداری نموده و خوراك آنها را بدهد و قرار میگذارند که نمائات از پشم و شیر و همچنین نصف از نتایج از آن محافظ باشد و نیز محافظ در یك ربع از آن حیوان شریك خواهد بود و بدین جهت است که تراض مزبور را لنگه مینامند. و اقسام دیگری از تراض در بعض مناطق نیز متداول است که احتیاج بذکر آن نیست.

قانون مدنی ایران راجع باین گونه معامله مادهٔ در نظر نگرفته و با توجه بمقررات مربوط باجاره نمیتوان آن را از اقسام اجاره دانست زیرا یکی از شرایط اجاره معلوم بودن اجرت است و در تراض اجرت محافظ سهمی از نمائات حیوانات از قبیل شیر و پشم و نتاج میباشد که مقدار آن مجهول است.

بنظر میرسد که این گونه قراردادها طبق مادهٔ «۱۰» قانون مدنی صحیح میباشد، زیرا احتیاجات جامعه که منطق ساده رفع آن را راهنمائی مینماید اینگونه قراردادها را پذیرفته است اشکالی که میتوان کرد مبهم بودن مورد معامله است که با توجه بملاك مواد مربوطه بمزارعه و مساقات و مضاربه علم اجمالی در آن معامله را باید کافی دانست

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۰

عده‌ای از فقهای امامیه باستناد روایاتی، یك نوع از تراض را که ضریبه نامند پذیرفته‌اند و آن عبارت است از آنکه مالك عده‌ای از گوسفندان و گاوان خود را برای نگاهداری بدیگری برای مدتی بدهد و شرط کنند که پشم و شیر و نتاج از آن محافظ باشد و محافظ مقداری روغن و یا نتاج و یا چیز دیگری بمالك بدهد.

شیخ در استبصار پس از ذکر روایاتی که ذیلا یکی از آنها بیان میگردد ضریبه را پذیرفته است. در کافی و تهذیب از حضرت امام صادق علیه السلام روایت کرده‌اند که مردی از آن حضرت سؤال کرد که ما گوسفندان خود را در بلاد جبل بکسی میدهیم تا آنکه آنها را در چراگاه نگاهداری نمایند و شیر و پشم آنها در مقابل نگاهداری و علف دادن از آن محافظ باشد، و محافظ برای ما از هر گوسفندی یکدرهم بدهد.

حضرت فرمود بدراهم عیب ندارد ولی من دوست ندارم که بروغن باشد مانند روایت مزبور روایات دیگری بهمین مضمون از امام نقل شده است. صاحب استبصار معتقد است که سبب کراهت در دادن روغن در تراض آنست که آنچه عامل بمالک میدهد از نمائات گوسفندانی میباشد که از آن مالک است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۱

فصل هفتم در جعاله

اشاره

جعاله بکسر و فتح و ضم جیم مالی است که بعنوان اجرت برای عملی قرار دهند، در اصطلاح چنانکه مادهٔ «۵۶۱» ق. م. میگوید: «عبارت است از التزام شخصی باداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین». جعاله عقدی است عهدی و معوض و دارای دو طرف میباشد، و چنانکه مادهٔ «۵۶۲» ق. م. میگوید:

«در جعاله ملتزم را جاعل و طرف را عامل و اجرت را جعل (بضم جیم) میگویند» و دارای دو مورد است یکی عمل و دیگری اجرت که در مقابل عمل قرار میگیرد.

جعاله یکی از عقود معینه است و تمامی شرائط اساسی برای صحت معامله که در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. ذکر شده در آن باید رعایت گردد و علاوه بر آن دارای شرائط خاصی است که عقد جعاله را تشکیل میدهد.

۱- طرفین معامله

الف- عامل ممکن است شخص معینی باشد

چنانکه جاعل شخص معینی را مخاطب قرار دهد و بگوید: هرگاه کیف بغلی من که در فلان مجلس گم شده پیدا نمائی یک هزار ریال بتو میدهم، اصطلاحا آن را جعاله خاص گویند. در صورتی که در جعالهٔ خاص، جاعل منظور خاصی از انجام عمل بوسیلهٔ عامل داشته باشد، انجام آن بوسیلهٔ دیگری بدون اجرت خواهد ماند، زیرا مقصود جاعل از عقد انجام نشده است، چنانکه هرگاه نقاش مشهوری برای کشیدن صورتی طرف خطاب در عقد جعاله باشد و یا پدری برای تشویق پسر خود حل مسأله ریاضی را مورد عقد جعاله با او قرار دهد، در این صورت کشیدن صورت بوسیلهٔ غیر نقاش معین و یا حل مسأله ریاضی بوسیله غیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۲

پسر مقصود جاعل را از عقد تأمین نمینماید. ولی هرگاه خصوصیت عامل مورد نظر جاعل نباشد و دیگری آن عمل را انجام دهد عامل مستحق اجرت المثل عمل خواهد بود، زیرا منظور از جعاله انجام ذات عمل است و مخاطب قرار دادن شخص معین در عقد از نظر آنست که او یکی از افرادی میباشد که میتواند آن عمل را بجا آورد نه آنکه خصوصیتی را در عقد داشته باشد. بنابراین بابجای آوردن عمل مزبور از طرف دیگری منظور جاعل تأمین میشود و چون عمل انسان محترم میباشد، جاعل باید اجرت المثل آن را بعامل بپردازد اگر چه دیگری طرف عقد قرار گرفته است. باید متذکر بود که هرگاه اجرت المثل عملی که انجام شده زائد بر جعل مقرر در عقد جعاله باشد، زائد را عامل مستحق نخواهد گردید، زیرا هرگاه عمل مزبور بوسیلهٔ عامل انجام میشد جاعل زاید را نمیپرداخت، و تأدیه مبلغ زائد در حقیقت زیانی است که انجام دهندهٔ عمل سبب آن میباشد و باید جبران کند.

در صورتی که عمل مورد جعاله قابل تکرار باشد، چنانکه کسی بدیگری بگوید:

هرگاه برای من آهوئی آوردی هزار ریال بتو میدهم، پس از انجام عمل از طرف شخص ثالث، عامل (طرف عقد جعاله) نمیتواند باعتبار بقاء عقد جعاله مجدداً آن را برای دریافت جعل انجام دهد، زیرا بتحقق فردی از کلی عمل مورد جعاله انجام یافته و تعهد عامل منتفی میگردد. و در صورتی که در اثر انجام عمل بوسیلهٔ شخص ثالث خسارتی متوجه عامل شده باشد چنانکه عامل با پرداخت هزینه شروع بتهیه مقدمات عمل نموده است، شخص ثالث باید آن را از نظر تسبیب بعامل بپردازد، زیرا او در اثر انجام عمل مانع شده است که عامل بتواند نتیجه را انجام دهد.

بعضی از حقوقیین گفته‌اند در مورد جعالهٔ خاص در صورتی که عمل را شخص ثالث انجام دهد مستحق اجرت نمیگردد اگر چه خصوصیت عامل مورد نظر جاعل در عقد نباشد، زیرا شخص ثالث طرف عقد نبوده و جاعل هیچگونه تعهدی در مقابل او ندارد و با تعهد عامل بانجام عمل، دیگری نباید آن را انجام دهد، بنابراین شخص ثالث

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۳

مانند متبرع است.

ب- عامل ممکن است غیر معین باشد،

اشاره

چنانکه کسی بگوید: هر کسی کیف بغلی مرا که در فلان محل گم شده بیابد و بمن بدهد یک هزار ریال باو میدهم، این است که قسمت اول مادهٔ «۵۶۴» ق. م. میگوید: «در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ...» عقد مزبور را جعالهٔ عام گویند و هر کس کیف را بیابد و تسلیم جاعل کند مستحق جعل میگردد. ممکن است عامل یک نفر و یا چند نفر باشند، و در صورتی که عاملین متعدد، بشرکت یکدیگر عمل مورد جعاله را انجام دهند طبق مادهٔ «۵۶۸» ق. م.

بنسبت عمل خود مستحق جعل خواهند بود. و حق الجعاله بنسبت تأثیر عمل هر یک در پیدایش نتیجه بین عاملین تقسیم میگردد.

اهلیّت-

طرفین عقد جعاله باید دارای اهلیت برای معامله باشند زیرا جعاله یکی از عقود معینه است و اهلیت شرط اساسی برای صحت کلیه تعهدات است. بنظر میرسد که سفیه و صغیر ممیز بتوانند در عقد جعاله عامل قرار داده شوند، زیرا با معتبر بودن عبارات آنان میتوانند طرف عقد قرار گیرند و تعهد بانجام عمل نمایند، و همچنین است اجیر شدن آنان زیرا عمل انسان از اموال او محسوب نمیشود تا آنان نتوانند در آن تصرف کنند. در صورتی که عمل بوسیله مجنون و صغیر غیر ممیز انجام شود، آنان مستحق اجرت المثل عمل خود میگردند اگر چه نمیتوانند از نظر عدم اهلیت، طرف عقد جعاله قرار گیرند، زیرا جاعل از عمل آنان منتفع میشود و عمل انسان محترم است اگر چه صغیر و مجنون باشد.

۲- عوضین

الف- عمل

عمل یکی از عوضین در عقد جعاله است که عامل عهده‌دار انجام آن میگردد.

عمل در جعاله نمیتواند مجهول و از جمیع جهات مبهم باشد، چنانکه کسی بگوید:

چیزی از من گمشده است هر کس بیابد یک هزار ریال باو میدهم، زیرا عقد مزبور

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۴

غرری و عقد غرری باطل است. ولی چنانکه ماده «۵۶۴» ق. م. میگوید: «در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد» بنابراین بر خلاف آنچه در شرائط اساسی برای صحت معامله گذشت، مورد جعاله میتواند مردد بین یکی از دو یا چند امر باشد چنانکه کسی بگوید هر کسی قلم یا کتاب مرا پیدا کند و بمن بدهد صد ریال باو میدهم، همچنانی که ممکن است از بعض جهات نیز مبهم باشد چنانکه در مثال مزبور است که کیفیات عملی که برای پیدا کردن هر یک از قلم و کتاب لازم میباشد معلوم نیست، اینست که مادهٔ «۲۱۶» ق. م. میگوید: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی بآن کافی است».

عملی که مورد جعاله قرار میگیرد مانند مورد تمام معاملات طبق مادهٔ «۲۱۵» ق. م. باید متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد، این ستکه مادهٔ «۵۷۰» ق. م. میگوید:

«جعاله بر عمل نامشروع و یا بر عمل غیر عقلائی باطل است» مثلا هرگاه مورد جعاله آتش زدن مغازه کسی باشد از نظر نامشروع بودن مورد، عقد جعاله باطل خواهد بود و همچنین است هرگاه کسی بگوید: هر کس در یک‌دفعه یک من غذا بخورد فلان مبلغ باو خواهم داد زیرا مورد عقد جعاله امر غیر عقلائی میباشد و هیچ‌گونه نفع فردی و اجتماعی در بر ندارد.

ب- جعل

جعل (بضم جیم) اجرتی است که در عقد جعاله مقابل عمل قرار داده میشود. چنانکه در عمل گذشت، که در عقد جعاله علم اجمالی بمورد کافی است و مبهم بودن آن خللی بصحت آن وارد نمیآورد، جعل نیز ممکن است مبهم باشد، این ستکه مادهٔ «۵۶۳» ق. م. میگوید: «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست. بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کسی گم‌شدهٔ او را پیدا کند حصهٔ مشاع معینی از آن، مال او خواهد بود جعاله صحیح است». مثلًا هرگاه کسی اعلان کند که کیف او گم شده است و هر کس آن را بیابد نصف اسکناسهای موجود در آن باو داده میشود عقد جعاله صحیح است اگر چه عامل نمیداند چه مقدار اسکناس در کیف است و همچنین است هرگاه جاعل هم مقدار آن را نداند، ولی اجرت نمیتواند من جمیع الجهات

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۵

مجهول باشد چنانکه گفته شود هر کس کیف بغلی مرا بیابد و بدهد شیرینی خوبی و یا چیز خوبی باو خواهم داد. اما تردید نسبت باجرت چنانکه از روح و وحدت ملاک مادهٔ «۵۶۴» ق. م. معلوم میگردد مانع از صحت عقد جعاله نمیباشد. قول مشهور فقهای امامیه بر آن است که اجرت در جعاله باید معلوم باشد چنانکه در اجاره است ولی قانون مدنی بپیروی از قول غیر مشهور علم اجمالی را کافی میداند و این امر یکی از فرقهای بین اجاره و جعاله است زیرا در اجاره علم تفصیلی نسبت بمورد لازم میباشد.

لازم نیست که جاعل از عمل جعاله شخصاً منتفع شود بلکه کافی است که عمل جعاله دارای منفعت عقلائی باشد و کسی از آن بالمآل منتفع گردد اگر چه شخص ثالث باشد.

بنابراین جاعل میتواند تعهد بپرداخت مبلغی در مقابل عملی که عامل برای شخص ثالث انجام میدهد بنماید مثلا کسی بگوید هر کس کتاب فلان شخص را پیدا کند صد ریال باو میدهم و یا هر کس کشف داروی فلان بیماری را بنماید یک میلیون ریال باو میدهم اگر چه خود او مبتلا بآن بیماری نباشد، عقد مزبور جعاله و صحیح میباشد.

آثار و احکام جعاله

۱- طبق مادهٔ «۵۶۵» ق. م.: «جعاله تعهدی است جائز و مادامی‌که عمل باتمام نرسیده است هر یک از طرفین میتوانند رجوع کنند ...»

بنابراین جعاله مانند عقود جائزهٔ دیگر طبق مادهٔ «۹۵۴» ق. م. که میگوید: «کلیه عقود جائزه بموت (و جنون) احد طرفین منفسخ میشود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است» بموت و جنون هر یک از طرفین منفسخ میشود و همچنین است در مواردی که جاعل سفیه گردد، زیرا التزام بپرداخت اجرت، تصرف در امور مالی است و سفیه دارای اهلیت مزبور نمیباشد، ولی بنظر میرسد که سفه عامل موجب انفساخ عقد جعاله نگردد زیرا سفیه میتواند ابتداء عامل در عقد جعاله قرار گیرد.

۲– هزینه‌هائی که برای انجام عمل جعاله لازم است بعهدهٔ عامل میباشد مگر آنکه عرف محل خلاف آن را اقتضاء نماید

و یا طرفین خلاف آن را شرط کنند، زیرا

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۶

عامل تعهد بانجام عمل مورد جعاله نموده و تعهد بر هر امری تعهد بر لوازم آن است، و یکی از آن لوازم پرداخت هزینه‌های لازم برای انجام عمل میباشد، مثلاـ هرگاه پیدا کردن مالی مورد جعاله قرار گیرد، کرایه وسائل لازم برای جستجو از قبیل اتومبیل و همچنین اجرت اجیر و امثال آن بعهدهٔ عامل خواهد بود. مستنبط از مادهٔ «۲۸۱» ق. م. که میگوید: «مخارج تأدیه بعهدهٔ مدیون است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد».

۳– طبق مادهٔ «۵۶۹» ق. م. «مالی که جعاله برای آن واقع شده است از وقتی که بدست عامل میرسد تا بجاعل رد کند در دست او امانت است»

بنابراین طبق مادهٔ «۶۱۴» ق. م.: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که باو سپرده شده است نمیباشد مگر در صورت تعدی یا تفریط» و چنانچه شروع بتعدی و تفریط نمود، مسئول هر نقص و عیبی میباشد که بمال مزبور وارد آید اگر چه تلف و نقص مستند بفعل او نباشد.

۴– طبق مادهٔ «۵۶۷» ق. م.: «عامل وقتی مستحق جعل میگردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد»

این امر یکی از فرقهای بین اجاره و جعاله است، زیرا در اجاره اجیر بوسیله عقد مستحق اجرت المسمی میگردد اگر چه نمیتواند مطالبهٔ آن را بنماید مگر پس از انجام عمل، بالعکس آنچه در جعاله است آن است که عامل مستحق جعل بتسلیم متعلق جعاله یا انجام عمل میشود، بنابراین هرگاه اجرت عین خارجی باشد منافع آن در جعاله از زمان تسلیم یا انجام متعلق آن، از آن عامل است و در اجاره از زمان عقد مال اجیر میباشد.

فسخ جعاله–

در صورتی که عقد جعاله قبل از شروع بعمل فسخ شود، عامل حقی بر جاعل پیدا نمینماید، زیرا اجرت در مقابل کار است و عامل کاری نکرده تا مستحق اجرت آن گردد. ولی هرگاه عقد جعاله در اثناء عمل از طرف جاعل فسخ گردد عامل مستحق اجرت المثل عملی که انجام نموده است میباشد، زیرا آن عمل باجازهٔ جاعل انجام شده و عمل انسان محترم است و موجب بنتیجه نرسیدن عمل عامل، جاعل میباشد.

این است که ذیل مادهٔ «۵۶۵» ق. م. میگوید: «... ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۷

نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد» در این امر فرقی نمینماید که عامل معین و یا غیر معین باشد. اما در صورتی که جعاله از

طرف عامل در اثناء عمل فسخ شود، چنانکه هرگاه کسی برای پیدا کردن مالی که گمشده است مبلغی قرار دهد و عامل پس از چندین روز تجسس و تحمل هزینه از عمل خود رجوع کند، عامل حقی از بابت خسارت و یا اجرت نخواهد داشت، زیرا عامل قبل از رسیدن نتیجه بمیل خود از ادامه کار صرف نظر نموده است و اجرت در عقد جعاله در مقابل نتیجه است، و عملیات مقدماتی که عامل برای رسیدن بنتیجه انجام میدهد جنبهٔ مقدمی دارد و در مقابل آن اجرت در نظر نگرفته‌اند. اینست که مادهٔ «۵۶۷» ق. م. میگوید: «عامل وقتی مستحق جعل میگردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد».

طبق مادهٔ «۵۶۶» ق. م.: «هرگاه در جعاله، عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هر یک از اجزاء مقصود بالاصالهٔ جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد، عامل از اجرت المسمی بنسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود، اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل»، زیرا عقد مزبور باعتبار اجزاء مورد، منحل بعقود متعدده میشود و هر یک از آن اجزاء در مقابل سهمی از اجرت قرار میگیرد که عامل در صورت انجام جزء مزبور مستحق اجرت آن خواهد بود، مثلا هرگاه کسی نقاشی کردن یک ساختمان را که دارای چندین اطاق، راه رو، حمام و آشپزخانه و قسمتهای دیگری است، بوسیلهٔ عقد جعاله بنقاشی در مقابل مبلغ معینی بدهد و نقاش پس از نقاشی چند اطلاق از جعاله رجوع و از اتمام آن صرف نظر کند، عامل میتواند بنسبت مقداری از ساختمان که نقاشی کرده از اجرت مقرر بخواهد.

در صورتی که در اثناء عملیات مقدماتی از طرف عامل، عمل ترک شود و در اثر آن زیانی متوجه جاعل گردد، عامل از نظر تسبیب مسئول خسارات وارده خواهد بود، چنانکه هرگاه تاجری چندین عدل فرش از کاشان به بنگاه باربری بجعاله بدهد که بطهران بیاورد، عامل پس از حمل آنها در میان راه، عقد جعاله را فسخ کند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۸

و عدلهای فرش را در کنار جاده بیندازد و فرشها دچار باران و برف شود و از قیمت آنها کاسته گردد، عامل مسئول خسارات تاجر میباشد. و چون کسی نمیتواند بدیگری ضرری وارد آورد این ستکه هرگاه کسی در اینگونه اعمال بعنوان عامل شروع بعمل نماید باید آن را بانتهاء برساند. این امر دلیل بر آن نمیشود که عقد جعاله در موارد مزبور لازم باشد، چنانکه در عاریه است که هرگاه زمینی برای دفن میت عاریه شود نمیتوان قبر را نبش نمود با آنکه عقد عاریه در مورد مزبور مانند موارد دیگر جائز است.

در صورتی که عقد جعاله در اثناء عمل بموت و یا جنون یکی از عامل و جاعل منفسخ شود هیچیک بر دیگری حقی نخواهد داشت. نمیتوان موت و جنون را طبق مادهٔ «۳۳۱» ق. م. سبب توجه خسارت دانست زیرا چنانکه در تسبیب بیان گردید شرط مسئولیت در مرود تسبیب تقصیر مسبب میباشد و مجنون و متوفی تقصیری مرتکب نشده‌اند.

بطلان عقد جعاله

در صورتی که عقد جعاله بجهتی از جهات باطل باشد، چنانچه قسمتی از اعمال مقدماتی جعاله انجام شده باشد عامل مستحق اجرت المثل آن خواهد بود، زیرا آن مقدار از عمل را عامل در اثر امر جاعل انجام داده است و طبق مادهٔ «۳۳۶» ق. م.

در مورد استیفاء، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است. و همچنین هرگاه عامل عمل را انجام داده و یا متعلق جعاله را تسلیم جاعل نموده مستحق اجرت المثل عمل خود میباشد، اعم از اینکه عالم یا جاهل ببطلان باشد همچنانکه فرقی نمینماید که جاعل عالم ببطلان یا جاهل بآن باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۲۹

فصل هشتم در شرکت

شرکت بر دو قسم است: شرکت غیر عقدی و شرکت عقدی.

اول- شرکت غیر عقدی

اشاره

شرکت غیر عقدی و یا شرکت بطور مطلق چنانکه مادهٔ «۵۷۱» ق. م میگوید: «عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد بنحو اشاعه» بنابراین هر ذرهٔ از ذرات مال مزبور ملک مالکین مشاع میباشد.

مال مشاع یا مشترک میتواند عین خارجی باشد، مانند خانه و باغ مشترک و میتواند منفعت باشد مانند منفعت خانه مورد اجاره که در اثر فوت مستأجر بورثه منتقل شده باشد، و یا حق باشد مانند حق خیار، حق شفعه و طلب که در نتیجهٔ فوت مورث بورثه منتقل شود.

شرکت در اثر پیدایش سببی از اسباب معینه حاصل میشود و آن اسباب بر دو قسم است. اختیاری و قهری

اشاره

که باین اعتبار دو نوع شرکت اختیاری و قهری چنانکه مادهٔ «۵۷۲» ق. م. متذکر است بوجود می‌آورد.

۱- شرکت اختیاری-

اشاره

چنانکه مادهٔ «۵۷۳» میگوید شرکت اختیاری در نتیجه یکی از امور ذیل حاصل میشود:

الف- عقد

شرکت ممکن است در نتیجه عقدی از عقود حاصل گردد، چنانکه چند نفر ملکی را خریداری کنند و یا آن را اجاره نمایند و یا بآنها هبه شود و یا قبول رهن نمایند و یا حق تحجیری بآنها مصالحه شود. (شرکت حاصل از عقد غیر از شرکت عقدی است که بعداً خواهد آمد).

ب- عمل شرکاء

شرکت ممکن است در نتیجه عمل شرکاء باشد از قبیل مزج اختیاری چنانکه در دهات معمول است که رعایا گندمهای خود را در یک انبار میریزند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۰

و هر یک بمقداری که ریخته در گندمهای انبار شریک میشود، و یا قبول نمودن چند نفر مال مشاعی را در ازاء عمل خود، چنانکه چند نفر بامر کسی عملی را انجام دهند و در عوض یک توپ پارچه بآنها داده شود و آنها آن را در مقابل اجرت المثل خود قبول نمایند، و یا آنکه در نتیجه حیازت مباحات باشد چنانکه چند نفر بکمک یکدیگر درخت مباحی را بکنند.

۲- شرکت قهری-

اشاره

طبق مادۀ «۵۷۴» ق. م. شرکت قهری در نتیجه یکی از امور ذیل حاصل میشود:

الف- ارث

چنانکه کسی فوت کند و ورثۀ متعدد داشته باشد، آنها در ماترک مورث خود شریک میشوند.

ب- امتزاج

چنانکه دزدی از خانه‌های چند رعیت گندم بدزدد و در انبار خود بریزد، گندمهای آنان بدون ارادۀ شرکاء ممزوج شده است.
امتزاج خواه قهری باشد و خواه اختیاری، در اشیائی سبب شرکت میگردد که پس از امتزاج از یکدیگر تمیز داده نشود یعنی پس از مزج تعدد خود را حقیقۀ از دست داده و پیکر واحدی را تشکیل بدهند، خواه آنها از یک جنس باشند مانند مزج روغن زیتون کسی با روغن زیتون دیگری که باعتبار اختلاف مالك دو شیئی شناخته میشوند، و یا از دو جنس باشند مانند مزج روغن زیتون کسی با پارافین دیگری و یا آرد جو کسی با آرد گندم دیگری که علاوه بر اختلاف آن دو باعتبار مالك، آنها دو مادۀ مختلف میباشند، در موارد مزبور در اثر مزج، شرکت حقیقۀ واقعیۀ حاصل میگردد. و از این قبیل است. امتزاج دانه‌های ریز مانند خشخاش با خشخاش یا بذر با بذر و امثال آنها زیرا در اثر امتزاج آنان تعدد خود را از دست میدهند. در صورتی که دو یا چند شیئی با یکدیگر ممزوج شوند بطوری که تعدد خود را حقیقۀ از دست ندهند ولی عرفاً شیئی واحد محسوب گردد مانند امتزاج گندم کسی با گندم دیگری و یا گردوهای کسی با گردوهای دیگری، که از نظر عدم امتیاز بین گندم هر یک با گندم دیگری و گردوی هر یک با
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۱
گردوی دیگری، عرف آنها را واحد میشناسد و در اثر اختلاط آن اشیاء با یکدیگر شرکت ظاهریه حکمیه ایجاد میشود که در حکم شرکت واقعیه است، و شرکاء میتوانند آن را افراز و تقسیم بنمایند و تمامی احکام دیگر مال مشترك در آن جاری میگردد.
بنابر توضیح مزبور املاك مفروزه در اثر امتزاج بخودی خود باملاك مشاعه تبدیل میگردد و احتیاج بقصد شرکت ندارد، زیرا چنانکه اشاره شد چون پس از امتزاج نمیتوان ملك هر یك از مالکین را تشخیص داد، لذا ناچار حکم بمالکیت مشاعه ظاهری آنها نسبت بمال ممزوج میشود، ولی در واقع مالکیت مفروز هر یك باقی است که نمیتوان آن را تشخیص داد. و این امر فرق اساسی بین مزج اختیاری و مزج قهری است و برای تبدیل مزج قهری و شرکت ظاهریه بشرکت واقعی انعقاد عقد شرکت لازم میباشد.
اشیائی که پس از اختلاط، عرف آن را شیء واحد نمیشناسد، اگر چه امتیاز هر یك از دیگری داده نشود، شرکت حکمیه ایجاد نمینماید، و عدم قدرت بر تشخیص املاك، موجب پیدایش شرکت نمیگردد چنانکه کسی دوازده بشقاب یا صندلی برای مهمانی از همسایه خود عاریه بگیرد و پس از برگزاری مهمانی چون آنها شبیه به بشقابها و صندلیهای خود او هستند، تشخیص بشقابها و صندلیهای همسایه ممکن نشود. در این فرض نمیتوان گفت که صاحبخانه با همسایه در ۲۴ بشقاب و یا ۲۴ صندلی شریک هستند بدین جهت برای تفکیك بین آنها راهی بجز مصالحه نیست. فقهاء مورد مزبور را نیز از موارد استقراع میدانند.

احکام شرکت

۱– هیچ‌یک از شرکاء طبق مادۀ «۵۸۱» ق. م. نمیتواند بدون اجازۀ شرکاء دیگر در مال مشترک تصرفی نماید،

زیرا تصرف هر یك در سهم مشاع خود موجب تصرف او در سهام دیگران خواهد بود و بدون اجازه شرکاء تجاوز بحقوق آنان میباشد. در این امر فرقی نمینماید که تصرف شریک برای اداره مال مشترك و یا انتفاع
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۲

از آن باشد. منظور از تصـرف مذکور در ماده، تصرف مادی از قبیل سکونت در خانه، تعمیر، تخریب و امثال آن میباشد ولی هر گاه تصرف غیر مادی باشد مانند فروش، اجاره، رهن، هبه، و امثال آن موجب تصرف در سهام شرکاء دیگر نخواهد بود.
این است که مادهٔ «۵۸۳» ق. م. میگوید: «هر یک از شرکاء میتواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزء یا کلًا بشخص ثالثی منتقل کند» همچنانی که میتواند بدون رضایت شـرکاء دیگر بیکی از شـرکاء خود انتقال دهد، اگر چه تسـلیم آن بغیر محتاج باجازهٔ بقیه شرکاء میباشد.
در صورتی که شـریکی بدون اذن یا خارج از حدود اذن بقیه شـرکاء، تصـرف (مادی) در مال مشترک بنماید و شـرکاء دیگر آن را بعـداً اجازه ندهنـد ضامن است و بایـد از عهـدهٔ خسارت وارده بر آیـد و آن را جبران کنـد. این است که مادهٔ «۵۸۲» ق. م میگوید: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است».
در صورتی که بیکی از شـرکاء اذن در تصـرف از نـاحیه سـایرین داده شود، اذن اذن‌دهنـدگان میتواننـد هر زمان از اذن خود رجوع کننـد اگر چه مـدت در آن معین کرده باشـند، مگر آنکه بطور ملزمی حق رجوع را از خود سـلب نموده باشـند در این صورت برای مدتی که اذن دهنده حق رجوع را از خود سلب نموده نمیتواند رجوع بنماید و چنانچه رجوع کند اثری نخواهد داشت.
فائـدهٔ تعیین مـدت در اذن چنانچه بوجه ملزمی نباشـد آن است که هرگاه در مـدت از اذن رجوع نشد پس از انقضاء آن، اذن خاتمه پیدا میکند و تصرف در مال مشترک تصرف در مال غیر خواهد بود.

۲- هر یک از شرکاء در مال مشترک، نسبت بسهم خود مشاعاً شریک است و در نمائات حاصله

و همچنین در نقص بهمان نسـبت شـریک میباشـد، زیرا نمائات تابع ملک، و نقص هم بر ملک تحمیل میشود، خواه آن نماء و نقص تجاری باشد مانند ترقی و تنزل قیمت در بازار، یا طبیعی مانند میوه و ثمره دادن درختان و یا لاغر شدن حیوانات،
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۳
این است که مـادهٔ «۵۷۵» ق. م. میگوید: «هر یک از شـرکاء بنسـبت سـهم خود در نفع و ضـرر سـهیم میباشد مگر اینکه برای یک یا چنـد نفر از آنها در مقابل عملی سـهم زیادتری منظور شده باشد» و الا هرگاه برای یکی از شـرکاء بدون آنکه عملی انجام دهد قرار گذارنـد که از سـهم خود بیشتر نفع ببرد آن قرار داد باطل است، زیرا آن زیاده در مقابل چیزی قرار نگرفته است تا معاوضـهٔ باشـد و شرکاء هم قصد هبه و یا اباحهٔ باو ننموده‌اند و عقود معدودند، و این امر منطبق با هیچیک از آنها نیست، و بعبارت دیگر تعهد مزبور بدون علت میباشد. و در صورتی که این امر بصورت شـرط ضـمن عقد شـرکت قرار داده شود چون بر خلاف مقتضاء عقد شـرکت است شرط و عقد باطل میشود زیرا عقد شرکت اقتضاء دارد که نمائات بنسبت مال الشرکه تسهیم شود چون نمائات تابع اصل ملک است. بعضی این شرط را بر خلاف مقتضاء اطلاق عقد دانسته و بدستور قاعده (المؤمنون عند شروطهم) آن را صحیح میدانند.
و همچنین هر یـک از شـرکاء نسبت بثمن فروش مال مشترک و اجرت المسـمی یا اجرت المثل و خسارات مال مزبور بنسبت سـهم خود مشاعـاً شـریک میباشـد زیرا عوض در حکم معوض است. بنابراین در صورت فروش مال مشترک هر جزء از ثمن در مقابل هر جزء از مبیع و در اجاره مال مشترک هر جزء از مال الاجاره در مقابل هر جزء از منافع مال مشترک قرار میگیرد. در صورتی که یکی از شرکاء مبلغی از ثمن را از مشتری و یا مال الاجاره را از مستأجر دریافت دارد اگر چه در مقابل سهم خود گرفته باشد سائر شرکاء بنسبت سـهم خود در آن شـریک میباشـند و در آنچه سوخت گردد نیز همگی شـریک خواهنـد بود. گفته شـده هرگـاه ثمن و مال الاجاره کلی فی الذمه باشد، شـرکاء دیگر در آنچه یکی از شـرکاء بنام سـهم خود از مدیون میگیرد شـریک نمیشوند زیرا همچنانی که هر یک از شـرکاء میتوانـد نسبت بسـهم خود مـدیون را ابراء نمایـد و یا باو صـلح کنـد و این امر تأثیری در سـهام دیگران ندارد میتواند سهم خود را استیفاء بنماید، و استیفاء مانند ابراء میباشد، و دین امری است کلی و بقبض افراد معینهٔ بوسیلهٔ بعض از

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۴
طلبکاران مالکیت او نسبت بآن افراد معینه حاصل میگردد، لذا آنچه یکی از شرکاء بنام سهم خود میگیرد سهم اختصاصی او شناخته میشود و سهام دیگران در ذمه مدیون باقی است

ادارهٔ مال مشترک

۱– اذن در تصرف

در شرکت خواه قهری باشد یا اختیاری، شرکاء میتوانند ادارهٔ امور مال مشترك را بیك یا چند نفر از شرکاء و یا اشخاص ثالث بسپارند که در مقابل اجرت و یا تبرعاً آن را اداره کنند، زیرا هر تصرفی را که کسی بتواند در مال خود بنماید چنانچه بسته بشخصیت او نباشد، میتواند نمایندگی در انجام آن را بدیگری بدهد.
طرز اداره کردن اموال مشترك طبق مادهٔ «۵۷۶» ق. م. تابع شرائط مقرره بین شرکاء خواهد بود.
و در صورتی که شرکاء اختیار اداره کردن اموال مشترك را بطور مطلق بکسی بدهند، او میتواند در حدود متعارف اعمالی که برای نگاهداری از آن لازم است انجام دهد، مگر اینکه عرف محل اقتضای امور دیگری را نیز بنماید مانند اجاره دادن، تعمیر و امثال آن که در این صورت مانند تصریح از طرف شرکاء خواهد بود. این است که مادهٔ «۵۷۷» ق. م. میگوید: «شریکی که در ضمن عقد باداره کردن اموال مشترك مأذون شده است میتواند هر عملی را که لازمهٔ اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود مگر در صورت تفریط یا تعدی».
در صورتی که اداره‌کننده مال مشترك از حدود اذن تجاوز نماید و یا بدون اذن عملی را انجام دهد و شرکاء موافقت ننمایند، مسئول خسارات وارده خواهد بود و هرگاه عمل مزبور سند قضائی باشد چنانکه مالی را بفروشد و یا رهن گذارد آن عمل فضولی میباشد و شرکاء میتوانند آن را اجازه دهند یا رد کنند. این است که مادهٔ «۵۸۱» ق. م. میگوید: «تصرفات هر یك از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود». در صورتی که شرکاء معامله فضولی را اجازه ندهند طبق مادهٔ «۵۸۵» ق. م.: «شریك

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۵
غیر مأذون در مقابل اشخاصی که با آنها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران فقط حق رجوع باو دارند». منظور مادهٔ مزبور از طلبکاران کسانی هستند که در نتیجهٔ عمل غیر مأذون شریك، طلبکار شده‌اند مثلا هرگاه شریك غیر مأذون چیزی را بنام شرکت بفروشد و ثمن آن را دریافت دارد این امر خارج از حدود اختیار او بوده است و شرکاء دیگر آن را اجازه ندهند، فروشنده مسئول رد ثمن مزبور میباشد.
در صورتی که اداره امور شرکت بعهدهٔ چند نفر از شرکاء یا اشخاص ثالث واگذار شود بنحوی که هر یك بتواند بطور استقلال و بدون موافقت دیگران اقدام کند، طبق مادهٔ «۵۷۹» ق. م. هر یك از آنان میتواند منفرداً باعمالی که برای اداره کردن امور شرکت لازم است تصدی نماید، زیرا عمل مزبور در حدود اختیاراتی است که باو داده شده است.
در صورتی که بین شرکاء مقرر شده باشد که هر یك از مدیران بدون موافقت مدیران دیگر اقدامی نکند، مدیری که بتنهائی اقدام کرده است در صورت عدم امضای شرکای دیگر و یا مدیران دیگر طبق مادهٔ «۵۸۰» ق. م. تجاوز از حدود اختیارات خود نموده و ضامن خواهد بود اگر چه برای مدیران مأذون دیگر امکان فعلی در اداره امور شرکت نباشد، چنانکه آنان در مسافرت رفته باشند و عملی برای ادارهٔ امور شرکت لازم باشد که در صورت تأخیر در انجام آن، خسارت متوجه شرکت شود، زیرا این امر موجب تصرف در اموال شرکت میگردد و بدون اجازهٔ شرکاء جایز نمیباشد مگر در حدود مادهٔ «۳۰۶» ق. م. راجع باداره اموال غائب یا

محجور و امثال آنها که شرح آن در جلد اول گذشت.

شریکی که مال مشترک در یـد او است طبق مادهٔ «۵۸۴» ق. م. در حکم امین است و باید تکالیف امین را نسبت بمال مزبور رعایت بنماید و ضامن تلف یا نقص آن نمیشود مگر در صورت تفریط یا تعدی. همچنین نظر بوحدت ملاک مادهٔ مزبور، شـخص ثالثی که شرکاء ادارهٔ امور شرکت را باو واگذار نموده‌اند در حکم امین میباشد.

۲- خاتمه یافتن اذن در تصرف

اشاره

اذن در تصـرف که از طرف شـرکاء بیـک یا چنـد نفر از شـرکاء و یا شـخص ثالث داده میشود در موارد ذیل طبق مادهٔ «۵۸۸» ق. م. خاتمه پیدا میکند:

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۶

1- انقضاء مدت مأذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع.

الف- انقضاء مدت مأذونیت-

اذن تصـرف در مال الشـرکه خواه بوجه ملزمی باشـد و یا نباشـد، بانقضاء مدت خاتمه پیدا مینماید و مأذون نمیتواند تصـرفی در مال مشترک بنماید، چنانکه هرگاه شـرکاء، برای یک سال بیکی از شـرکاء یا شـخص ثالث اجازهٔ اداره مال الشرکه را داده باشند پس از یک سال، مأذون دیگر حق تصرف در آن را ندارد.

ب- رجوع از اذن در صورت امکان رجوع-

چنانکه گـذشت در صورتی که اذن بوجه ملزمی داده نشـده باشـد، اذن دهنـده میتواند هر زمان از اذن خود رجوع کند و پس از آن مأذون دیگر نمیتواند تصـرف بنماید. اذن در تصـرف برای ادارهٔ امور شـرکت از طرف شـرکاء، دادن نمایندگی در تصرف از طرف آنها میباشد و مأذون بنام اذن دهنده عمل مینماید و از این جهت مانند وکالت است.

2- در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء:

الف- فوت یکی از شرکاء-

چنانکه در بالا تذکر داده شد اذن در تصـرف یک نوع نمایندگی میباشد که شـریک نسبت باموال خود داده است و چون فوت کند و اموال بورثه منتقل شود مأذون نمایندگی از ورثه ندارد تا بتواند در اموال آنها تصرف بنماید و اذن مورث نسبت بزمان بعد از فوت مـؤثر نخواهـد بود، زیرا کسـی نمیتوانـد اذن تصـرف در اموال دیگری بدهـد. علاوه بر آنکه اذن بفوت اذن دهنـده زائل میگردد و مأذون نمیتواند بنام نمایندگی از اذن دهنده عمل کند و اذن هم قابل انتقال بوارث نمیباشد تا از طرف آنان نماینده باشد.

ب- محجور شدن یکی از شرکاء-

منظور ماده از محجور شدن، مجنون یا سـفیه یا ورشکسـته شدن میباشد. در صورت مجنون یا سفیه شدن یکی از شرکاء حق تصرف از او سـلب میگردد و ادارهٔ امـور امـوال شـریک مزبـور، بوسـیله قیـم خواهـد بـود و اجـازه او را لازم خواهـد داشـت. و در تفلیس و

ورشکستگی چون اموال مفلس و ورشکسته متعلق حق طلبکـاران قرار میگیرد، اذن شـریک مفلس و ورشکسـته بتنهائی برای جوائز تصرف کافی نیست و اذن طلبکاران را نیز لازم دارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۷

انحلال شرکت

اشاره

طبق مادهٔ «۵۸۷» ق. م. شرکت بیکی از طرق ذیل مرتفع میشود:

۱- در صورت تقسیم مال الشرکه-

پس از آنکه اموال شـرکت بین شـرکاء تقسـیم گردیـد شـرکت مرتفع میشود، زیرا شـرکت قـائم بوجود مـال مشترک است و پس از تقسـیم، مال مشترکی موجود نیست. طبق مادهٔ «۵۸۶» ق. م.: «اگر برای شـرکت در ضـمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد میتواند رجوع کند» و تقسیم آن را بخواهد، خواه شرکت قهری باشد یا اختیاری در صورتی که شرکاء در ضمن یکی از عقود لازمه مـدت برای شـرکت معین نموده باشـند چنانکه شـرکاء در عقـد بیع که بین آنها واقع میشود برای شـرکت قهری یا اختیاری که در اموال آنها حاصل گردیده مدت معینی قرار دهند و یا حق تقسـیم را برای مدت معینی از خود سـلب نمایند، در اثناء مدت مزبور نمیتوانند آن را بر هم زنند و تقسیم مال شرکت را بخواهند.

چنانکه از مادهٔ «۵۸۶» ق. م. مذکور در بالا فهمیده میشود، قرار دادن مدت در شـرکت بدون آنکه بصورت شرط، ضمن عقد لازمی باشد الزام‌آور نیست و هر یک از شـرکاء هر وقت بخواهد میتواند آن را بر هم زده و تقسـیم مال الشـرکه را بخواهد (تفصیل این امر در مضاربه بیان گردید).

۲- در صورت تلف شدن تمام مال الشرکه-

چنانکه در بالا تذکر داده شد.

شرکت قائم بوجود مال الشـرکه میباشد، بنابراین هرگاه تمامی اموال شرکت تلف شود و چیزی باقی نماند تا شرکاء نسبت بآن سهیم باشـند، شرکت مرتفع میشود. ولی هرگاه مقداری از اموال بماند اگر چه ناچیز باشد شرکت باقی است. دین مشترک کافی برای بقاء شرکت نیست زیرا دین برای مدیون مال محسوب نمیشود.

دوم- شرکت عقدی

شرکت عقـدی، عبارت از عقدی است بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن بمالی که بین آنان مشترک میباشد و آن را شـرکت مدنی نیز میگویند. اثر عقد مزبور آنست که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۸

هر یک از شـرکاء بنمایندگی از طرف دیگران میتواند بوسـیله کسب و معامله در مال الشرکه تصرف نماید هر یک از شرکاء مانند وکیل و عامل از طرف دیگران در امور شـرکت عمل مینمایند مگر آنکه شـرکاء قرارداد مخصوصـی گذارند و اداره امور شرکت را بیک یا چند نفر واگذار کنند که در این صورت معلوم میگردد که شرکاء اذن تصرف بعنوان نمایندگی را از دیگران سلب نموده‌اند شرکت عقدی یکی از عقود معینه است و باید علاوه بر کلیه شـرائط اساسـی برای صحت معامله مذکور در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. دارای

شرائط خاصه‌ای باشد که با اجتماع آن شرائط، عقد شرکت محقق میگردد شرکت، عقدی است جائز و هر یک از شرکاء میتواند هر زمان بخواهد آن را فسخ کند و چون فسخ گردید اذن در تصرف که مولود عقد بوده زایل میشود، ولی شرکت در اموال که اجتماع حقوق مالکین متعدد بنحو اشاعه در شیء واحد میباشد تا وقتی که مال مشترک تقسیم و یا تمامی آن تلف شود باقی میماند و همچنین در اثر فوت و جنون و سفه طبق مادهٔ «۹۴۵» ق. م. عقد شرکت منفسخ میشود

تبصره فقهای امامیه در کتاب شرکت چهار قسم شرکت را بیان نموده‌اند:

۱- شرکت عقدی-

شرکت عقدی که آن را شرکت اعیان نیز مینامند آن است که دو یا چند نفر در اموال خواه نقد باشد یا جنس قرار داد شرکت منعقد کنند

۲- شرکت ابدان-

آن است که دو یا چند نفر با یکدیگر قرار دهند که هر کدام هر چه بوسیله عمل خود بدست آورد همگی در آن شرکت باشند، خواه عمل آنان از یک نوع باشد چنانکه همگی خیاطی بنمایند یا مختلف چنانکه یکی نجاری بنماید و دیگری بنائی شرکت ابدان باطل میباشد زیرا مقدار کار افراد متساوی نیست و از این قبیل است هرگاه دو یا چند نفر شرکت در حیازت اموال مباحه بنمایند و قرار دهند که هر چه حیازت کنند بین آنان مشترک باشد، مثلا دو یا چند نفر خارکن به بیابان بروند و با یکدیگر قرار دهند که هر چه بوته و خار کنند، همگی در آن شریک باشند شرکت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۳۹

مزبور محقق نمیشود و هر یک هر چه کننده متعلق بخود او خواهد بود. میتوان بوسیلهٔ عقد صلح نتیجهٔ منظوره از شرکت ابدان را بدست آورد چنانکه در مثال خیاط و یا بنا و نجار هر یک از دو یا چند نفر کارگر، سهمی از منفعت خود را برای مدت معینی بدیگری در مقابل سهمی از منفعت او در همان مدت صلح نماید و یا آنکه در مقابل مبلغ کمی مانند یک ریال بدیگری مصالحه کند چنانکه خیاط ثلث منفعت خود را در یک ماه بنجار در مقابل دو ثلث از منفعت او در همان مدت صلح کند، و همچنین است در مورد حیازت مباحات در صلح مزبور مقصودی که از شرکت ابدان در نظر میباشد بدست می‌آید.

۳- شرکت وجوه-

و آن عبارت است از آنکه دو یا چند نفر که دارای سرمایه نیستند با یکدیگر قرار دهند که هر یک اموالی را باعتبار خود نسیه خریداری بنماید و بفروشد و ربحی که حاصل میشود همگی در آن شریک باشند. شرکت مزبور باطل است ولی اینان میتوانند بوسیله عقد وکالت نتیجهٔ شرکت وجوه را بدست آورند، بدین نحو که هر یک دیگری را وکیل بنماید که هر چه میخرد رفیق خود را در آن شریک نماید یعنی آن را برای خود و رفیقش بنسبت معینی نسیه خریداری نماید در این صورت آنچه نسیه خریده میشود متعلق بهر دو میباشد و در سود و زیان بهمان نسبتی که بشرکت خریداری نموده از نصف و ثلث و ربع و امثال آن شریک خواهند بود.

۴- شرکت مفاوضه-

و آن عبارتست از آنکه دو یا چند نفر با یکدیگر قرار دهند هر نفع و فائده که بهر یک برسد اعم از تجارت، زراعت، کسب، ارث، وصیت و امثال آن همگی در آن شریک باشند و همچنین هر زیانی که متوجه هر یک گردد همگی در آن سهیم باشند. شرکت مزبور باطل است.

چنانکه بیان شده از اقسام شرکتهای نامبرده شرکت عقدی (مدنی) صحیح میباشد و سه قسم شرکت دیگر باطل و بلا اثر است.

اطلاق شرکت عقدی اقتضاء دارد که سود و زیان حاصله از آن بنسبت سرمایه تقسیم شود، ولی شرکاء میتوانند برای بعضی از صاحبان سهام در مقابل عملی که انجام

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۰

میدهد ربح بیشتری قرار دهند. و در صورتی که عملی انجام ندهد بین فقهاء اختلاف نظر است، بعضی شرط و عقد را صحیح میدانند و بعضی هر دو را باطل میشمارند و بعضی دیگر قائل بتفصیل میباشند و فقط شرط را باطل و عقد را صحیح میدانند.

در صورتی که عقد شرکت بجهتی از جهات باطل باشد معاملاتی که انجام شده صحیح است و سود و زیان بنسبت سهم الشرکه بین شرکاء تقسیم میشود.

شرکت مدنی دارای شخصیت حقوقی، غیر از شخصیت افراد شرکاء که قبلًا نیز دارا بودند نمیباشد و آنان مشاعاً مالک مال الشرکه هستند، بنابراین اقامه دعوی از طرف شرکت یا بر علیه شرکت نمیتوان نمود و باید دعوی بنام شرکاء بعنوان مالکین مشاع بشود. و هرگاه بوسیله مدیر مجاز، عملیات تجاری انجام گردد و در اثر آن شرکاء مدیون شوند، دعوی بطرفیت شرکاء اقامه میگردد، مگر اینکه بمدیر وکالت در این امر نیز داده شده باشد که در این صورت بطرفیت مدیر بعنوان وکیل دعوی اقامه میشود.

در صورتی که شرکاء بخواهند شرکت مزبور با حفظ مزایای شرکت مدنی، دارای شخصیت حقوقی بشود، باید طبق مقررات قانون تجارت آن را بصورت شرکت نسبی بثبت رسانند.

تقسیم اموال شرکت

طبق مادۀ «۵۸۹» ق. م.: «هر شریک المال میتواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر در مواردی که تقسیم بموجب این قانون ممنوع یا شرکاء بوجه ملزمی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند».

فقهای امامیه تقسیم مال مشترک را بیع و صلح ندانسته و آن را تمیز حق هر یک از شرکاء از یکدیگر میدانند اگر چه مستلزم پرداخت رد باشد، بدین جهت علاوه بر عمل تقسیم، اعلام قصد انشاء که لازمه رکن اساسی تمامی معاملات است محتاج نمیباشد.

ولی از نظر تحلیل حقوقی، تقسیم تمیز حق ساده نیست و مبنی بر معاوضه میباشد، زیرا هر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۱

یک از شرکاء اجزاء فرضیه مشاع خود را که در حصۀ شریک دیگر قرار دارد، در مقابل اجزاء فرضیه مشاعی که شریک مزبور در حصۀ مفروز او دارد تملیک مینماید.

بنابراین تقسیم در حقیقت معامله خاصی است که عمل تقسیم کاشف از قصد انشاء میباشد.

اقسام تقسیم

اشاره

اقسام تقسیم عبارتند از:

۱- تقسیم بتراضی-

طبق قسمت اول مادهٔ «۵۹۱» ق. م. در صورتی که تمامی شرکاء بتقسیم مال مشترك و طرز آن راضی باشند، تقسیم بنحوی که شرکاء تراضی نمایند بعمل می‌آید، زیرا هر مالکی حق همه گونه تصرف و انتفاع را از مال خود دارد و تقسیم یکی از آن تصرفات است.

۲- تقسیم اجباری-

در صورتی که یکی از شرکاء تقسیم مال مشترك را بخواهد و شرکاء دیگر توافق بر این امر ننمایند، شریکی که افراز سهم خود را میخواهد میتواند از دادگاه تقسیم مال مشترك را بخواهد و دادگاه بدستور مادهٔ «۵۹۱» ق. م شرکاء را احضار و پس از جریان و ختم رسیدگی رأی بافراز و تقسیم صادر مینماید، مشروط بر آنکه تقسیم مشتمل بر ضرر ممتنع نباشد که در این صورت اجبار بتقسیم نمیشود و باید تقسیم بتراضی باشد.

در صورتی که تقسیم مال مشترك مشتمل بر ضرر بعضی از شرکاء باشد، دادگاه درخواست تقسیم را نمیپذیرد مگر اینکه درخواست تقسیم از طرف متضرر بشود که در این مورد طبق مادهٔ «۵۹۲» ق. م. طرف دیگر که از تقسیم متضرر نمیشود، اجبار بتقسیم میگردد، زیرا آنچه مانع از اجبار دادگاه بتقسیم ضرری میباشد، تضرر شریک است که بنوبهٔ خود در خواست تقسیم کرده و تحمل ضرر را پذیرفته است. و در صورتی که درخواست تقسیم از طرف غیر متضرر بشود و شریك متضرر موافقت نکند، نمیتوان او را اجبار بتقسیم نمود.

ضرری که مانع از تقسیم اجباری است طبق مادهٔ «۵۹۳» ق. م. عبارت است از نقصان فاحش قیمت حصهٔ مفروزه نسبت بقیمتی که در حال اشاعه داشته است بطوری که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۲

عادةً آن نقصان قابل مسامحه نباشد و هرگاه نقصان قابل مسامحه باشد چنانکه در اغلب موارد تقسیم پیش می‌آید، مانع از تقسیم نخواهد بود، مثلًا هرگاه خانهٔ که مساحت آن نود متر است بین دو نفر مشاع باشد که یکی یک سهم و دیگری بیست و نه سهم از سی سهم را دارد، و فرض شود ارزش تمامی اجزاء خانه مساوی میباشد، سهم اولی میشود ۳ متر مربع که مستقلًا برای هیچ امری قابلیت نخواهد داشت، مخصوصاً هرگاه آن قطعه در کناری افتاده باشد که نتوان آن را بصورت دکان کوچکی هم در آورد، و فقط برای همسایگان ارزش دارد که داخل در حیاط خود بنمایند، و بدین جهت ارزش آن بسیار ناچیز خواهد بود و تقسیم مزبور ضرری است.

در صورتی که تقسیم مال مشترك موجب از مالکیت افتادن تمام آن مال یا حصهٔ یك یا چند نفر از شرکاء باشد، طبق مادهٔ «۵۹۵» ق. م. تقسیم ممنوع است اگر چه شرکاء تراضی نمایند، در این صورت دادگاه از تقسیم آن خودداری و در خواست افراز را رد میکند، زیرا تصرفاتی که مادهٔ «۳۰» ق. م. بمالك اجازه میدهد، چنانکه از عبارت آن که میگوید: «هر مالکی نسبت بما یملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد ...»

تصرفات عقلائی میباشد و این امر از کلمه (انتفاع) پس از کلمه (تصرف) محقق میباشد و الا مالك نمیتواند تصرف غیر عقلائی در مال خود بنماید چنانکه مال خود را تلف کند و یا سبب تلف آن شود و بدین جهت کسی که تصرفاتش در اموال و حقوقش عقلائی نباشد قانون او را سفیه میداند و طبق صریح مادهٔ «۱۲۰۷» ق. م. از تصرف ممنوعش میدارد.

اقسام عمل تقسیم بوسیلهٔ دادگاه

اشاره

تقسیم بوسیله دادگاه بیکی از سه نحو خواهد بود:

الف– تقسیم افراز

تقسیم بافراز در صورتیست که برای هر یک از ورثه بتوان در تقسیم از هر نوع از اموال حصه‌ای معین نمود، و آن عموماً در موردیست که مال مشترک مثلی باشد مانند حبوبات، گردو، بادام و امثال آنها و یا چیزی باشد متساوی الاجزاء، مانند ده هزار متر زمین که تمامی اجزاء آن دارای یک ارزش باشد. در این صورت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۳

برای تقسیم مال مشترک تقویم آن لازم نیست، و بنسبت سهام شرکاء آن مال افراز میشود. در تقسیم مزبور لزوم ندارد که مقدار سهم هر یکی از شرکاء من جمیع الجهات معلوم شود مثلا هرگاه مال مشترک بین دو نفر گندم باشد، میتوان بوسیلهٔ ظرفی که مقدار ظرفیت آن مجهول است آن گندم را بین دو شریک تقسیم نمود و همچنین قطعه زمینی که بین دو نفر مشاع است میتوان بوسیلهٔ ریسمانی که طول آن معلوم نیست آن را بدو حصه متساوی مفروز کرد.

ب– تقسیم تعدیل–

تقسیم بتعدیل در صورتیست که نتوان برای هر یک از ورثه از هر نوع از اموال حصه‌ای معین نمود ولی بتوان بدون دادن اضافه از خارج ببعض از شرکاء مال مشترک را تقسیم کرد، و آن عموماً در موردیست که مال مشترک قیمی باشد چنانکه در مورد خانهٔ رعیتی و صد گوسفند میباشد که بین دو نفر مشترک است و هر یک نصف آن را دارد. در تقسیم مزبور مال مشترک باید قبلا تقویم شود و سپس باعتبار ارزش آن بدو قسمت متساوی تقسیم گردد، مثلاـ هرگاه خانه رعیتی پنج‌هزار ریال ارزش دارد و گوسفندها نیز پنج هزار ریال، و خانه چندان کوچک است که نمیتوان آن را افراز نمود، ناچار خانه در سهم یکی و صد گوسفند در سهم شریک دیگر قرار می‌گیرد.

ج– تقسیم برد–

تقسیم برد در صورتیست که نتوان بدون دادن اضافه از خارج ببعضی از شرکاء، مال مشترک را تقسیم کرد، و آن نوعاً در موردی پیش می‌آید که مال مشترک قیمی باشد مثلا هرگاه دو دکان بین دو نفر مشاع باشد و هر یک نصفی از آن را مالک است و چون تقویم شود قیمت یکی صد هزار ریال و قیمت دیگری صد و ده هزار ریال تعیین میشود. بنابراین مال مشترک باید دو سهم گردد بطوری که حصه هر یک از دو شریک صد و پنج هزار ریال ارزش داشته باشد. بدین جهت در حصه یکی دکان کوچک قرار میگیرد و در حصهٔ دیگری دکان بزرگ و باید مالک دکان مزبور پنج‌هزار ریال بشریک دیگر بدهد. تقسیم مزبور را باعتبار دادن اضافه از خارج از طرف یکی از شرکاء بدیگری تقسیم برد گویند. در تقسیم مزبور چون بدون دادن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۴

اضافه از خارج، افراز ممکن نمیشود، تقسیم برد بعمل می‌آید، زیرا نمیتوان از نظر فنی از دکان بزرگ قسمتی که بمقدار پنج‌هزار ریال ارزش داشته باشد جدا نموده و بشریک دیگر داد.

مادام که تقسیم مال مشترک بطریق تقسیم افراز ممکن باشد، دادگاه نمیتواند بوسیله تقسیم بتعدیل و یا تقسیم برد آن را تقسیم نماید مگر آنکه تمامی شرکاء در این امر توافق کنند، مثلا هرگاه مال مشترک سه تن جو و دو تن گندم است و بین دو نفر مشاع میباشد

بوسیله تقسیم بافراز بهر یک از آن دو شریک یکتن و نیم‌جو و یک تن گندم داده میشود، زیرا شرکاء با آنکه میتوانند از تمامی انواع مال مشترک، قسمتی بدست آورند، محروم نمودن آنها از بعض انواع و اختصاص دادن ببعض انواع دیگر، تجاوز بحقوق فردی است. و همچنین مادام که تقسیم تعدیل ممکن است نمیتوان عمل بتقسیم رد نمود، مگر آنکه همه شرکاء بر آن امر تراضی نمایند، مثلاـ هرگاه مال مشترک بین دو نفر، یک خانه مقوم به یکصد هزار ریال، و یک باغ سه هزار متری مقوم بیکصد و پنجاه هزار ریال باشد، قیمت مجموع مال مشترک دویست و پنجاه هزار ریال میشود، و سهم هر یک از دو شریک یکصد و بیست پنج‌هزار ریال خواهد بود. در این فرض نمیتوان خانه را بیکی و تمامی باغ را بدیگری داده و او را مجبور نمود بیست و پنج‌هزار ریال بشریک خود بدهد، زیرا میتوان قسمتی از باغ بمقدار مبلغ ببیست و پنج‌هزار ریال (فرض نمائید پانصد متر) مجزا نمود، بنابراین در سهم یکی از دو شریک خانه و پانصد متر از باغ قرار میگیرد، و در سهم شریک دیگر ۲۵۰۰ متر از باغ. علت آنکه تقسیم بتعدیل مادام که ممکن باشد تقسیم برد نمینمایند، آن است که تقسیم برد در حقیقت معامله جداگانه‌ای است و در قسمتی که اضافه از خارج داده میشود شباهت ببیع دارد که فقط در صورتی که تقسیم بنحو دیگری ممکن نشود بآن متوسل میگردند. اینست که مادهٔ «۳۱۶» قانون امور حسبی میگوید: «تقسیم طوری بعمل می‌آید که برای هر یک از ورثه از هر نوع از اموال حصه معین شود، و اگر بعضی از اموال بدون زیان قابل قسمت نباشد ممکن است آن را در سهم بعضی از ورثه قرار داد و برابر بهای آن از سایر اموال

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۵

در سهم دیگران منظور نمود، و اگر تعدیل محتاج بضمیمه پول و اموال باشد بضمیمه آن تعدیل میشود» مادهٔ مزبور در مورد تقسیم ارث است و طبق مادهٔ «۳۲۶» قانون امور حسبی در مورد تقسیم سایر اموال مشترک نیز جاری خواهد بود.

ترتیب تقسیم

اشاره

در تقسیم خواه بافراز باشد یا بتعدیل و یا بالاخره برد، پس از تعدیل سهام در صورتی که تمامی شرکاء در انتخاب حصه خود تراضی نمودند بهمان نحو افراز میشود، و در صورتی که توافق ننمودند استقراع بعمل خواهد آمد. این است که مادهٔ «۵۹۸» ق. م. میگوید: «ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک مثلی باشد بنسبت سهام شرکاء افراز میشود و اگر قیمتی باشد بر حسب قیمت تعدیل میشود و بعد از افراز یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکاء، حصص آنها بقرعه معین میگردد».

چنانکه از مادهٔ بالا معلوم است عمل تقسیم دارای دو مرحله است: تعدیل سهام و استقراع.

۱– تعدیل سهام–

تعدیل سهام عبارت از تقسیم مال مشترک بسهام متساوی از حیث قیمت است، و آن بدین نحو بعمل می‌آید که هرگاه حصه شرکاء با یکدیگر متساوی باشد، مال مشترک بعدهٔ آنها متساوی تقسیم میشود. و هرگاه حصه شرکاء با یکدیگر متفاوت باشد مال مشترک بکوچکترین حصه تقسیم میگردد، مثلا اگر کسی فوت نموده و وارث او عبارت است از دو پسر و دو دختر، و کوچکترین سهم که سهم دختر است سدس از ترکه میباشد، بنابراین ترکه بشش قسمت متساوی تقسیم می‌گردد.

در صورتی که تقسیم افراز نباشد برای تعدیل نمودن سهام باید مال مشترک تقویم شود و هرگاه شرکاء توافق در تقویم آن ننمودند، تقویم بوسیله یک یا چند نفر کارشناس فنی بعمل می‌آید و طریق انتخاب کارشناس در خیار غبن در جلد اول مختصراً بیان گردید. هرگاه کارشناسان در قیمت معینه توافق نمودند قیمت مزبور قیمت مال

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۶

مشترک است و هرگاه توافق ننمودند، معدل بین قیمتها قیمت مال مشترک میباشد.
در صورتی که مال مشترک زمین یا عمارت و ساختمان باشد باید بوسیله نقشه‌کشی نقشه‌برداری نمود و هر یک از سهام را در نقشه بنمایانند تا در موقع افراز تشخیص هر یک از دیگری آسان باشد.

۲- استقراع

اشاره

در صورتی که پس از تعدیل سهام شرکاء بتعیین حصه، بین خود تراضی بنمایند هر حصه اختصاص بصاحب آن پیدا خواهد نمود، و چنانچه تراضی ننمایند طبق مادهٔ «۳۱۹» قانون امور حسبی سهام آنها بقرعه تعیین میشود.
استقراع یا قرعه‌کشی برای آنست که در تقسیم، بدون جانبداری بهر یک از شرکاء سهمی که از نظر ارزش مساوی با هر یک از سهام دیگر است اصابت نماید. قانون ترتیب خاصی برای استقراع بیان ننموده و در دادگاهها معمولا بطریق ذیل عمل میشود:

الف- در صورتی که حصه شرکاء مساوی باشد، هر یک از حصه‌های معینه را در خارج یا روی نقشه علامت میگذارند و عموماً شماره‌گذاری میکنند،

مثلا در مورد مثال بالا که سه نفر بتساوی در مالی شریک هستند پس از تقسیم آن مال بسه قسمت متساوی آنها را بعدد یک و دو و سه در خارج علامت گذارده، و روی سه برگ نیز این اعداد نوشته میشود، و برگها را لوله کرده در ظرفی میریزند بطوری که معلوم نشود در کدام برگ چه شمارهٔ یادداشت شده است و اسم هر یک از شرکاء را در یک برگ دیگر نوشته و لوله مینمایند و آن سه برگ را نیز در ظرف دیگری میگذارند. سپس قرعه‌کشی بدین ترتیب بعمل می‌آید، که یک برگ از دسته اول و برگ دیگر از دسته دوم بر میدارند و هر شماره بهر کس اصابت نمود، آن حصه اختصاصی او میباشد و این عمل تکرار میشود و بوسیلهٔ آن حصهٔ شریک دوم تعیین میگردد، و آنچه باقی میماند حصهٔ سومی خواهد بود

ب- در صورتی که حصه شرکاء متفاوت باشد پس از تقسیم مال مشترک بکوچکترین سهم دادگاه مواجه با یکی از دو صورت میشود:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۷

اول- در صورتی که بین بعضی از سهام با بعضی دیگر ربطی نباشد

و یا اگر ربطی موجود است تفکیک بین آنها موجب ضرر نمیشود چنانکه در اموال منقول مانند اسباب و اثاثیه خانه یا مال التجاره است، دادگاه چنانکه گذشت قرعه‌کشی مینماید و عمل چندان تکرار میشود تا حصه هر یک از شرکاء معین گردد. شرکاء میتوانند در مورد کسانی که بیش از یک سهم دارند، تراضی نمایند که بعضی از سهام با بعضی دیگر که تناسب دارد در یک حصه قرار گیرد.

دوم- در صورتی که بین بعضی از سهام با بعض دیگر ربطی باشد

که هرگاه آنها در حصه یک نفر قرار نگیرد و از یکدیگر تفکیک شود، ضرر متوجه یک یا تمامی شرکاء میگردد، چنانکه در مثال

بالا که شرکاء دو پسر و دو دختر هستند اگر فرض شود ترکه متوفی فقط یک خانه هزار متری است که قابل تقسیم بشش قسمت متساوی از حیث ارزش میباشد ولی از نظر ساختمانی طوری است که هرگاه دو سهم از شش سهم حصه هر پسر پهلوی هم واقع نشود و یک پیکر را تشکیل ندهد ضرر متوجه آن پسر میشود، بنابراین مانند فرض سابق نام شرکاء در چهار برگ نوشته میشود و بر هر یك از سهام علامت گذارده و در شش برگ آنها را یادداشت میکنند، ولی در موقع قرعه‌کشی دادگاه اعلام میدارد، هر سهمی که در قرعه‌کشی بنام یکی از پسرها اصابت نمود با سهمی که پهلوی او قرار دارد و ربطش با آن بیشتر است در یک حصه قرار میگیرد و استقراع بطریق صورت قبل بعمل می‌آید.

شرکاء میتوانند در فرض بالا توافق نمایند که بعضی از سهام را اگر چه نباید در تقسیم از بعضی دیگر تفکیك نمود ولی متفرق قرعه‌کشی شود چنانکه در صورت اول است، زیرا نتیجهٔ این امر ضرر ببعضی از شرکاء خواهد بود، و در اثر توافق، متضرر خود بضرر مبادرت جسته است.

آنچه در بالاـ گفته شد در صورتیست که دادگاه حصهٔ تمامی شرکاء را افراز نماید و الا هرگاه طبق مادهٔ «۵۹۰» ق. م. تقسیم فقط نسبت بسهم یک یا چند نفر باشد و سهم

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۸

دیگران باشاعه باقی بماند، پس از انجام عملیات تعدیل و تنظیم برگهای لازم برای استقراع چنانکه گذشت، دادگاه فقط نسبت بعدهٔ اشخاصی که افراز حصه خود را میخواهد، استقراع بعمل می‌آورد و از ادامه عمل قرعه‌کشی نسبت بافراز حصه شرکاء دیگر خودداری میکند.

فروش اجباری مال مشترک

در صورتی که تقسیم موجب ضرر فاحش یا از مالیت افتادن حصهٔ بعضی یا تمامی شرکاء بشود و یا بالمره قابل تقسیم نباشد مانند جواهرات، خانه کوچك و امثال آن، هر یك از شرکاء میتواند طبق مادهٔ «۳۱۷» ق. امور حسبی در خواست فروش مال مشترك را بنماید و سهم خود را از ثمن فروش دریافت دارد. مادهٔ مزبور میگوید «در صورتی که مالی اعم از منقول یا غیر منقول قابل تقسیم و تعدیل نباشد ممکن است فروخته شده بهای آن تقسیم شود. فروش اموال بترتیب عادی بعمل می‌آید مگر آنکه یکی از ورثه فروش آن را بطریق مزایده درخواست کند».

این ماده اگر چه در مورد ترکه است ولی از نظر وحدت ملاك، مفاد آن در تمامی موارد تقسیم مال مشترك جاری میباشد چنانکه در ذیل مادهٔ «۳۲۶» ق. م. امور حسبی مصرح است که مقررات راجع بتقسیم که در این قانون مذکور است در مورد تقسیم سایر اموال جاری خواهد بود. گفته نشود الزام شرکاء بفروش مال مشترك موجب ضرر میباشد و نمیتوان آنان را الزام بفروش نمود، زیرا در پاسخ گفته خواهد شد که بقاء بر شرکت نیز امری ضرری است و نمیتوان کسی را ملزم نمود که همیشه در شرکت باقی بماند، و تنها راه خلاصی از شرکت فروش مال مشترك است.

مسائل مختلفه

۱- در صورتی که مال مشاع زمین، خانه، باغ و امثال آن باشد، ممر و مجرای هر قسمتی که از متعلقات آن باشد طبق مادهٔ «۶۰۳» ق. م. بعد از تقسیم مخصوص همان قسمت میشود (در قسمت حق ارتفاق در جلد اول شرح این امر بیان شده است)

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۴۹

۲- در صورتی که مال مشترك باغ، زمین، خانه و امثال آن باشد هرگاه در حصهٔ بعضی از شرکاء مجرای آب یا محل عبور حصه

شریک دیگر باشد طبق مادهٔ «۶۰۵» ق. م. بعد از تقسیم حق مجری یا عبور ساقط نمیشود مگر اینکه سقوط آن شرط شده باشد و همچنین است سایر حقوق ارتفاقی. (در قسمت حق ارتفاق شرح آن گذشت).

۳- در صورتی که شرکاء بیش از دو نفر باشد و یکی از آنان درخواست افراز و تقسیم مال مشترک را بنماید، افراز سهم خود را از سهام دیگران خواسته و نمیتواند افراز سهام باقی شرکاء را از یکدیگر بخواهد زیرا در سهام دیگران برای او حقی نیست. دادگاه پس از احضار تمامی شرکاء، در صورتی که همگی درخواست افراز سهام خود را از یکدیگر بکنند دادگاه سهام هر یک را مفروز مینماید و الا هرگاه بعضی از آنان افراز سهم خود را درخواست کند، و بعضی دیگر موافقت ننمایند، خواه اصلا با افراز موافقت نکرده باشند و خواه با افراز سهام خود حاضر نباشند، دادگاه چنانکه گذشت افراز را نسبت بکسانی که درخواست کرده‌اند انجام میدهد و سهام دیگران را باشاعه باقی میگذارد، این است که مادهٔ «۵۹۰» ق. م. میگوید: «در صورتی که شرکاء بیش از دو نفر باشند ممکن است تقسیم فقط بنسبت سهم یک یا چند نفر از آنها بعمل آید و سهام دیگران باشاعه باقی بماند».

۴- در صورتی که اموال مشترک متعدد و از انواع مختلف باشد، چنانکه کسی فوت نماید و از خود متروکات متعددی از باغ، خانه، املاک مزروعی و اثاث البیت باقی گذارد و یکی از ورثه فقط تقسیم و افراز سهم خود را از خانه یا اثاث البیت بخواهد و باقی را بحال اشاعه باقی گذارد و ورثه دیگر موافقت در این امر نکنند، دادگاه فقط بتقسیم آن قسمت از اموال طبق درخواست عمل مینماید، زیرا بدستور مادهٔ «۵۹۶» ق. م. قسمت اجباری در بعضی از آنها ملازم با تقسیم باقی اموال نیست.

۵- در صورتی که یکی از شرکاء تقسیم و افراز بعضی از سهم خود را بخواهد چنانکه دو نفر هر یک سه دانگ مشاع از قطعه زمینی را مالک باشند و یکی از شرکاء از دادگاه تقسیم و افراز دو دانگ آن را بخواهد (که یک دانگ دیگرش باشاعه باقی بماند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۰

اگر تقسیم مزبور موجب ضرر شریک دیگر نباشد، تقسیم اجباری بعمل خواهد آمد.

و شریک دیگر میتواند برای جلوگیری از این نوع تقسیم درخواست افراز تمامی سه دانگ خود را از کل بنماید، در این صورت دادگاه زمین را بدو قسمت تقسیم نموده و سهم شریک اول ناچار تمامی مجزا میگردد.

۶- «طبق مادهٔ «۶۰۴» ق. م: «کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد نمیتواند مانع از تقسیم آن ملک بشود ولی بعد از تقسیم حق مزبور بحال خود باقی میماند» و صاحبان حصه مفروز نمیتوانند در عملیات تفکیکی موجب تعطیل یا تضییع حق ارتفاق گردند.

(در حق ارتفاق بیان آن گذشت).

۷- مستأجر ملک مشاع نمیتواند مانع از تقسیم عین مستأجره گردد ولی پس از تقسیم و تعیین حصه هر یک از شرکاء صاحبان سهام مفروزه نمیتوانند بوسیله عملیات تفکیکی موجب ضرر مستأجر گردند، مثلا چنانچه مورد افراز خانه باشد شرکاء نمیتوانند پس از تقسیم آن بدو قسمت، بوسیله دیواری آن دو را از یکدیگر تفکیک نمایند، زیرا این امر موجب ضرر مستأجر و منافی با حق مالکیت او نسبت بمنافع میباشد که در امر افراز مداخله نداشته است مگر اینکه موافقت در کشیدن دیوار بنماید، ولی هرگاه عمل تفکیک در خارج موجب ضرر مستأجر نشود چنانکه مورد اجاره باغ یا زمین مزروعی باشد مستأجر نمیتواند مانع گردد.

۸- طبق مادهٔ «۵۹۷» ق. م: «تقسیم ملک از وقف جائز است ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست» (تفصیل آن در وقف گذشت).

۹- در صورتی که مال مشترک عین خارجی باشد و یکی از شرکاء بدون آنکه تقسیم آن را بخواهد، تقسیم منافع را درخواست نماید، خواه باعتبار زمان باشد چنانکه یکی از شرکاء باغ مشترک، بخواهد که یک سال او بنشیند، و یک سال شریک دیگر، و خواه باعتبار اجزاء باشد چنانکه یکی از شرکاء باغ مشترک، بخواهد نصف از باغ را یکی استفاده نماید و نصف باقی را شریک دیگر. هرگاه شرکاء توافق در تقسیم مزبور ننمایند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۱

و تقسیم عین ممکن باشد، دادگاه نمیتواند ممتنع را اجبار بتقسیم منافع کند، زیرا اجبار بتقسیم برای رفع ضرریست که در اشاعه و شرکت موجود است و تقسیم مزبور که آن را اصطلاحاً مهایات در انتفاع از مال مشترک گویند، ضرر را برطرف نمینماید.

در صورتی که شرکاء توافق بر اینگونه تقسیم نمودند و تقسیم بعمل آمد بقاء بر تقسیم الزامی نیست و هر زمان هر یک از آنها میتواند آن را بر هم زند.

در صورتی که تقسیم عین مال مشترک ممکن نباشد چنانکه در مجرای قنات است بدرخواست بعضی از شرکاء دادگاه میتواند سائر شرکاء را که موافقت ندارند اجبار بتقسیم منافع باعتبار زمان یا اجزاء بنماید. تقسیم مزبور نیز الزام‌آور نیست و هر یک میتواند بر هم زدن آن را بخواهد همچنانی که شرکاء میتوانند توافق بر این امر نمایند.

ولی هرگاه مال مشترک مستقلا عبارت از منفعت است، چنانکه دو نفر مالک منافع باغ یا خانه، که عین آن ملک دیگری است، باشند، هر یک میتواند دیگری را الزام بر تقسیم باعتبار زمان یا اجزاء بنماید و دادگاه پس از رسیدگی با رعایت نصفت و عدالت قضائی رأی صادر خواهد نمود که هر یک از شرکاء مدت معینی مستقلًا از منافع استفاده نماید و یا باعتبار عین منافع را تقسیم کند، زیرا تنها طریق رفع ضرر اشاعه، در منافع بدین نحو است و پس از تقسیم شرکاء نمیتوانند آن را بر هم زنند. گفته شده شرکاء در منافع مشترک اگر چه توافق در تقسیم بنمایند، تقسیم بدین نحو الزام‌آور نمیباشد و هر زمان میتوانند آن را بر هم زنند. بنظر میرسد که بنابر مستنبط از مواد مربوطه بتقسیم اعیان تقسیم منافع باعتبار زمان یا اجزاء در صورتی که منافع مستقلا ملک شرکاء باشد الزام‌آور است بر خلاف آنکه شرکاء مالک عین و منفعت باشند.

۱۰- در صورتی که در قنات مشترک یا امثال آن خرابی پیدا شود و محتاج بتعمیر یا تنقیه گردد و یک یا چند نفر از شرکاء بر ضرر شرکاء دیگر از شرکت در تنقیه یا تعمیر قنات امتناع نمایند بدستور مادهٔ «۵۹۴» ق. م. شریک یا شرکاء متضرر میتوانند بحاکم رجوع نمایند، در این صورت اگر ملک قابل تقسیم نباشد حاکم برای قلع مادهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۲

نزاع و رفع ضرر، شریک ممتنع را باقتضای موقع بشرکت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار میکند، و الا هرگاه مال مشترک قابل تقسیم باشد نمیتوان شریک ممتنع را اجبار به تعمیر یا اجاره یا بیع نمود، زیرا این امر تجاوز بحق حاکمیت فردی در املاک میباشد که افراد نسبت باملاک خود طبق قاعدهٔ تسلیط مذکور در مادهٔ «۳۰» قانون مدنی دارند، و شریک متضرر میتواند با درخواست تقسیم مال مشترک از خود دفع ضرر بنماید.

۱۱- بعضی از حقوقیین بر آنند که هرگاه مال مشترک طلبهائی از اشخاص متعدد باشد، نمیتوان آن را تقسیم و طلب از هر یک از مدیونین را حصه اختصاصی یکی از شرکاء قرار داد، چنانکه هرگاه کسی که از دو نفر طلب دارد بمیرد و دو وارث باقی گذارد، نمیتوان طلب از یکی را اختصاص بیکی از ورثه و طلب از دیگری را بوارث دیگر اختصاص داد، بلکه تمامی طلب بصورت مشترک باقی است و هر چه وصول شود متعلق بهر دو ورثه است و هر چه سوخت گردد از آن هر دو میباشد. و همچنین است طلبهائی از نوع مختلف که چند نفر مشترکاً از یک نفر دارند، مثلا هرگاه کسی ده هزار ریال و هزار فرانک سویس بمورث دو نفر مدیون بوده، نمیتوان در تقسیم ترکه ده هزار ریال طلب را در حصه اختصاصی یکی و هزار فرانک طلب را در حصهٔ اختصاصی دیگری قرار داد. همچنانی که طلب چند نفر را که مشترکاً از یک نفر دارند که باید او باقساط بدهد نمیتوان در تقسیم، بعضی اقساط را بیکی از طلبکاران و بعض اقساط دیگر را ببعضی دیگر اختصاص داد، چنانکه خانهٔ مشترک بین دو نفر را هرگاه بدوازده هزار ریال در سال اجاره دهند که در دوازده قسط مستأجر آن را بپردازد، شرکاء نمیتوانند بین خود آن را تقسیم نموده و قرار دهند که شش قسط اول متعلق بیکی و شش قسط دوم متعلق بشریک دیگر باشد.

بعض دیگر از حقوقیین بر آننـد که هر یـک از طلبکـاران همچنـانی که میتوانـد سـهم خود را از دین مشترک ابراء نمایـد و یا آن را بمدیون یا بشخص ثالث صلح کند، میتواند سهم خود را استیفاء نماید و استیفاء مانند ابراء میباشد. و دین امری است کلی و چنانچه مدیون

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۳

بعض از افراد کلی را بعنوان سهم یکی از طلبکاران باو بدهد، بقبض افراد مزبور ملکیت اختصاصی او نسبت بآن افراد محقق میگردد و سهام بقیه طلبکاران بحال اشاعه در ذمه مدیون باقی خواهد بود اگر چه مدیون بعدا معسر گردد.

اثر تقسیم

هر یـک از شـرکاء پس از تقسیم طبق مـادهٔ «۳۲۵» و «۳۲۶» قـانون امور حسبی، مالـک مسـتقل سـهم خود میشود و هر تصـرفی که بخواهـد میتواند در آن بنماید و نسبت بحصهٔ دیگران حقی ندارد، زیرا بوسـیلهٔ تقسـیم سـهم هر یک از شـرکاء از حال اشاعه خارج شده و بشریک مزبور اختصاص می‌یابد.

تقسـیم خواه بتراضـی و خواه بوسـیلهٔ دادگاه بعمل آید طبق مادهٔ «۵۹۹» ق. م لازم است و هیـچ‌یک از شـرکاء نمیتوانـد بدون رضای دیگران از آن رجوع کند.

بنابراین در صورتی که تمامی شـرکاء توافق نماینـد میتواننـد آن را بر هم زننـد و سـهام بحال اشاعه در می‌آید و مانند سابق هر زمان بخواهند میتوانند مجدداً آن را افراز و تقسیم نمایند.

عـده‌ای از فقهـاء بر آننـد که برهمزدن تقسیم اقـاله است و اقاله اختصاص بمعامله دارد و تقسـیم معامله نیست، بنابراین پس از آنکه تقسیم بطور صحیح واقع شد نمیتوان آن را اقاله و بتراضی بر هم زد.

در موارد ذیل میتوان تقسیم را بر هم زد:

۱- طبق مادهٔ «۶۰۱» ق. م.: «هرگاه بعد از تقسـیم معلوم شود که قسمت بغلط واقع شده است تقسیم باطل میشود» و هر یک از شرکاء میتوانـد تقسیم را بر هم زنـد. غلط بودن تقسـیم در صورتیست که اشـتباهی در تقسیم روی دهد که هرگاه آن اشـتباه نمیشد حصـه بعضـی از شرکاء کمتر یا بیشتر میگردید، و الا هرگاه اشتباه تأثیری در تقسیم نداشته باشد تقسیم صحیح واقع شده و نمیتوان آن را بر هم زد. چنانکه هرگاه تمام ملک مشترک، بیک نسـبت کمتر یا بیشتر از ارزش عادله تقویم شود تغییر در مقـدار سـهام روی نخواهد داد، زیرا تمامی سـهام بهمان قیمت مقوم احتساب شده‌انـد، مثلا قطعه زمینی که مشترک بین سه نفر است چنانچه صـدی ۳۰ بیش از قیمت عادله تقویم شود، این امر در سهام هر یک از

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۴

شرکـاء نیز رعـایت شـده است، و در صورتی که قطعهٔ زمین بقیمت عـادله تقویم میشـد مقـدار سـهام شـرکاء فرقی نمینمود. ولی در صورتی که اشـتباه مؤثر در تقسـیم و بالاخره موجب فرق در حصـص شود، متضـرر میتواند آن را بر هم زند، مثلًا در صورتی که مال مشترک متعدد باشد و برای تقسـیم بعضی از آنها بیش از قیمت عادله تقویم شود، کسی که آن بعض در حصه او قرار گرفته متضرر اسـت، زیرا هرگـاه آن بعض بقیمـت عـادله تقـویم میشـد بیش از آنچه از مـال مشـترک در سـهم او قرار گرفته حصه او میگردیـد و همچنین هرگـاه مـالی که در حصه یکی از شـرکاء قرار گرفته کمتر از قیمت عـادله تقویم شـده باشـد، بقیمت عادله تقویم میگشـت کمتر از آنچه از مال مشترک در حصهٔ او قرار گرفته نصیب او میشد.

اشتباه در محاسبه که برای تعدیل سهام شده مانند اشتباه در تقویم میباشد و در صورت تأثیر در مقدار حصص میتوان تقسیم را بر هم زد. اشتباه مؤثر در تقسیم مانند غبن است و مغبون میتواند تقسیم را فسخ بنماید.

۲- طبق مادهٔ «۶۰۰» ق. م.: «هرگاه در حصه یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم بآن نبوده، شریک یا شرکاء مزبور حق دارد تقسیم را بهم بزنـد». مثلا هرگاه پس از تقسیم خانه مشترک، معلوم شود قسمتی از بنا که در حصـهٔ یکی از شرکـاء قرار گرفته پوسیده و از هم متلاشـی است و تقویمی که از آن قسـمت بعمـل آمـده بتصور سـلامت آن بوده و بیش از آنچه ارزش داشته تقویم شـده است، و چنانچه کارشـناس بخرابی آن قسـمت توجه داشت، کمتر قیمت برای آن تعیین مینمود و در نتیجه این امر مقـدار حصه شـریک مزبور بیش از آن میشـد که باو رسـیده است. بر خلاف آنچه در خیار عیب در بیع بیان گردیـد که اگر بعد از معامله ظاهر شود مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله، در صورت ظاهر شدن عیب در نصیب یکی از شـرکاء، متضرر فقط میتواند تقسیم را بر هم زند و نمیتواند مطالبه ارش از شرکاء دیگر بنماید، همچنانی که شرکاء دیگر نمیتوانند با دادن ارش جلوگیری از بر هم زدن تقسیم کنند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۵

در دو مورد بالا از تاریخ بر هم زدن تقسیم، سهام بحال اشاعه عودت میکند.

نمائات و منافع هر حصه در مدت بین تقسـیم و بر هم زدن، از آن مالک حصه مفروزه خواهد بود، زیرا تقسیم صحیح بوده، و از نظر زیـانی که متوجه بعضـی از شـرکاء شـده است قـانون حق بر هم زدن آن را بمتضـرر داده است چنـانکه در مورد فسـخ، در معاملات میباشد.

موارد بطلان تقسیم

اشاره

هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که مقدار معینی از اموال تقسـیم شده، مال غیر بوده است طبق قسمت اخیر مادهٔ «۶۰۲» ق. م. «... در صورتی که مال غیر در تمام حصـص، مفروزاً تساوی باشد تقسـیم صـحیح و الا باطل است». مثلا چنانچه دو جفت قالیچه نزد کسـی امانت باشـد رامین فوت کنـد و از خود دو پسـر باقی گـذارد، و آنان بتصور آنکه آن دو جفت قالیچه مال مورثشان بوده، جزء ترکه بحساب آورند و آنها را تقسیم نمایند.

در صورتی که آن قالیچه‌ها در سـهم یکی از آن دو پسر قرار گیرد و یا سه قطعه در سهم یکی و یک قطعه در سهم دیگری، پس از آنکه معلوم شود قالیچه‌هـا نزد مورث امـانت بوده، کشف میشود که تقسـیم باطـل است، زیرا با کنار گـذاردن قالیچه‌های امانتی، هر یـک از دو وارث حصه حقیقی خـود را از ترکه نـبرده، و یکی از شـرکاء بیش از سـهم خـود و دیگری کمـتر از سـهم خـود از ترکه نصـیبش شده است. از نظر تحلیلی کسـی که کمتر سهم برده، قسـمتی از اجزاء مشاع سـهمی خود را در مقابل مال غیر بوارث دیگر داده است و تقسـیم مزبور باطل میباشد. اما در صورتی که یک جفت قالیچه در حصه یکی و یک جفت دیگر در حصه وارث دیگر قرار گیرد و قیمت مقوم دو جفت بـا هم مساوی باشـد، پس از کنار گـذاردن قالیچه‌های امانتی در حصه واقعی ورثه تفاوتی حاصـل نمیشود، زیرا هرگاه قالیچه‌های امانتی را ورثه در حساب ترکه نمیآوردند حصه هر یک بهمین مقدار میبود.

تقسـیم مزبور صـحیح میباشـد و نمیتوان باسـتناد آنکه مقـدار معینی از اموال تقسـیم شـده مـال غیر بوده است از دادگـاه اعلام بطلان تقسیم را خواست.

موردی که اغلب در عمل پیش می‌آید آنست که شخصـی بمیرد و ورثه حاضـر او تمامی ترکه را بین خود تقسیم کنند و بعداً کسی یافت شود و بدعوی وراثت در همان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۶

طبقه حصه خود را مطالبه نمایـد، پس از اثبات وراثت معلوم میشود که هر یک از ورثه علاوه بر سـهم قانونی خود مقـداری از سـهم

وارث مزبور را نیز برده است و سهم او بحال اشاعه در حصهٔ مفروز دیگران باقی است مثلا شخصی فوت میکند، دو پسر و یکدختر بعنوان وارث منحصر او ترکه را که سیصد تن گندم است بین خود تقسیم میکنند و هر یک از پسرها دو خمس و دختر یک خمس از آن را تصاحب مینماید و بعداً زنی پیدا شود و بدعوی آنکه دختر متوفی است وراثت خود را ثابت کند و سهم الارث از ورثه دیگر که ترکه را تصاحب کرده مطالبه بنماید. از نظر تحلیلی سهم او بحال اشاعه در تمامی ترکه بین دو پسر و یکدختر تقسیم شده، باقی است، یعنی ترکه متوفی در عوض آنکه شش سهم تقسیم بشود به پنج قسمت تقسیم شده است و هر پسر در عوض آنکه دو سدس ببرد دو خمس برده و دختر در عوض آنکه یک سدس ببرد یک خمس برده است. بنابراین دختر اخیر در سهم هر پسری ۳۰/ ۲ و در سهم دختر ۳۰/ ۱ شریک است و میتواند سهم خود را از آنها مطالبه و جداگانه از هر یک اخذ کند، زیرا هر یک علاوه بر حصه قانونی خود، مقدار معینی مشاع هم از سهم الارث خواهد خود برده است و در حقیقت سهم دختر مزبور بتناسب سهام نزد سائر ورثه میباشد و میتواند از هر یک آنچه نزد اوست بخواهد چنانکه در فرض بالا از هر پسر بیست تن گندم و از دختر ده تن گندم دریافت مینماید اما تقسیمی که بعمل آمده نتیجهً صحیح میباشد و احتیاج بتجدید آن نیست زیرا با اخذ دختر اخیر، سهم خود را از ورثه مانند آن است که از اصل تقسیم بشش سهم شده است.

اما در صورتی که تجزیه حصه دختر اخیر یعنی اخذ مقداری از آن از هر یک از سائر ورثه موجب ضرر دختر مزبور گردد، تقسیم باطل است و باید مال مشترک مجدداً تقسیم گردد، و آن در صورتیست که ترکه از اموالی باشد که وضعیت تقسیم آن بشش سهم و یا پنج سهم فرق بنماید مانند خانه، باغ و امثال آنها. در مورد مزبور دختر میتواند بتقسیم اعتراض بنماید و باستناد آنکه تقسیم در نبودن او بدون رعایت حقش بعمل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۷

آمده و طریق دیگری جز بر هم زدن تقسیم موجود نیست اعلام بطلان و تقسیم مجدد را بخواهد، دادگاه پس از رسیدگی بطلان تقسیم مزبور را اعلام و مجدداً ترکه را بین دو پسر و دو دختر تقسیم و افراز مینماید.

منظور مادهٔ «۶۰۲» ق. م. از عبارت (در صورتی که مال غیر در تمام حصص مفروزاً بتساوی باشد) آن نیست که در حصهٔ مفروزهٔ هر یک از شرکاء پس از افراز، از مال غیر، همان مقدار باشد که نزد سائر شرکاء است، چنانکه در مثال بالا فرض شود ورثه متوفی که قبلاـ ترکه را تقسیم نمودهاند سه پسر بوده و ترکه را سه قسمت کردهاند و هر یک ثلث از آن را برده است، و دختری که یافت میشود سهمش نزد آنان بتساوی موجود میباشد، زیرا فرض مزبور با فرض بالا از حیث ملاک فرقی نمینماید بلکه منظور آن است که مال غیر بسهام معینی در حصص تمامی شرکاء قرار گیرد که با کنار گذاردن آن از حصه هر یک، خللی بسهام هیچیک از شرکاء وارد نیاید و آن در موردیست که ترکه از قبیل گندم و یا آهن و امثال آن باشد. عبارت ماده نارسا و کافی برای ادای منظور بنحوی که شامل تمامی فروض شود نیست. و هرگاه نظر ماده بالا فقط موردی است که بطور متساوی مال غیر در حصص شرکاء قرار گرفته باشد که قویاً این احتمال میرود، در موردی که بطور غیر متساوی مال غیر در حصص شرکاء قرار گیرد، چنانچه با مجزا نمودن مال غیر تغییری در حصص پیدا نشود، باید حکم مادهٔ مزبور را از نظر وحدت ملاک و تنقیح مناط نسبت بآن جاری نمود.

تبصره

مادهٔ «۶۰۶» ق. م. میگوید: «هرگاه ترکه میت قبل از اداء دیون او تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید بهر یک از وراث بنسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراث معسر شده باشد طلبکار میتواند برای سهم معسر یا معسرین نیز بوارث دیگر رجوع نماید».

برای توضیح مادهٔ بالا سه امر ذیلا تذکر داده میشود:

۱- در اثر فوت، ترکه متوفی طبق مقررات ارث بورثه منتقل میشود و طبق

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۸

مادهٔ «۸۶۸» ق. م: «مالکیت ورثه نسبت بترکه متوفی مستقر نمیشود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که بترکه میت تعلق گرفته».

۲- حق دینی طلبکاران در اثر فوت مدیون بحق عینی تبدیل میشود، و ترکه متوفی وثیقهٔ عمومی حق طلبکاران قرار میگیرد و بدین جهت است که مادهٔ «۸۷۱» ق. م.

میگوید: «هرگاه ورثه نسبت باعیان ترکه معاملاتی نمایند، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است معاملات مزبوره نافذ نبوده و دیان میتوانند آن را بر هم زنند». و این امر در مادهٔ «۲۲۹» قانون امور حسبی تأکید گردیده و میگوید: «تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا اداء دیون».

۳- طبق مادهٔ «۲۲۶» ق. م. امور حسبی «ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند و اگر ترکه برای اداء تمام دیون کافی نباشد، ترکه ما بین تمام بستانکاران بنسبت طلب آنها تقسیم میشود ...». و بدین جهت:

الف- در صورتی که ورثه ترکه را رد کنند و قبول ننمایند طبق مادهٔ «۲۵۴» و «۲۵۸» قانون امور حسبی، پس از اداء دیون متوفی، اگر زائدی باقی بماند مال ورثه خواهد بود.

ب- در صورتی که ورثه ترکه را مطابق صورت تحریر ترکه قبول نمایند، مادهٔ «۲۵۵» قانون امور حسبی «... ورثه ملزمند که دیون متوفی را در حدود صورت ترکه بپردازند هر چند بعد از تنظیم صورت تحریرتر که ادعای طلب شده باشد» و ورثه بیش از مقدارتر که به طلبکاران نمیپردازد.

ج- در صورتی که ورثه ترکه را بطور مطلق قبول نمایند، طبق ماده «۲۴۸» ق. م. امور حسبی «... هر یک مسئول اداء تمام دیون بنسبت سهم خود خواهد بود، مگر اینکه ثابت کنند دیون متوفی زائد بر ترکه بوده یا ثابت کنند که پس از فوت متوفی بدون تقصیر آنها تلف شده و باقیمانده ترکه برای پرداخت دیون کافی نیست که در این

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۵۹

صورت نسبت بزائد از ترکه مسئول نخواهند بود».

بنابر آنچه در بالا گذشت در صورتی که ورثه بدون تحریر ترکه اموال متوفی را بین خود تقسیم بنمایند در حکم آن است که ترکه را بطور مطلق قبول نموده‌اند و طبق مادهٔ «۲۴۸» قانون امور حسبی، مسئول اداء تمام دیون متوفی بنسبت سهم خود خواهند بود و بدستور مادهٔ «۶۰۶» ق. م. طلبکاران بهر یک از وراث بنسبت سهم او رجوع میکنند. مثلا هرگاه وراث متوفی عبارت از دو پسر و یکدختر باشند و بدهی متوفی یکصد هزار ریال است، هر یک از پسرها دو خمس و دختر یک خمس از آن را عهده‌دار میگردد، و ورثه ملزم نیستند بیش از آنچه از ترکه نصیب آنان شده است بابت دیون متوفی بپردازند. چنانکه از مادهٔ «۶۰۶» ق. م. مستفاد میشود طلبکاران نمیتوانند برای سهام بعضی از ورثه ببعض دیگر مراجعه بنمایند مگر آنکه آن بعض معسر شده باشد این است که ذیل مادهٔ مزبور میگوید: «و اگر یک یا چند نفر از وراث معسر شده باشد طلبکار میتواند برای سهم معسر یا معسرین نیز بوارث دیگر رجوع نماید». مثلا هرگاه کسی بمیرد و از خود بمقدار صد هزار ریال دارائی بگذارد و دو پسر و یکدختر داشته باشد و ورثه آنها را بین خود تقسیم کنند، حصه هر پسری بمقدار چهل هزار ریال و دختر بمقدار بیست هزار ریال خواهد بود. و چنانچه متوفی سی هزار ریال مدیون باشد هر پسری دوازده هزار ریال و دختر شش هزار ریال از آن را باید بپردازد، ولی پسرها در اثر پیش‌آمدی معسر شده‌اند و نمیتوانند دین پدر خود را بپردازند، در این صورت طلبکاران میتوانند تا بیست هزار ریال از دیون متوفی را از دختر مطالبه کنند زیرا طبق مستفاد از مادهٔ «۷۸۳» ق. م. تمامی ترکه وثیقهٔ هر جزئی از دیون متوفی میباشد و چنانچه مقداری از دیون تأدیه شود بنسبت آن، از مال فک نمیشود و تمامی ترکه در وثیقهٔ طلبکاران باقی میماند، بنابراین هر یک از ورثه بمقدار ارزش حصه‌ای که باو

رسیده، در مقابل طلبکاران مسئول میباشد که در صورت اعسار بعض از ورثه، بعض دیگر باید تا مقدار ارزش سهم الارث خود از عهده آن برآید. در فرض بالا دختر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۰

باید از دین مورث تا بیست هزار ریال که مقدار سهم الارث او است بپردازد و طلب‌کاران نمیتوانند ده هزار ریال باقیمانده را از دختر بخواهند. دختر پس از پرداخت میتواند آنچه زائد از سهم خود شش هزار ریال بطلبکاران تأدیه نموده از برادران بنسبت سهم آنان دریافت دارد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۱

فصل نهم در ودیعه

مبحث اول در کلیات

اشاره

ودیعه مشتق از ودع بمعنی مستقر نمودن و سپردن است و اصطلاحاً چنانکه مادهٔ «۶۰۷» ق. م. میگوید: «عقدی است که بموجب آن یک نفر مال خود را بدیگری میسپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاهدارد ...»

ودیعه عقدی است از عقود معینه و باید دارای شرائط اساسی برای صحت معامله مذکور در ماده «۱۹۰» قانون مدنی باشد و شرائط خاصه دیگری نیز دارد که با اجتماع آنها عقد ودیعه محقق میشود که بیان میگردد.

عقد ودیعه دارای دو طرف است: یکی مودع یا امانت‌گذار و او کسی است که مال خود را بدیگری میسپارد، و دیگری ودعی، مستودع، امین یا امانت‌دار و او کسی است که مال طرف را برای نگاهداری میپذیرد.

عقد ودیعه مانند عقود دیگر بایجاب مودع و قبول مستودع منعقد میشود، بدین جهت مادهٔ «۶۰۸» ق. م. میگوید: «در ودیعه قبول امین لازم است اگر چه بفعل باشد». زیرا عقد بدون قصد و رضای طرفین که رکن اساسی برای صحت عقد است واقع نمیشود و طبق مادهٔ «۱۹۱» ق. م. باید مقرون بچیزی باشد که دلالت بر قصد کند، بنابراین هرگاه کسی بدیگری بگوید: مال خود را نزد تو امانت میگذارم تا برگردم، و دیگری مال را گرفته و در صندوق گذارد و یا کناری بنهد، عقد ودیعه منعقد میشود، ولی هرگاه دیگری آن را نپذیرد و یا سکوت اختیار کند، ودیعه محقق نمیگردد اگر چه مالک آن را بگذارد و برود. و همچنین است هرگاه مالی را مالک بدون اطلاع صاحب

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۲

محل در آن محل بگذارد، چنانکه صاحب مغازه نباشد و شخصی بیاید کیف خود را در آنجا بگذارد، بدین جهت است که کاروانسرا دار و صاحب مهمانخانه و حمام و امثال آنها نسبت باشیاء و اسبابی که واردین همراه دارند از قبیل البسه، چمدان ضامن نمیباشند مگر آنکه آن اشیاء و اسباب را بآنها سپرده و آنها قبول نموده باشند، و یا آنکه طبق عرف محل در حکم ابداع باشد که در این صورت آنان مسئول خواهند بود. و همچنین است صاحب قهوه‌خانه نسبت بپالتو و چتر و کلاه که مشتریان بجای رختی می‌آویزند که چنانچه سرقت و تعویض شود صاحب قهوه‌خانه مسئول نمیباشد. در صورتی که کسی را اکراه بقبول ودیعه نمایند، آن کس مسئول نمیشود، مگر آنکه پس از رفع اکراه باین امر رضایت دهد، زیرا چنانکه گذشت طبق مادهٔ «۱۹۹» ق. م: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست». همچنین است هرگاه شخص مزبور را مجبور بقبض بنمایند، زیرا قبض

مکره ایجاد ضمان نمینماید بنابراین شخص مکره ملزم بنگاه‌داری مال مزبور نمیباشد.

طرفین عقد ودیعه باید طبق مادهٔ «۶۱۰» ق. م. اهلیت برای معامله را داشته باشند، یعنی عاقل، بالغ و رشید باشند، و الا عقد ودیعه طبق مادهٔ «۲۱۲» ق. م. بواسطه عدم اهلیت باطل است، زیرا تصرف مودع در اموال خود در صورتی که محجور باشد قانونی نیست، و هرگاه مستودع محجور باشد و عملی انجام دهد یا تعهدی کند برای او ایجاد مسئولیت نمیشود، بنابراین در صورتی که صغیر، سفیه یا مجنون مالی را بدیگری بسپارد ودیعه باطل است و گیرندهٔ مال ضامن آن میباشد تا بولی یا قیم محجور مسترد دارد.

اما در صورتی که کسی مال خود را بمحجور بسپارد، عقد ودیعه منعقد نمیشود و چنانچه گیرندهٔ مال، صغیر غیر ممیز و مجنون باشد، آنان مسئول نقص و تلف آن مال نمیباشند هرگاه آن را تلف کنند و یا سبب تلف آن شوند، زیرا صاحب مال با سپردن مال خود بدست آنها اقدام بضرر خود کرده است. این است که مادهٔ «۱۲۱۵» ق. م. میگوید: «هرگاه کسی مالی را بتصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد، صغیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۳

یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود». و هرگاه گیرندهٔ مال، صغیر ممیز و یا سفیه باشد آنان باید مال را بمالك رد نمایند، و الا ضامن آن میباشند اگر چه عقد ودیعه منعقد نمیگردد، زیرا با داشتن تمیز و عقل، مسئولیت از آنان سلب نمیشود و ضمان ید اثر انحصاری عقد صحیح نمیباشد.

مودع لازم نیست مالك مالی که بودیعه میگذارد باشد، بلکه طبق مادهٔ «۶۰۹» قانون مدنی: «کسی میتواند مالی را بودیعه گذارد که مالك یا قائم مقام مالك باشد و یا از طرف مالك صراحتاً یا ضمناً مجاز باشد». بنابراین اجیر که مال غیر را برای انجام عملی در دست دارد مانند زرگر و خیاط و همچنین مستأجر و مستعیر که مال را برای استفادهٔ خود گرفته میتواند با اجازهٔ مالك آن را بودیعه گذارد ولی موقوف علیه و یا منتفع میتواند بدون استجازه از مالك مال وقف یا مورد حق انتفاع را بودیعه بسپارند مگر آنکه صراحتاً در عقد از این امر ممنوع شده باشند. زیرا در مورد اطلاق عقد، عرف اقتضاء این امر را مینماید و طبق مادهٔ «۲۲۵» ق. م: «متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد بمنزله ذکر در عقد است».

مورد عقد ودیعه که ودعی نیز گویند مالی است که بمستودع سپرده می‌شود و او تعهد مینماید که هر زمان مودع بخواهد باو مسترد بدارد مورد ودیعه میتواند منقول یا غیر منقول باشد.

آثار و احکام عقد ودیعه

عقد ودیعه چنانکه از مادهٔ «۶۰۷» ق. م. معلوم میشود، عقدی است عهدی که بموجب آن مستودع تعهد مینماید مال ودعی را نگاهداری نموده و در موقع خود بمودع مسترد دارد. عقد ودیعه طبق مادهٔ «۶۱۱» ق. م. عقدی است جایز و هر یک از مودع و مستودع هر زمان بخواهد میتواند آن را بر هم زند. چنانکه در مضاربه گذشت، لزوم و جواز عقد از مقتضیات ذات عقد نیستند تا نتوان بر خلاف آن شرط نمود، بلکه مقتضای اطلاق عقد است بدین معنی که هرگاه عقد ودیعه بطور مطلق منعقد شود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۴

جایز است و هر زمان میتوان آن را فسخ نمود، ولی هرگاه ضمن عقد لازم، ودیعه بودن مالی شرط شود و یا عدم فسخ آن برای مدتی شرط گردد عقد ودیعه حکم عقد لازم را پیدا میکند، این امر بتنقیح مناط از ماده «۶۷۹» ق. م. در مورد عزل وکیل استنباط میشود. بنابراین میتوان بودجه ملزمی عقد ودیعه را نسبت بمودع و مستودع یا یکی از آنها در مدت معین غیر قابل فسخ گردانید، مثلا هرگاه مودع مسافرت طولانی در پیش دارد و نمیخواهد مالی که بودیعه گذارده بدست دیگری افتد، مستودع را برای مدتی معین، ملزم به نگاهداری از آن مینماید که نتواند آن را بر هم زند. و همچنین مستودع هرگاه بخواهد مسافرت طولانی کند و از

محلی که برای حفاظت مال ودعی در نظر گرفته نمیخواهد کسی مطلع گردد و هر زمان نمیتواند درب محل را بکشاید، مودع را ملزم مینماید که تا مدت معینی استرداد آن را نخواهد. از نظر فلسفهٔ حقوقی شرط مزبور شرطی عقلائی و مورد احتیاج در زندگانی اجتماعی میباشد و با عدم تصریح قانون بمنع این امر، موجبی برای عدم جواز آن نیست.

قرار دادن مدت ضمن عقد ودیعه آن را لازم نمیگرداند اگر چه بصورت شرط باشد، زیرا شرط در لزوم و جواز تابع عقد اصلی میباشد.

عقد ودیعه طبق مادهٔ «۹۵۴» ق. م. که میگوید: «کلیه عقود جایزه بموت (و جنون) احد طرفین منفسخ میشود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است». بفوت یا جنون یا سفه هر یک از مودع یا مستودع منفسخ میشود و مواد «۶۲۶» و «۶۲۸»، قانون مدنی نیز حکایت از این امر مینماید.

و در صورتی که ودیعه در ضمن عقد لازمی شرط شود و یا عدم فسخ آن شرط گردد، بفوت یا جنون یا سفه هر یک از مودع و مستودع نیز عقد ودیعه منحل میشود، زیرا اثر شرط مزبور فقط آنست که هیچ‌یک از طرفین از نظر لزوم وفاء بشرط نمیتواند آن را بر هم زند و الا آثار دیگر عقد لازم را بدست نمیآورد.

عقد ودیعه چنانکه از مادهٔ «۶۰۷» ق. م. معلوم میشود مجانی میباشد، زیرا عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۵

ودیعه مبتنی بر احسان و کمکی است که مستودع بوسیلهٔ نگاهداری مال بمودع مینماید، و نگاهداری مال غیر در صورتی احسان محسوب میگردد که عوض از او گرفته نشود، بنابراین شرط نمودن عوض در ودیعه بر خلاف مقتضای عقد مزبور و مفسد عقد خواهد بود. اشکال میشود که مجانی بودن عقد ودیعه نیز مانند جواز از مقتضیات اطلاق عقد ودیعه است و مقتضای ذات عقد مزبور نگاهداری مال ودعی میباشد، بنابراین منافات ندارد که ضمن عقد ودیعه یا عقد دیگری عوض در مقابل آن شرط گردد، و قرار دادن عوض منافات با فلسفه ودیعه که احسان است ندارد، مخصوصاً در صورتی که عوض ارزش معوض را که عمل نگاهداری است نداشته باشد چنانکه در هبه است که علت آن ملی (دارا) نمودن طرف است و میتوان آن را بصورت معوض در آورده و شرط عوض نمود.

در اثر عقد ودیعه تعهداتی برای هر یک از مستودع و مودع پیدا میشود که ذیلا بیان می‌گردد.

مبحث دوم در تعهدات مستودع یا امین

۱- امین باید بدستور مادهٔ «۶۱۲» ق. م. مال ودیعه را بطوری که مالک مقرر نموده حفظ کند،

و اگر ترتیبی معین نشده باشد آن را بطوری که نسبت بآن مال متعارف است حفظ نماید و الا ضامن است.

امین باید مانند یک مالک دلسوز مال امانتی را نگاهداری بنماید. نحوهٔ نگاهداری باعتبار طبیعت مال فرق مینماید چنانکه هرگاه مال ودعی جواهر یا اشیاء ذی‌قیمت کوچک است مانند کتاب خطی و اشیاء عتیقه، امین باید آن را در صندوق یا محفظه که محل نگاهداری این گونه اشیاء و مقفل میباشد نگاهداری کند و هرگاه قالیچه و یا پارچه پشمی است در تابستان در جای خنک نگهدارد و موادی که از بید خوردن جلوگیری میکند بر آن بپاشد و هرگاه مال ودعی حیوان است آن را در طویلهٔ یا محل محفوظی در زمستان نگاهدارد که سرما نخورد و آب و علف بموقع بآن بدهد.

بدستور مادهٔ «۶۱۷» ق. م: «امین نمیتواند غیر از جهت حفاظت، تصرفی در ودیعه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۶

کند یا بنحوی از انحاء از آن منتفع گردد، مگر با اجازهٔ صریح یا ضمنی امانت‌گذار و الا ضامن است». زیرا منظور از ودیعه

نگاهداری مال ودعی است بنابراین هرگاه مستودع تصرفی بدون اجازهٔ مالك در مال ودعی بنماید تعدی محسوب میشود.
در صورتی که نگاهداری مال ودعی عرفاً احتیاج بگرفتن اجیر داشته باشد مستودع میتواند اجیر بگیرد، مانند انباردار و مهتر و امثال آن، زیرا طبق مادهٔ «۲۲۵» ق. م: «متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد بمنزله ذکر در عقد است».
هرگاه مالك برای حفاظت مال ودعی ترتیب خاصی معین کند و امین برای حفاظت، تغییر آن ترتیب را لازم بداند، میتواند بدستور مادهٔ «۶۱۳» ق. م. آن را تغییر دهد، مگر اینکه مالك صریحاً نهی از تغییر دستور کرده باشد، که در این صورت چنانچه تغییر دهد ضامن است. مستودع باید تا آنجائی که میتواند از عواملی که ممکن است موجب نقص یا تلف مال ودعی گردد جلوگیری کند، و الا ضامن است. و چنانچه جلوگیری از عوامل مزبور موجب ضرر جانی و یا مالی میشود که تحمل آن را عرف لازم نمیداند، تحمل آن برای مستودع لازم نمیباشد، همچنانی که طبق ماده «۶۱۵» ق. م.: «امین در مقام حفظ مسئول وقایعی نمیباشد که دفع آن از اقتدار او خارج است». بنابراین در صورتی که دزد آن را ببرد یا دچار حریق بشود که امین نتواند از آنها جلوگیری نماید ضامن نمیباشد. این امر در صورتیست که سبب سرقت و یا حریق خود مستودع نشده باشد چنانکه از وجود مال امانتی نزد خود در خارج گفته باشد تا دزدان بر آن آگاه شوند و الا از باب تسبیب مستودع ضامن است.

۲- طبق مادهٔ «۶۱۴» ق. م.: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که باو سپرده شده است نمیباشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط».

اشاره

شرح این ماده محتاج بذکر مقدمه‌ایست که ذیلا بیان میگردد:

امانت بر دو قسم است: امانت قانونی، امانت مالکانه.

(۱) امانت قانونی

امانت قانونی که فقهاء آن را امانت شرعیه گویند چنانکه
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۷
از نام آن معلوم است در مواردی میباشد که از طرف قانون اجازهٔ تصرف و نگاهداری مال داده شده باشد، و آن در موردی است که استیلاء و تصرف در مال از طرف مالك نمیباشد و اذن در این امر هم بمتصرف داده نشده و بطور عدوان هم در دست او قرار نگرفته است.
امانت قانونی بچند صورت ممکن است حاصل شود:
اول- قهراً، چنانکه باد یا سیل مال کسی را در زمین دیگری بیاورد دوم- مالك ندانسته آن را تسلیم دیگری کند، بدون آنکه شخص اخیر نیز بر آن امر اطلاع داشته باشد چنانکه کسی لباسی را بفروشد و خریدار در جیب او مالی بیابد، یا آنکه کسی بدهی خود را بدیگری بپردازد و بدون توجه زائد بر مقدار لازم بدهد.
سوم- باجازهٔ قانون، مانند مورد اشیاء پیدا شده و ضاله و آنچه کسی بجهتی از جهات از قبیل خرید و صلح در دست دارد و معلوم شود مسروقه و یا مغصوبه است و همچنین است آنچه از صغیر و مجنون گرفته میشود که باولیاء آنان رد گردد تا تلف نکنند.
در موارد امانت قانونی کسی که مال غیر را در دست دارد باید آن را نگاهداری و در اولین وقت امکان بمالکش رد نماید و لو آنکه مطالبه آن را نکرده و از وجود آن هم بی‌اطلاع باشد. بنظر میرسد مالی که بامانت قانونی نزد کسی موجود است لازم نیست

بمالکش رد شود و کافی است که رفع یـد از آن کرده در اختیار او قرار دهد، و چنانچه صاحب مال از وجود آن نزد متصـرف آگاه نباشد او را نیز آگاه گرداند.

(۲) امانت مالکانه –

امانت مالکانه در موردی است که مال از طرف مالک بجهتی از جهات بـدیگری سپرده شـده باشد و آنگاه مسـتقلا برای نگاهداری مال است، چنانکه در مورد ودیعه میباشد که آن را امانت بطور اطلاق نیز گفته‌اند، و گاه بتبع عنوان دیگری که مقصود اصـلی است مال بغیر سپرده میشود مانند اجاره، مضاربه،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۸

مساقات، عاریه و امثال آنها که مالک مال خود را بدست مستأجر، مضارب، عامل، مستعیر، برای انتفاع آنان میدهد و ضمناً حفاظت آن را بعهدهٔ آنان میگذارد بدون آنکه خود مراقبتی در این امر داشته باشد.

در صورتی که مـالی بعنوانی از عنـاوین ماننـد اجـاره، عـاریه، مزارعه و امثال آن نزد کسـی بامانت مالکانه باشـد و بجهتی از جهات عنوان مزبور زائـل گردد، چنـانکه مـدت منقضـی شود و یـا عقـد فسـخ گردد، آن مال در یـد متصـرف بصورت امانت، مالکانه باقی خواهـد مانـد تـا مالـک و یـا قائم مقام قانونی او آن را مطالبه بنمایـد و چنانچه از مادهٔ «۶۳۱» ق. م. معلوم می‌شود، از تاریـخ مطـالبه مالک و امتناع متصـرف از رد با امکان آن، یـد امانی خاتمه میپـذیرد و متصـرف در حکم غاصب می‌باشد، این است که مادهٔ مزبور بلافاصـله میگویـد. «... متصـرف مسـئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهـد بود، اگر چه مسـتند بفعل او نباشـد». دلیل نظریه مزبور آن است که در اثر عقـد، مـال باجـازهٔ مالک بـدست متصـرف درآمـده و پس از انحلال عقـد مادام که از طرف مالک مطالبه آن نشود اجـازه ادامه خواهـد داشت، اگر چه اجـازه تصـرف تحت یکی از عنـاوین معینه پیـدایش یـافته است. نظریه دیگر آن است که امانت مالکانه که مبتنی بر اجازه تصـرف از ناحیه مالک میباشـد، در اثر یکی از عناوین معینه حقوقی بوجود آمـده است و پس از زوال آن عنوان امانت مالکانه زایل میگردد، زیرا وجود کلی در خارج بوجود افراد آن است و کلی نمیتواند خارج از وجود افراد باقی بماند.

عدم مسئولیت امین –

طبق مستفاد از مادهٔ «۶۳۱» ق. م. امین خواه بعنوان امـانت مالکـانه متصـرف مـالی باشـد و خواه بعنوان امـانت قانونی، ضامن تلف و نقص و عیبی که بـدون تعـدی و تفریـط بعمـل آمـده نخواهـد بود، مثلاـ هرگـاه مالی بعنوان ودیعه بکسـی سپرده شود و امین مطابق دسـتورهائی که مالـک داده و عرف اقتضـاء مینموده نسبت بـآن مال رفتار کنـد و آن مال دچار حریق گردد و یا کم شود و یا مورد سرقت قرار گیرد، امین ضامن آن نمیباشـد و چنانچه امین تعـدی و تفریط کنـد از تاریـخ شـروع بتعدی و تفریط ضامن است اگر چه تلف و نقص و عیب در اثر فعل او نباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۶۹

تعدی و تفریط –

ماده «۹۵۱» ق: م. میگوید: «تعدی تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت بمال یا حق دیگری». بنابراین هرگاه مودع برای حفاظت مال خود ترتیب خاصـی معین نموده باشـد و یا متعارف امری را اقتضا نمایـد مسـتودع از اذن و یا متعارف تجاوز کند تعدی نسـبت بآن مال نموده است، چنانکه هرگاه کسی لباسی را بامانت گذارد و مستودع آن را بپوشد و یا فرش امانتی که اجازه گستردن آن داده نشـده در حیاط بگسترانـد نسـبت بآنها تعدی کرده است. و هرگاه مال ودیعه در جعبهٔ سربسـته یا پاکتی مختوم بامین سپرده

شده باشد طبق ماده «۶۱۸» ق. م. امین حق ندارد آن را باز کند و الا چنانچه باز نماید تعدی کرده و ضامن است، زیرا باز کردن درب جعبه یا پاکت تجاوز از حدود متعارف در نگاهداری جعبه و پاکت در بسته میباشد.

ماده «۹۵۲» ق. م. میگوید: «تفریط عبارت است از ترک عملی که بموجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است». چنانکه مودع برای حفظ مال خود محل و ترتیب خاصی را معین نموده و مستودع بآن ترتیب جزاءً یا کلًا عمل ننماید و محل و ترتیب دیگری را اختیار کند بدون آنکه حفاظت مال امانتی آن را لازم داشته باشد.

و همچنین است در صورتی که در حدود متعارف در حفاظت مال امانتی عمل نکند چنانچه متعارف در نگاهداری جواهر، گذاردن آن در حرز است و مستودع آن را در طاقچه بگذارد و مورد دستبرد قرار گیرد.

چنانکه ماده «۹۵۳» ق. م. میگوید: «تقصیر اعم است از تفریط و تعدی». و در موارد عدیده‌ای قانون با آوردن کلمهٔ تقصیر خود را از ذکر دو کلمه تعدی و تفریط آسوده نموده است.

مأخوذ بالسوم-

و آن مالیست که کسی از دیگری میگیرد تا آن را ببیند و یا چندی نزد خود نگهدارد تا از وضعیت آن آگاه شود، و چنانچه پسندید خریداری کند و الا آن را بمالکش مسترد دارد.

در صورتی که مال مأخوذ بالسوم بدون تعدی و تفریط در دست گیرنده تلف،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۰

یا ناقص و یا معیوب شود، قول مشهور بر آن است که مورد مزبور مانند مورد غصب است و گیرنده ضامن میباشد و این امر را مانند ارسال مسلم بیان مینمایند. استدلال آنان اینست که طبق قاعده «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» کسی که مالی را میگیرد باید آن را بمالکش رد کند و چنانچه تلف یا ناقص شود ضامن است و از قاعدهٔ مزبور موارد امانت (غیر از مورد مأخوذ بالسوم) مستثنی میباشد. با توجه باستدلال مشهور معلوم میشود که ملاک حکم ضمان در مورد بالا قصد مالک است در دادن مال بتصرف کسی که آن را میخواهد بخرد، بآنکه هرگاه گیرنده آن را نپسندید مال را رد نماید و هرگاه بخواهد ثمن آن را بدهد.

بر خلاف قول مشهور عده‌ای از فقها بر آنند که گیرنده امین است و ضامن نمیباشد زیرا اصل عدم ضمان است و مالک آن را بتصرف گیرنده داده و مانند مورد ودیعه میماند و مال در دست گیرنده امانت مالکانه است و فرقی با موارد امانت ندارد.

در قانون مدنی ایران ماده‌ای که صریحاً حکم مال مأخوذ بالسوم را بیان نماید دیده نمیشود، ولی میتوان با توجه بملاک ماده «۳۰۱» ق. م. که میگوید: «کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را بمالک تسلیم کند» و صریح ماده «۶۳۱» ق. م. که میگوید: «هرگاه کسی مال غیر را بعنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت بآن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است بنابراین مستأجر نسبت بعین مستأجره قیم یا ولی نسبت بمال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمیباشند مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک باسترداد از تاریخ مطالبهٔ او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگر چه مستند بفعل او نباشد».

و آنکه قانون مزبور گیرنده مأخوذ بالسوم را امین نشناخته است، گیرنده آن را ضامن هر تلف و نقص و عیب دانست اگر چه تعدی و تفریط ننموده باشد.

با توجه باستدلال بالا، حکم مورد مأخوذ بالسوم در مواردی که شبیه بآن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۱

میباشد جاری میگردد، مانند مالی که زن میگیرد تا به بیند که بعداً مهر او قرار داده شود. و یا مالی که زوج میگیرد به بیند که بعداً

عوض خلع در طلاق واقع شود و یا مالی که بکسی داده میشود که به بیند تا بعداً مورد معاوضه قرار گیرد.

بنابر آنچه گذشت مستودع ضامن تلف و نقصی که در مدت امانت در مال ودعی بوجود آید نیست مگر آنکه تعدی و تفریط نموده باشد. و چنانچه مستودع تعدی و یا تفریط نماید، از همان تاریخ، ید امانی و غیر ضمانی او بید غیر امانی و ضمانی تبدیل میگردد و نسبت بهر تلف و نقصی که در آن حاصل شود ضامن است اگر چه ناشی از تعدی و تفریط او نباشد.

نیت مستودع بتعدی و تفریط مادام که اقدام بعملی ننماید، موجب زوال صفت امانت از او نمیشود، زیرا تعدی و تفریط چنانکه از دو مادهٔ بالا معلوم است عمل مادی میباشد که بوسیلهٔ نیت بتنهائی محقق نمیشود، بخلاف نیت بغصبیت که آن صفت زائل میگردد، مثلًا هرگاه مستودع قصد نماید مال ودعی را که بر آن مستولی میباشد بمالکش رد نکند، از تاریخ مزبور ید استیمان او مبدل بید غاصبانه میشود، و ضامن هر تلف و نقص خواهد بود که بر آن مال وارد شود اگر چه شروع به هیچ عملی هم ننموده باشد، زیرا دو رکن غصبیت که استیلاء بر مال غیر بنحو عدوان باشد بوسیلهٔ تصرف مادی و نیت مستودع محقق میگردد.

و همچنین در صورتی که مودع استرداد مال خود را بخواهد و مستودع منکر آن نزد خود گردد و یا بدون عذر موجه از رد آن امتناع کند. طبق ماده «۳۱۰» ق. م از تاریخ انکار در حکم غاصب است، این است که ماده «۶۱۶۳» ق. م. میگوید: «هرگاه رد مال ودیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند از تاریخ امتناع احکام امین باو مترتب نشده و ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است که در مال ودیعه حادث شود اگر چه آن عیب یا نقص مستند بفعل او نباشد».

در صورتی که مستودع پس از شروع بتعدی یا تفریط پشیمان شود و دست از

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۲

عمل خود بر دارد چنانکه لباس امانتی که پوشیده از تن بکند و جواهری که در طاقچه انداخته در صندوق گذارد و مصمم شود در حدود تکالیف خود رفتار نماید، سمت امانت او عودت نمیکند، زیرا پس از زوال سمت مزبور و پیدایش ید ضمان موجبی حاصل نشده است تا ید امانی عودت یابد و تصمیم متصرف هم نمیتواند موجد این وضعیت قرار گیرد، و در مورد تردید، ضمان استصحاب میشود تا آنکه مال ودعی بمالکش مسترد گردد و یا مالک سمت امانت او را تجدید بنماید که در این صورت ید عدوان بید استیمان تبدیل میشود. در تجدید ودیعه لازم نیست که مالک مال ودعی را از مستودع مسترد کند و دوباره باو رد نماید بلکه کافی است که مالک باو بگوید مال نزد تو ودیعه باشد.

بعضی از فقهاء بر آنند که مودع باید عقد ودیعهٔ سابق را فسخ کند و بعقد مجددی او را امین قرار دهد.

امین را نمیتوان از ضمان ناشی از تعدی و تفریط بری نمود. بنابراین در صورتی که مودع امین را از ضمان بری نماید ضمان او ساقط نمیشود زیرا ابراء اسقاط حقی است که در ذمه کسی ثابت باشد و قبل از آنکه مال تلف یا ناقص گردد ذمهٔ مستودع مشغول نشده تا بتوان آن را ابراء نمود. و هرگاه منظور از آن ابراء از اشتغال ذمه مستودع در صورت تلف شدن مال باشد چنانکه مالک بمستودع بگوید: از ضمان تلف مال ودعی که ممکن است حاصل شود تو را ابراء نمودم، ابراء ما لم یجب است و ضمان ساقط نمیشود: در صورتی که گفته شود منظور از آن، ابراء قابلیت ذمه مستودع باشتغال در صورت تلف است، گفته میشود این حالت قابل اسقاط نمیباشد و در مورد تردید، اصل عدم سقوط آن است. بعضی از فقها بر آنند که میتوان مستودع را قبل از آنکه ذمه‌اش مشغول شود از ضمان ابراء نمود. اما ابراء ذمه مستودع پس از تلف مال ودعی اشکالی ندارد، زیرا ذمه مستودع بنفس تلف مال ودعی، بمثل یا قیمت آن مشغول میگردد و ابراء یکی از اسباب سقوط تعهدات است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۳

میتوان در عقد ودیعه شرط نمود که مستودع بدون تعدی و تفریط نیز ضامن تلف و نقص مال ودعی باشد، زیرا عدم ضمان مقتضای ذات عقد ودیعه بشمار نمیرود تا شرط مزبور بر خلاف مقتضای عقد باشد و فلسفهٔ عقد ودیعه که احسان و کمک از طرف مستودع

است منافات با تضمین او ندارد تا مانع از صحت شرط ضمان باشد، زیرا مستودع در اثر شرط ضمان احسان خود را که منظور از قبول ودیعه است تکمیل مینماید و علاوه بر نگهداری مال مودع، تعهد ببدل مال ودعی در صورت تلف آن نیز مینماید و این امر تحمیل بر احسان‌کننده نیز نخواهد بود، زیرا همچنانکه مستودع بمیل خود اقدام باحسان نموده تضمین را نیز پذیرفته است، و امری تحمیل شناخته می‌شود که بدون موافقت کسی بر عهدهٔ او گذارده شود. بنابراین طبق مادهٔ «۱۰» و شامل نبودن مادهٔ «۲۳۳» و «۲۳۴» ق. م. شرط مزبور صحیح میباشد. اشکالی که ممکن است بشود لازم الاتباع نبودن شرط مندرج ضمن عقد جائز ودیعه است که بتبع عقد جائز، جائز می‌باشد ولی چنانکه گذشت شرط ضمن عقد جائز مادام که عقد جائز باقی است لازم الاتباع میباشد اگر چه بتبع عقد جائز منحل میگردد.

فقهای امامیه شرط ضمان را در عقد ودیعه باطل میدانند، بر خلاف آنکه شرط مزبور ضمن عقد عاریه درج گردد که اجماعاً آن را صحیح میدانند.

۳- طبق مادهٔ «۶۱۹» ق. م.: «امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید»

زیرا عقد ودیعه عبارت از تعهد بحفاظت مال غیر و رد آن میباشد و آن را باید طبق ماده «۶۲۰» ق. م بهمان حالی که در موقع پس دادن موجود است بمودع مسترد دارد اگر چه نقص و عیبی نزد مستودع در آن حادث شده باشد. اما راجع بنقص و عیب حادث نزد مستودع، چنانچه مربوط بعمل امین نباشد یعنی بدون تعدی و تفریط حاصل گردد، امین ضامن نخواهد بود، ولی هرگاه پس از شروع بتعدی و تفریط حاصل شده باشد، مستودع مسئول آن است و باید زیان وارده را جبران کند. میزان زیان مزبور بارزش تاریخ حادث شدن عیب و نقص تعیین میگردد نه بارزش تاریخ تعدی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۴

و تفریط و یا تاریخ تأدیه خسارت بمودع، زیرا در زمان پیدایش نقص و عیب، ذمه مستودع اشتغال بعوض آن پیدا مینماید، بنابراین پس از ارزیابی صحیح و معیب مال در زمان پیدایش عیب، تفاوت بین آن دو قیمت زیان واردهٔ بمالک میباشد.

در صورتی که مال ودیعه قهراً بوسیله کسی از امین گرفته شود و امین بدل آن را از قیمت و مثل بجای آن اخذ کرده باشد، بدستور مادهٔ «۶۲۱» ق. م. باید آنچه را که در عوض گرفته است بامانت گذارد بدهد، زیرا عوض مزبور بدل مال ودعی است و حکم اصل نسبت بآن جاری میشود، ولی امانت‌گذار مجبور بقبول آن مال بجای مال ودعی نیست، زیرا عمل مستودع فضولی میباشد و مالک میتواند آن را قبول و یا رد نماید، و در صورتی که مالک معامله را رد نماید میتواند بقاهر رجوع کند اصل مال و در صورت تلف بدل آن را مطالبه نماید و شخص مزبور هم میتواند آنچه که بمستودع بعنوان عوض داده از او بخواهد.

منافع مال ودعی که در مدت ودیعه حاصل میشود طبق مادهٔ «۶۲۳» ق. م. متعلق بمالک اصل مال است، زیرا نمائات و منافع از اموال تبعی میباشند و در ملکیت تابع اصل خود هستند. آن نمائات و منافع نزد مستودع امانت می‌باشد و باید بضمیمهٔ مال ودعی بمودع مسترد گردد.

۴- در صورتی که امین فوت کند عقد ودیعه منفسخ می‌شود و وارث او باید در اولین وقت امکان مال ودعی را بمودع رد کند،

اشاره

زیرا سمت امانت مالکانه که بوسیلهٔ عقد ودیعه پیدایش یافته و بشخص امین از طرف مالک داده شده بود، بفوت او زایل میشود، و مال در ید وارث بعنوان امانت قانونی قرار دارد و چنانچه بدون تعدی و تفریط تلف شود ضامن نمیباشد. در صورتی که وارث آن را تلف کند و یا سبب تلف آن شود بدستور مادهٔ «۶۲۲» ق. م. باید از عهده مثل یا قیمت آن برآید اگر چه عالم بودیعه بودن آن

مال نزد مورث خود نباشد و تصور کند که متعلق بمورث و جزء ترکه است، زیرا بدستور مادهٔ «۳۲۸» و «۳۳۱» ق. م. هر کس مال غیر را تلف کند و یا سبب تلف آن شود ضامن میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۵

مال ودعی بچه کس باید مسترد شود؟

۱- طبق مادهٔ «۶۲۴» ق. م. امین باید مال ودیعه را فقط بکسی که آن را از او دریافت کرده است

یا قائم مقام قانونی او یا بکسی که مأذون در اخذ میباشد مسترد دارد و اگر بواسطهٔ ضرورتی امین نتواند آن را نگاهدارد و بخواهد آن را رد کند چنانچه ناچار بمسافرت فوری گردد و بکسی که حق اخذ مال ودیعه را دارد دست رسی نداشته باشد باید آن را بحاکم رد نماید. و در صورتی که امین دسترسی بمالک و یا وکیل او داشته باشد نمیتواند مال ودعی را بحاکم بدهد و چنانچه بحاکم بدهد ضامن آن است، زیرا ولایت حاکم در صورتیست که دست رسی بمالک و قائم مقام او نباشد. و همچنین هرگاه امانت‌گذار از گرفتن مال خود امتناع کند امین میتواند مال ودعی را بحاکم بدهد زیرا پس از رجوع مستودع باو، و عدم قبول اخذ مال ودعی، حاکم سمت ولایت را پیدا مینماید.

۲- در صورتی که در احوال شخص امانت‌گذار تغییری حاصل گردد

چنانکه محجور شود عقد ودیعه منفسخ میگردد و مال در ید مستودع بصورت امانت مالکانه باقی میماند و چون مودع نمیتواند در مال خود تصرف کند نمیتوان آن مال را بشخص او مسترد داشت و باید طبق ماده «۶۲۸» ق. م. امین آن را بولی یا قیم و یا کسی که حق اداره کردن اموال او را دارد بدهد.

۳- اگر کسی مالی را بسمت قیمومت یا ولایت بودیعه گذارد بدستور مادهٔ «۶۳۰» ق. م. آن مال باید پس از رفع حجر بمالک آن رد شود،

زیرا قیم و ولی بسمت نمایندگی قانونی از طرف محجور آن مال را در تصرف داشته‌اند و با رفع حجر نمایندگی آنان خاتمه میپذیرد. هرگاه از مالک رفع حجر نشده باشد، باید بقیم یا ولی که آن را امانت گذارده داده شود، و هرگاه آنان بجهتی از جهات مانند فوت یا عزل تغییر یافته باشند بولی یا قیم بعدی داده خواهد شد، زیرا آنان در موقع رد مال ودعی سمت نمایندگی از محجور را در ادارهٔ اموال او دارند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۶

مادهٔ «۶۲۹» ق. م. میگوید: «اگر مال محجوری بودیعه گذارده شده باشد آن مال باید پس از رفع حجر بمالک مسترد شود». مادهٔ مزبور مجمل و ظاهرش بر خلاف اصل نمایندگی قانونی ولی و قیم از مولی علیه میباشد زیرا مال محجور را باید متصرف بولی و یا قیم او بدهد و انتظار رفع حجر او را نکشد، بدین جهت باید ماده در حدود اصل مزبور تأویل گردد. احتمال میرود منظور این ماده با ذکر ماده قبل این باشد که هرگاه مالی بوسیلهٔ محجور بودیعه داده شود باید آن را بنمایندهٔ قانونی محجور رد نمود، و هرگاه رد ننمود تا رفع حجر از محجور گردید، آن مال بمالک داده میشود. و چنانچه محجور مال خود را بودیعه گذارد، عقد مزبور از نظر عدم اهلیت باطل است و باید آن مال بنمایندهٔ قانونی محجور و پس از رفع حجر بمالک آن رد شود و کسی که مال نزد او است مادام که رد ننموده ضامن است مگر آنکه مال را از محجور از نظر حفظ اموال او و حسبهٔ پذیرفته باشد که در این صورت طبق مستفاد از مادهٔ «۳۰۶» ق. م در اداره اموال محجور ضامن نمیباشد و باید متصرف در اولین وقت امکان آن را بولی یا قائم مقام محجور رد کند و هرگاه بآنان دست رسی نداشته باشد آن مال را نگهدارد تا پس از رفع حجر آن مال را بمالکش بدهد.

۴- اگر کسی مال خود را بودیعه گذارد و بعدا فوت کند

طبق مادهٔ «۶۲۶» ق. م. عقد ودیعه باطل میشود، زیرا عقد جائز بفوت هر یک از طرفین باطل میگردد و از تاریخ فوت، مال در دست امین بعنوان امانت قانونی خواهد بود و باید آن را بوارث مودع رد نماید. و در صورتی که ورثه امانت‌گذار متعدد باشند باید آنها توافق بنمایند که مال در دست چه کس باشد، و هرگاه بعض از ورثه محجور باشند، توافق ولی یا قیم آنان لازم است و چنانچه توافق کنند بدست هر کس که معین نماید داده خواهد شد و هرگاه توافق نکردند بدستور مادهٔ «۶۲۷» ق. م. امین، آن مال را بحاکم میدهد.

و در صورتی که امین بدون توافق تمامی ورثه مال را ببعض از آنها بدهد، امین نسبت بسهام سائر ورثه‌ای که موافقت نداشته‌اند ضامن خواهد بود، زیرا مال آنان را بکسی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۷

سمت قانونی از طرف آنها نداشته داده است.

۵- هرگاه مستحق للغیر بودن مال ودیعه محقق گردد

چنانکه کسی مالی را در بانک کارگشائی امانت گذارد و بعداً معلوم شود که مال مزبور مسروقه و متعلق بشخص ثالث است بدستور مادهٔ «۶۲۵» ق. م. امین باید مال را بمالك حقیقی آن رد کند و اگر مالك آن معلوم نباشد چنانکه سارقی کشته شود و یا فرار اختیار کند و در منزل او اوراق زیادی از بانک کارگشائی بدست آید و معلوم شود که سارق اموالی را دزدیده و در بانک کارگشائی سپرده است، جستجوی لازم برای شناختن مالك آنها بعمل خواهد آمد، و در صورتی که مالك شناخته نشد تابع احکام اموال مجهول المالك میباشد و طبق مادهٔ «۲۸» ق. م. با اذن حاکم یا مأذون از قبل او بمصارف فقراء میرسد.

مبحث سوم در تعهدات امانت‌گذار

اشاره

۱- امانت‌گذار باید مال ودیعه را هر زمان امین باورد کند بپذیرد، زیرا ودیعه عقدی است جائز و هر زمان امین بخواهد میتواند آن را فسخ نماید مگر آنکه بوجه ملزمی عقد ودیعه را غیر قابل فسخ و انحلال قرار دهند.

۲- امانت‌گذار باید طبق مادهٔ «۶۳۳» ق. م. مخارجی را که امانت‌دار برای حفظ مال ودیعه کرده است باو بدهد، زیرا هزینه مال بعهدهٔ مالك آن است مگر اینکه مودع قصد تبرع در آن داشته باشد.

۳- هرگاه رد مال مستلزم مخارجی باشد مانند حمل و نقل از منزل امین بمنزل امانت گذارد، آن مخارج بعهدهٔ امانت‌گذار است، زیرا نمیتوان کسی را ملزم دانست که هزینهٔ اموال دیگری را متحمل گردد.

۴- نظر بوحدت ملاک ماده «۶۳۹» ق. م. در صورتی که مال ودعی دارای عیوبی باشد که برای مستودع تولید خساراتی کند مودع مسئول خسارت وارده نخواهد بود مگر اینکه عرفاً مسبب محسوب شود، بنابراین هرگاه رعیتی گاو مریض خود را نزد دیگری بامانت بسپارد و در اثر سرایت مرض، گاو مستودع بمیرد مودع ضامن نمیباشد مگر آنکه از این امر آگاه بوده و مستودع را بی‌اطلاع گذارده باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۸

امانت بر خلاف قاعده

امانت مزبور آن است که کسی مال خود را بدیگری تملیك بنماید و شخص مزبور تعهد کند که مثل آن را مسترد دارد، چنانکه کسی یکصد هزار ریال ببانك میسپارد و بانك آن را تملك نموده و خود را بهمان مبلغ در مقابل امانت‌گذار مدیون میگرداند، و هر زمان که بستانکار بخواهد باو رد میکند و گاه طرفین موعدی معین برای استرداد آن قرار میدهند. بنابر آنچه گفته شد امانت خلاف قاعده با ودیعه دو فرق دارد:

۱- امانت‌گذار مال امانتی را بامین تملیك میکند و حال آنکه در ودیعه مال امانتی در ملکیت امانت‌گذار باقی میماند.

۲- امین متعهد میگردد که مثل آنچه را که گرفته از حیث مقدار، جنس و وصف باو مسترد دارد و حال آنکه در ودیعه عین مال باید مسترد گردد.

این نوع امانت مانند قرض است با این فرق که در قرض، گیرندهٔ مال برای انتفاع خود آن را قرض مینماید و در مورد مزبور گیرنده درخواستی ندارد، بلکه امانت‌گذار برای نفع خود آن را میسپارد. مورد امانت خلاف قاعده، مانند مورد قرض اموال، مثلی خواهد بود و عموماً نسبت بپول انجام میگیرد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۷۹

فصل دهم در عاریه

اشاره

عاریه بتشدید یاء و تخفیف آن مشتق از عار میباشد که بمعنی عیب و ننگ است و چون عاریه‌کننده از عاریه خواستن ننگ و عار دارد عقد مزبور را عاریه گویند.

اصطلاحاً چنانکه مادهٔ «۶۳۵» ق. م میگوید: «عاریه عقدی است که بموجب آن احد طرفین بطرف دیگر اجازه میدهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود».

عاریه چنانکه در ماده بالا تصریح شده یکی از عقود معینه میباشد و ایقاع یا اباحه در انتفاع مانند اباحهٔ نمودن انتفاع از فرش و مبل بهمان نیست، بنابراین عاریه احتیاج بایجاب و قبول دارد اگر چه لفظی نباشد. عقد عاریه علاوه بر شرائط مختصه بخود باید دارای شرائط اساسی برای صحت معامله مذکور در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. باشد.

عاریه در ظاهر شبیه باجاره میباشد با این فرق که عاریه از عقود غیر معوض و اجاره از عقود معوض است، ولی از نظر تحلیل حقوقی نحوهٔ استحقاق مستأجر و مستعیر متفاوت میباشد، بدین نحو که در اجاره منافع عین مستأجره بمستأجر تملیك میگردد و در عاریه اجازه انتفاع بمستعیر داده میشود بدون آنکه منافع برای مدتی باو تملیك گردد، بنابراین در عاریه، آنات و ذرات منافع در ملك مالك بوجود می‌آید و مستعیر اجازه دارد که از منفعت ملکی معیر بهره‌مند شود، چنانکه در حق انتفاع (عمری، رقبی، سکنی، حبس) است که منفعت در ملك مالك تولید میشود و منتفع حق دارد از آن بهره‌مند گردد.

طرفین معامله

طرفین عقد عاریه عبارتند از معیر یا عاریه دهنده و آن کسی است که مال خود را بدیگری میدهد تا از آن منتفع شود و مستعیر یا عاریه‌گیرنده و آن کسی است که مال دیگری را میگیرد تا از آن انتفاع برد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۰

طرفین معامله باید دارای اهلیت برای معامله از عقل، بلوغ و رشد که یکی از شرائط اساسی برای صحت معامله است، باشند چنانکه در تعهدات گذشت. و هرگاه یکی از آن دو اهلیت نداشته باشد عقد عاریه باطل است، مثلا هرگاه معیر اهلیت نداشته باشد و مستعیر جاهل بآن بوده مال در دست عاریه‌گیرنده امانت قانونی است و باید بولی یا قیم محجور که اداره. امور او را عهده‌دار است مسترد دارد و هرگاه استیفاء منافع نموده اجرت المثل آن را بپردازد و در صورتی که آن را رد نکند در حکم غاصب است و مسئول تلف و نقص و عیبی که در آن حاصل میشود خواهد بود و نسبت بمدتی که آن را در تصرف دارد باید اجرت المثل بپردازد اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد و در صورتی که مستعیر عالم بعدم اهلیت معیر باشد و مال را بعنوان عاریه از او بگیرد غاصب محسوب میگردد، زیرا محجور حق تصرف در مال خود را ندارد.

و در صورتی که مستعیر اهلیت قانونی برای معامله نداشته باشد چنانکه در ودیعه گذشت هرگاه اینان صغیر غیر ممیز و مجنون باشند طبق مادهٔ «۱۲۱۵» که میگوید:

«هرگاه کسی مالی را بتصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود». ضامن نخواهند بود، زیرا عاریه دهنده موجب تضرر خود در دادن مال بآنان شده و هرگاه اینان صغیر ممیز و سفیه باشند آنان باید مال را بمالک رد نمایند و الا ضامن آن میباشند، زیرا با داشتن تمیز و عقل مسئولیت از آنان سلب نمیشود (در تسبیب مراجعه شود).

طبق مادهٔ «۶۳۶» ق. م. «عاریه دهنده علاوه بر اهلیت باید مالک منفعت مالی باشد که عاریه میدهد اگر چه مالک عین نباشد» زیرا آنچه بموجب عقد عاریه بمستعیر داده میشود اجازهٔ استیفاء منافع از عین میباشد. بنابراین مستأجر میتواند برای مدتی که مالک منافع است آن را بعاریه بدهد اگر چه تسلیم عین مستأجره به عاریه‌گیرنده چنانکه در اجاره گذشت محتاج باجازهٔ مؤجر است. و همچنین کسی که دارای حق انتفاع است میتواند مورد حق انتفاع را بعاریه دهد همچنانکه میتواند آن را بدیگری واگذار نماید، مثلا

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۱

منتفع در عمری و یا رقبی میتواند مال مورد انتفاع را بدیگری عاریه دهد و یا حق خود را در مقابل عوض و یا مجاناً بدیگری منتقل نماید.

مورد عاریه

اشاره

مورد عاریه مالی است که برای انتفاع عاریه‌گیرنده باو داده میشود.

شرائط مورد عاریه

۱- طبق مادهٔ «۶۳۷» ق. م: «هر چیزی که بتوان با بقاء اصلش از آن منتفع شد میتواند موضوع عقد عاریه گردد»

چنانکه در حق انتفاع و وقف و اجاره شرح آن گذشت، بنابراین خانه، باغ، اسب، اتومبیل و اثاث خانه و امثال آن ممکن است مورد عاریه واقع شود ولی خوردنی و آشامیدنی که انتفاع از آن بتلف کردن آنست نمیتوان بعاریه داد.

سؤالی که پیش می‌آید آن است که قرار دادن این گونه اموال که انتفاع از آنها بتلف عین میباشد، در صورتی که مالک اجازه اتلاف آن را به عاریه‌گیرنده بدهد، آیا عاریه آن صحیح میباشد؟ در پاسخ گفته میشود، که مالک میتواند بدیگری اجازهٔ اتلاف مال خود را بدهد چنانکه باو اجازه دهد خوردنی را بخورد و آشامیدنی را بیاشامد، ولی این امر عاریه نمیباشد بلکه یک نوع اباحه

است، زیرا شرط تحقق عقد عاریه که یکی از عقود معینه میباشد آنست که موردش چیزی باشد که با انتفاع از آن عین تلف نشود.

۲– طبق مادهٔ «۲۱۵» ق. م: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد»

و در عاریه مانند اجاره و حق انتفاع در حقیقت منفعت مورد عقد قرار میگیرد این است که منفعت مورد عقد عاریه، باید عقلائی و مشروع باشد.

چون ممکن است شیئی واحد دارای چندین منفعت باشد که بعضی مشروع و بعضی دیگر غیر مشروع باشد بنابر مستفاد از ذیل مادهٔ «۶۳۷» ق. م. در صورت اطلاق، منفعتی که عقلائی و مشروع است منفعتی است که در عاریه مقصود میباشد، زیرا آن منفعت است که ممکن است مورد عقد عاریه صحیح واقع شود. و طبق مادهٔ «۲۲۳» ق. م. «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۲

معلوم شود». هرگاه شیء واحد دارای چند منفعت باشد و منفعت غیر مشروع آن مورد عاریه قرار گیرد، عاریه باطل خواهد بود.

۳– مورد عاریه باید معین باشد– طبق مادهٔ «۱۹۰» ق. م. موضوع معامله باید معین باشد.

عقد عاریه یکی از معاملات (بمعنی اعم) میباشد بنابراین مالی که مورد عاریه قرار میگیرد هرگاه دارای منفعت منحصر باشد مانند فرش که برای گستردن است و یا صندلی که برای نشستن است لازم نیست منفعتی که منظور از عاریه میباشد در عقد تعیین شود، ولی چنانچه مال مورد عاریه دارای منافع متعدد است، مانند کتاب خطی منحصر بفرد که میتوان آن را مطالعه نمود و میتوان از روی آن استنساخ کرد و یا مورد عکس‌برداری قرار داد و یا زمین که میتوان در آن زراعت نمود و یا درختکاری کرد و یا در آن بنا ساخت، در این قبیل موارد اگر منظور عاریه دهنده بخصوص یکی از آن منافع باشد باید آن را در عقد تصریح کند. هرگاه منفعت معینی منظور معیر نیست بلکه تمامی انتفاعات نزد او مساوی است و بردن انتفاعات عدیده را هم اجازه میدهد، میتواند بطور اطلاق آن را بعاریه دهد و یا تصریح بتعمیم آن نماید، چنانکه معیر بمستعیر بگوید: تمامی انتفاعات را میتوانی ببری، در این صورت عاریه‌گیرنده از هر یک از انتفاعات مال مورد عاریه میتواند بهره‌مند شود، ولی نمیتواند از منفعت نادری که کمتر مورد توجه قرار میگیرد استفاده کند، زیرا انتفاع مزبور مورد نظر و اجازهٔ عاریه دهند نبوده است مانند آنکه مستعیر در زمین یا خانه‌ای که عاریه نموده مرده دفن کند و یا آن را رهن گذارد. بنابراین در صورتی که منظور از عاریه نمودن مالی، انتفاع نادرهٔ آن باشد باید در عقد تصریح شود.

۴– منفعت مورد عاریه باید معلوم باشد

چنانکه در اجاره گذشت منفعت مورد معامله علاوه بر آنکه باید معین باشد طبق مادهٔ «۳۱۶» ق. م. باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی بآن کافی است. و قانون مدنی در مورد عقد عاریه بکفایت علم اجمالی تصریح ننموده است.

آثار و احکام عقد عاریه

۱– عاریه عقدی است عهدی

که معیر تعهد مینماید مال مورد عاریه را برای انتفاع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۳

بمستعیر بدهد و مستعیر تعهد مینماید که آن را پس از انتفاع بمعیر مسترد دارد.

۲- عقد عاریه طبق مادهٔ «۶۳۸» ق. م. عقدی است جائز.

اشاره

بنـابراین هر یـک از طرفین میتوانـد هر زمان عاریه را بر هم زنـد و مال مورد عاریه بمعیر بر میگردد اگر چه قبل از بردن انتفاع از آن باشـد. و همچنین طبق مـادهٔ بالاـ و مادهٔ «۹۵۴» ق. م. که میگویـد: «کلیه عقـود جـائزه بمـوت (و جنون) احـد طرفین منفسـخ میشود و همچنین بسـفه در مواردی که رشـد معتبر است». عقـد عـاریه بموت و جنون هر یـک از طرفین منحـل میشود و همچنین بسـفه عاریه دهنـده منفسـخ میگردد، زیرا عاریه دهنـده نمیتوانـد بدون اذن ولی یا قیم در امور مالی خود تصـرفی بنماید، ولی بسـفه عاریه‌گیرنده عقـد منحل نمیگردد، زیرا همچنانکه سـفیه میتوانـد قبول صـلح در هبـهٔ بلاعوض بنمایـد میتوانـد قبول عاریه کند زیرا در قبول عاریه تصرف در امور مالی خود نمینماید.

الف- تعیین مدت در عاریه موجب لزوم آن نمیشود و هر یک از طرفین هر زمان میتواند عاریه را بر هم زند، زیرا چنانکه در مضاربه بیان شـد، تعیین مـدت عقد جائز را لازم نمیگرداند، و اثر تعیین مدت در عاریه آنست که با انقضاء مدت، عاریه خاتمه می‌یابد، زیرا در عاریـهٔ مزبور اجـازه انتفاع بمسـتعیر برای مـدت معین داده شـده، بنابراین هرگاه عاریه‌گیرنـده پس از انقضاء مـدت معینه از مورد عاریه منتفع شود باید اجرت المثل آن را بپردازد.

ب- چنانکه در ودیعه گذشت، میتوان عاریه و یا عدم فسخ عقد مزبور را در ضـمن عقد لازمی شرط نمود، در این صورت هیچ‌یک از طرفین نمیتواند آن را منحل کند (بفصل ودیعه و برای شرح مفصل آن بفصل وکالت مراجعه شود).

فرع اول میتوان زمینی را برای دفن مرده‌ای عاریه نمود،

زیرا دفن یک نوع انتفاع از زمین است که مالک میتوانـد اجازه آن را بـدیگری بدهـد. پس از اجازه مادام که مرده دفن نشده اسـت عاریه دهنده میتواند زمین خود را مسترد دارد، اگر چه میت در قبر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۴

نیز گـذارده شـده باشـد، زیرا عاریه عقـد جائز است و هر زمان معیر میتوانـد آن را بر هم زنـد ولی پس از دفن عاریه دهنده نمیتواند استرداد زمین را مادام که مرده نپوسـیده باشـد بخواهـد، یعنی معیر نمیتواند عاریه‌گیرنده را مجبور نماید که قبر را نبش و مرده را در آورد، زیرا نبش قـبر طبق مـادهٔ «۲۰۶» قـانون مجـازات عمومی بـدون مجوز مشـروع جرم شـناخته میشود، ولی پس از آنکه گوشـتها پوسـید و مفصـلها از یکدیگر جدا گشت معیر میتواند مسـتعیر را مجبور نماید که زمین را حفر نموده و استخوانها را خارج کند چون در این حال نبش صدق نمینماید. این سـتکه ماده «۱۰۸» ق. م. میگویـد: «در تمام مواردی که انتفاع کسـی از ملک دیگری بموجب اذن محض باشد مالک میتواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد».

بعضی از فقها خواسته‌اند عقد عاریه را در مورد مزبور در اثر آنکه نمیتواند مورد عاریه را مسترد داشت، لازم بدانند و حال آنکه این امر موجب لزوم عقـد عـاریه (که طبیعـهً جـائز است) نمیگردد، زیرا عـدم جواز استرداد مورد عـاریه عملًا در اثر موانع خارج از ذات عاریه میباشـد و این امر منافات با جواز عقد عاریه ندارد، چون استرداد مورد عاریه در مرحلهٔ مؤخره از فسخ قرار گرفته است. ممکن است نظر فقهاء مزبور که عقـد عاریه را در مورد دفن لازم دانسـته‌اند عـدم جواز نبش و استرداد زمین باشـد. باری اثر فسخ در مورد مزبور آنست که هرگاه معیر عقد عاریه را فسخ کند، مستعیر از تاریخ فسخ باید اجرت المثل زمین را تا مدتی که آن را بمعیر مسترد نداشـته بدهـد، این امر در صورتیست که در نظر عرف محل، دفن در زمین اجرت المثل داشـته باشد. در این صورت چنانچه بوسـیله

سیل یا حیوان درنـده و یا بر خلاف قانون و یا بجهات دیگری ماننـد کالبـد شـکافی در مورد فوت مشکوک، قبر را نبش و مرده را خارج کنند مستعیر باید زمین را مسترد دارد و بدون اجازهٔ مجدد از عاریه دهنده، نمیتوان مرده را دوباره در آن محل دفن کرد، زیرا آنچه موجب عدم جواز استرداد زمین بوده مرتفع گردیده است.

آنچه گذشت در عدم جواز نبش در مورد عاریه زمین میباشد ولی هرگاه کسی زمینی را

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۵

غصب کنـد و مرده خود را در آن دفن نمایـد، نظم عمومی و احترام ملکیت ایجـاب میکنـد که قبر را نبش و مرده را خـارج نموده و زمین بصـاحب آن مسترد گردد، زیرا نبش قبر در مورد غصب یکی از موارد نبش مشـروع است که مورد اسـتثناء مـاده «۲۰۶» قانون مجازات عمومی میباشد.

فرع دوم در صورتی که کسی مالی را از دیگری برای رهن گذاردن عاریه نماید، و آن را بشخص ثالث برهن دهد،

مالک (معیر) نمیتوانـد بـدون موافقت مرتهن رهن را فک کند، اگر چه عقد عاریه از طرف معیر فسخ شود، زیرا معیر بمسـتعیر اجازه داده که مـال مورد عـاریه را برهن گـذارد و عقـد رهن از طرف راهن لازم است و بعبارت دیگر عمل مزبور ماننـد آنست که مالک ملک خود را برهن گذارده باشد در این صورت مادام که دین ادا نشود رهن فک نمیگردد.

فرع سوم در صورتی که زمینی برای بناء یا درختکاری و زراعت بعاریه داده شود،

عاریه دهنده اگر عقد عاریه را فسخ کند، نمیتواند استرداد زمین و رفع آثار مزبور را بخواهد، مگر آنکه ارش آن را بدهد.

مالک میتوانـد زمین خود را برای مدتی معین یا بطور مطلق بدیگری عاریه دهد که در آن بنا بسازد و یا درخت‌کاری و کشت کند، زیرا مالـک میتوانـد هرگونه تصـرفی در ملک خود طبق مادهٔ «۳۰» ق. م. بنمایـد. عقـد عاریه در مورد مزبور ماننـد موارد دیگر جائز میباشـد و اجـازه ساختمـان و درختکـاری و کشت عقـد عاریـهٔ جـائز را لازم نمیگردانـد، بنـابراین هر سـببی که عقـد جـائز را منحل میگرداند عقد عاریه را در مورد مزبور نیز منحل مینماید.

اشـکالی که در عمل پیش می‌آیـد تعیین تکلیف بنا و درخت و کشتی است که در زمان فسـخ در زمین موجود میباشد، زیرا رفع آن برای استرداد زمین بمالک، موجب اضرار عاریه‌گیرنده میشود همچنانی که بقاء آن در زمین سبب اضرار مالک میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۶

از نظر حقوقی مورد مزبور از موارد تزاحم حقین است، و برای حفظ حقوق طرفین عقد عاریه، باید بر آن شد که عاریه دهنده بتواند با دادن ارش برای تخریب بنا و کندن درخت و کشت اگر چه قبل از رسیدن محصول باشد، استرداد زمین را بخواهد.

بر این امر اشـکال میشود که عاریه‌گیرنده، در عاریه نمودن زمین غیر، برای ساختن بنا و درختکاری و کشت، اقدام بضرر خود کرده است، زیرا عاریه‌گیرنده با جائز بودن عقد عاریه باید احتمال فسخ عقد عاریه و خلع ید زمین را از طرف معیر هر زمان بدهد.

بنابراین عاریه‌گیرنـده بایـد بدون مطالبهٔ ارش بنای خود را خراب و درخت و کشت را کنده و زمین را بعاریه دهنده رد کند. اشـکال مزبور اگر چه بظـاهر وارد میباشـد، ولی از نظر آنکه عاریـهٔ زمین برای بنا ساختن و درختکاری و کشت، ایجاب مینمایـد که زمین تا رفع احتیاج عاریه‌گیرنـده در تصـرف او بمانـد، نمیتوانـد اساس نظر حقوقی قرار گیرد، و تأثیر آن همین مقدار است که در تزاحم دو ضرر (ضـرر عاریه دهنـده و عاریه‌گیرنـده) حق عاریه دهنده را مقدم داشـته که او با دادن ارش بتواند زمین خود را مسترد دارد، اگر چه عاریه‌گیرنـده موافقت نکنـد و حاضـر باشـد با تأدیه اجرت المثل و یا قیمت زمین، خلع یـد از آن ننماید. بعضـی از فقهاء احتمال دادهانـد که هرگاه مسـتعیر حاضـر شود اجرت المثل زمین را بدهد، عاریه دهنده حق نخواهد داشت او را الزام به تخریب ساختمان و

کندن درخت و کشت بنماید.

در صورتی که زمین برای درختکاری بعاریه داده شود پس از خاتمهٔ درختکاری هرگاه بعضی از درختها خشک شود یا باد آنها را بکند، عاریه‌گیرنده نمیتواند بجای آن درخت بکارد، زیرا اجازه درخت کاشتن برای یک‌دفعه بوده و آن انجام شده است و دوباره کاشتن درخت اجازهٔ مجدد میخواهد. گفته شده این امر مورد تردید است و اجازه سابق استصحاب میشود.

۳- عاریه عقدی است مجانی و غیر معوض

و مبتنی بر احسان و کمکی است که عاریه دهنده به عاریه‌گیرنده مینماید، بدین جهت نمیتوان در عقد عاریه شرط عوض

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۷

نمود، اینست که مجانی بودن عقد عاریه در تعریفی که مادهٔ «۶۳۵» ق. م. از آن میکند قید شده است.

بنظر میرسد که میتوان گفت شرط عوض منافات با غیر معوض بودن عاریه و و احسان و کمک عاریه دهنده ندارد، زیرا شرط عوض در عقد عاریه طبیعت غیر معوض بودن آن را تغییر نمیدهد و معوض نمیگرداند چنانکه در عقد هبه است که آن نیز مبتنی بر دارا نمودن (ملی نمودن) متهب میباشد. از نظر تحلیلی در عقد معوض، عوض و معوض هر دو مورد معامله‌اند و در ردیف یکدیگر قرار دارند، بخلاف عقد غیر معوض که در آن شرط عوض شده باشد، که در حقیقت دو تعهد است و مورد شرط در مرحله فرعی قرار گرفته و در ردیف مورد عقد اصلی نمیباشد. و مجانی بودن از مقتضیات ذات عقد عاریه نیست تا شرط عوض بر خلاف آن و باطل باشد، بلکه مقتضای اطلاق عقد مزبور است و شرط خلاف آن چنانکه در شروط ضمن عقد گذشت صحیح میباشد، مبتنی بودن عاریه بر احسان و کمک نیز منافات با شرط عوض ندارد، زیرا عاریه در موقعی احسان و کمک نخواهد بود که دادن عوض بمنظور ایجاد معاوضه باشد و در آن ارزش تجاری در نظر گرفته شود و حال آنکه در عاریه‌ای که شرط عوض میشود طرفین چنین قصدی نمی‌نمایند.

تکالیف معیر

۱- پس از عقد، معیر میتواند مال مورد عاریه را بقبض عاریه‌گیرنده برای انتفاع بدهد

و یا قبض را بتأخیر اندازد، همچنانی که میتواند آن را بقبض ندهد و یا عقد عاریه را فسخ کند. و هرگاه عاریه‌گیرنده از تأخیر تسلیم مورد عاریه متضرر میشود میتواند عقد عاریه را فسخ نماید، زیرا با جائز بودن عقد عاریه نمیتوان معیر را اجبار بتسلیم مال مورد عاریه نمود و یا از او مطالبهٔ خسارت تأخیر انجام تعهد را خواست مخارج تسلیم مال عرفاً بعهدهٔ مستعیر است زیرا مال برای انتفاع او داده میشود.

۲- طبق مادهٔ «۶۳۹» ق. م.: «هرگاه مال عاریه دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند، معیر مسئول خسارات وارده نخواهد بود ...».

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۸

زیرا مالکیت بتنهائی موجب مسئولیت مالک نسبت بخسارات وارده از آن نخواهد بود، مگر اینکه مالک عرفاً سبب توجه خسارت گردد، مثلا هرگاه در اتصال برق یا خرابی دودکش بخاری، خانهٔ مورد عاریه دچار حریق گردد و اثاثیه متعلق بمستعیر بسوزد، معیر ضامن آن نمیباشد مگر آنکه مالک اطلاع از آن عیب داشته و تعمیرات لازم را ننموده است و یا مستعیر را از آن آگاه نکرده است تا احتیاطات لازمه را در استفاده از برق و بخاری بنماید. این است که مادهٔ «۳۳۳» ق. م. در تسبیب میگوید: «صاحب دیوار یا عمارت

یا کارخانه مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد میشود مشروط بر اینکه خرابی در نتیجهٔ عیبی حاصل گردد که مالک مطلع بر آن بوده و یا از عدم مواظبت او تولید شده است».

۳– مخارج نگاهداری مال عاریه طبق ذیل مادهٔ «۶۴۶» ق. م. تابع عرف و عادت است

مگر اینکه شرط خاصی شده باشد که در حدود شرط مزبور بعهدهٔ کسی خواهد بود که بر او شرط شده است. منظور از مخارج نگاهداری، هزینه‌هائی است که هرگاه نشود مال عاریه ناقص یا تلف خواهد شد مانند خوراک حیوان، روییدن برف پشت بام و امثال آن.

مخارجی که برای تعمیر مال عاریه لازم است مانند رفع خرابی چاه حیاط، رنگ زدن شیروانی و امثال آن بعهدهٔ مالک است مگر شرط شود که مستعیر آنها را بدهد، زیرا مخارج لازمه برای بقاء ملک کسی را، نمیتوان بر دیگری بدون سبب قانونی تحمیل نمود چنانکه در اجاره و حق انتفاع گذشت.

تکالیف مستعیر

۱– عاریه‌گیرنده باید مال عاریه را چنانکه در مورد ودیعه گفته شد، حفاظت نماید،

تا وقتی که بمالکش رد کند، زیرا مال مزبور برای انتفاع باو داده شده و در دست او امانت است. (مستنبط از مادهٔ «۶۱۲» ق. م. از نظر وحدت ملاک).

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۸۹

۲– عاریه‌گیرنده میتواند از انتفاعی که اجازهٔ آن باو داده شده در حدود متعارف بهره‌مند گردد،

مثلا هرگاه مورد عاریه اتومبیل سواری است با آن بار نبرد و هرگاه اتومبیل باری است بیش از ظرفیت و استعداد آن را بار نکند، و در صورتی که خانه مورد عاریه است بیش از عده‌ای که معمولا سکونت مینمایند در آن جای ندهد و امثال آن، چنانکه در حق انتفاع و اجاره گذشت. و در صورتی که از حدود انتفاع معین در عقد و متعارف تجاوز نماید تعدی محسوب میشود و مطلقاً ضامن تلف و نقص آن (چه در اثر عمل او و چه در اثر عوامل طبیعی باشد) خواهد بود.

۳– طبق مادهٔ «۶۴۷» ق. م. مستعیر نمیتواند مال عاریه را به هیچ نحوی بتصرف غیر دهد

مگر باذن معیر، زیرا بتصرف غیر دادن مورد عاریه از طرف مستعیر تجاوز از حدود اجازه‌ای میباشد که مالک باو داده است، بدین جهت مستعیر نمیتواند آن را بدیگری عاریه بدهد. و در صورتی که مالک این امر را اجازه دهد، عقد عاریه جدیدی بنمایندگی از طرف مالک واقع میشود و عقد عاریه اول منفسخ میگردد.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران – ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۲، ص: ۱۸۹

بنابراین فوت مستعیر اول موجب انفساخ عقد اخیر نمیشود زیرا او دیگر سمتی نسبت بمال عاریه ندارد.

۴– مخارج لازمه برای انتفاع از مورد عاریه طبق مادهٔ «۶۴۶» ق. م. بر عهدهٔ مستعیر است،

زیرا وسائلی که برای بردن انتفاع از مال غیر، لازم میشود بعهده کسی است که منتفع میگردد، چنانکه در حق انتفاع و اجاره است مگر آنکه شرط خلاف شده باشد.

۵– طبق مادهٔ «۶۴۰» ق. م.: «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمیباشد مگر در صورت تفریط یا تعدی».

در امانت خواه مالکانه باشد و خواه قانونی امین مسئول تلف و نقصان مال مورد امانت نمیباشد، مگر آنکه تقصیر (تعدی و تفریط) کرده باشد، و عاریه نیز از موارد امانت مالکانه است که مال برای انتفاع از آن بمستعیر داده شده است، چنانکه در حق انتفاع و اجاره میباشد.

در صورتی که عاریه‌گیرنده نسبت بمال مورد عاریه تعدی و یا تفریط نماید، صفت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۰

امانت او زائل میگردد و ضامن هر نقصان و تلفی است که متوجه مال عاریه شود اگر چه مستند بفعل او نباشد، بنابراین هرگاه کسی اتومبیلی را عاریه نمایـد که برای گردش بشمیران برود و عاریه‌گیرنده بقصد رفتن بدماوند از تهران خارج گردد و در سه کیلومتری از تهران اتومبیل بسوزد، عاریه‌گیرنده ضامن است اگر چه کارشناسان فنی گواهی نمایند که حریق در اثر اتصال برق بوده است که هرگاه در راه شمیران هم میرفت دچار آن میگردید (در مبحث غصب تفصیلا بیان گردید مراجعه شود).

طبق مادهٔ «۶۴۲» ق. م.: «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگر چه مربوط بعمل او نباشد» بنابراین هرگاه مال مورد عاریه بـدون تعـدی و تفریط ناقص یا تلف گردد چنانکه بدون تقصیر مستعیر مال مورد عاریه دچار حریق شود و بسوزد او ضـامن است. شـرط مزبور بر خلاـف مقتضای ذات عقـد عاریه نمیباشـد تا باطل و مبطل عقـد گردد بلکه بر خلاف مقتضای اطلاق آنست.

فقهای امامیه بر خلاف آنکه شـرط ضمان را در عقد ودیعه باطل میدانند در عقد عاریه اجماعاً صحیح دانسته‌اند و اخباری نیز بر این امر دلالت دارد. بنابراین مبتنی بودن عقد عاریه بر احسان و تبرع و همچنین درج شـرط مزبور ضـمن عقد جائز منافات با صـحت آن نخواهد داشت و ایرادات مزبور اجتهاد در مقابل نص است.

تعـدی و تفریط مسـتعیر در مورد عاریه موجب انحلال عقـد عاریه نمیگردد، بنابراین چنانچه مسـتعیر تعـدی نمایـد و از حدود اذن یا متعارف تجاوز کند و منفعت بیشتری برد، انتفاعی که بوسیلهٔ عقد عاریه بمستعیر اجازه داده شده و یا در حدود متعارف است مجانی میباشد، و انتفاعی که مستعیر خارج از مقرر در عقد یا متعارف برده انتفاع از مال غیر و بدون اجازه میباشد و باید اجرت المثل آن را بمالك بدهد، مثلا هرگاه کسی اتومبیلی را برای سواری و گردش تا امیرآباد (فرودگاه هوائی تهران) عاریه گرفته باشد و بوسیلهٔ آن تا کرج برود، اجرت المثل مسافت بین امیرآباد و کرج را باید بمعیر بدهد ولی هرگاه از طرف شـمیران برود باید اجرت المثل تمامی مسافت را بپردازد، زیرا انتفاعی را برده که اجازهٔ آن بمستعیر داده نشده بوده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۱

قاعـدهٔ عدم ضـمان در عاریه، طبق مادهٔ «۶۴۴» ق. م، در مورد طلاـ و نقره مواجه بـا اسـتثناء شـده است. در عـاریه طلاـ و نقره اعم از مسـکوك و غیر مسـکوك مستعیر ضامن هر تلف و نقص است، هر چنـد شـرط ضـمان نشود و عاریه‌گیرنـده تعـدی و یا تفریط هم ننموده باشـد. علت این مسـئولیت آنست که طلاـ و نقره از فلزات پرارزش میباشـند و مالك نوعاً حاضـر نمیشود آن دو را عاریه بغیر بدهـد و در اثر تلف و نقصان آن در معرض زیان سـنگینی قرار گیرد، لذا ضـمان مسـتعیر در عاریه طلا و نقره موجب اطمینان خاطر مالـك و جلوگیری از امتنـاع او از عـاریه دادن آن دو فلز میگردد. ولی میتوان ضـمن عقـد عـاریه طلا و نقره شـرط نمود که مسـتعیر

ضامن تلف و نقصان در غیر مورد تعدی و تفریط نباشد، زیرا ضـمان مقتضای ذات عقد عاریه طلا و نقره نیست تا شرط خلاف آن، شرط خلاـف مقتضای ذات عقـد عاریه و فاسـد باشـد. این ماده در مورد عاریه طلا و نقره است و نمیتوان آن را بعاریه جواهرات که قیمت آنهـا بیش از طلاـ و نقره است سـرایت داد زیرا با اطلاق مادهٔ «۶۴۰» ق. م. که قاعـدهٔ کلی عدم ضـمان را در مورد عاریه بیان مینمایـد و اسـتثنائی بودن ضـمان در عاریه طلا و نقره طبق مادهٔ «۶۴۴» ق. م. نمیتـوان در مورد عـاریه جواهرات دست از قاعـدهٔ کلی برداشته و باستناد وحدت ملاک حکم مادهٔ «۶۴۴» را در مورد عاریه جواهرات جاری دانست.

۶- طبق مادهٔ «۶۴۱» ق. م. «مستعیر مسئول منقصت ناشی از استعمال مال عاریه نیست ...».

منظور ماده از منقصت ناشـی از اسـتعمال، اسـتهلاکی است که بتدریـج در اثر اسـتعمال در مال پیدا میشود، مثلا هرگاه اتومبیل برای یـک مـاه عـاریه بکسـی داده شود که در مسافرتهـای تفریحی بکـار برد پس از یـک ماه در اثر سواری فرسودگی در لاستیکها پیـدا میشود و مقـداری از آن سائیـده میگردد و آن فرسودگی منقصتی است که در اثر اسـتعمال مجـاز پیـدا شـده است و لاـزمه اسـتعمال میباشـد. و در صورتی که مسـتعیر در غیر مورد اذن اسـتعمال نموده باشـد و اگر عـاریه مطلق بوده بر خلاـف متعارف اسـتعمال کرده باشد و منقصت در مال مورد عاریه حاصل شود، طبق ذیل مادهٔ «۶۴۱» ق. م. ضامن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۲

آن خواهـد بود. طبق مادهٔ «۶۴۳» ق. م. میتوان بر مسـتعیر شـرط ضـمان منقصت ناشـی از صرف استعمال را نمود که در این صورت مستعیر طبق شرط ضامن منقصت مزبور خواهد بود.

قانون مدنی حکم تلف ناشـی از استعمال را متذکر نشده است. بنظر میرسد میتوان تلف ناشی از استعمال را مانند نقص حاصل از آن دانست که مسـتعیر ضامن نباشد زیرا اجازهٔ معیر باسـتعمالی که طبیعتاً موجب اسـتهلاک شود، قبول زیان ناشـی از استعمال است و از نظر تنقیـح منـاط بایـد مورد تلف ناشـی از اسـتعمال را ماننـد مورد منقصت ناشـی از اسـتعمال دانست و نمیتوان بین آن دو را از این جهت فرق گـذارد. و همچنین است در صورتی که مدت عاریه چندان طولانی باشد که مال عاریه در اثر اسـتعمال بتدریج از قابلیت انتفاع خارج شود، مثلا کسـی پیراهنی را برای پوشـیدن یک سال عاریه کند، پوشیدن آن در مدت مزبور موجب اندراس آن میشود. از نظر قضائی نمیتوان عدم مسئولیت مسـتعیر را در مورد تلف از ماده بالا استنباط نموده و رأی صادر کرد، زیرا عاریه دهنده صریحاً اجـازه اسـتعمالی که منجر بتلف شود نـداده است و عرفاً هم عـاریه شامـل این گونه اسـتعمال نمیباشـد و اجازه انتفاع در عاریه بطور مطلق، منصرف باستعمالیست که مال مورد عاریه را از حیز انتفاع خارج ننماید، بنابراین مستعیر باید مال مورد عاریه را قبل از رسیدن بمرحلهٔ مزبور بمالکش رد نماید. اما در صورتی که معیر صـراحةً اجازه اتلاف مال مورد عاریه را در اثر استعمال بمستعیر داده باشد، او ضامن تلف آن نخواهد بود.

۷- بنابر مستفاد از ماده «۶۲۰» ق. م. مستعیر باید مال عاریه را هر زمان که معیر بخواهد بهمان وضعی که موجود است باو رد کند

و نسبت بنواقصی که در آن حاصل شده است چنانچه در زمان تعدی و تفریط نباشد ضامن نیست.

چون مقررات مربوطه برد عـاریه، ماننـد رد ودیعه میباشـد قـانون مـدنی تکرار آن را لاـزم ندانسـته و در مادهٔ «۶۴۵» میگویـد: «در رد عاریه بایـد مفاد مواد «۶۲۴» و «۶۲۶» تا «۶۳۰» رعایت شود». و چون این مختصـر گنجایش تکرار مطالب را نـدارد برای تفصیـل آن بودیعه مراجعه شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۳

فصل یازدهم

اشاره

فصل مزبور دارای دو مبحث است: مبحث اول در قرض و مبحث دوم در دین.

مبحث اول در قرض

اشاره

قرض در لغت بمعنی قطع کردن و بریـدن است چه آنکه مقرض قطعـهٔ از مال خود را جـدا میکنـد و بمقترض میدهد و در اصـطلاح چنانکه مادهٔ «۶۴۸» ق. م. میگوید:
«قرض عقدی است که بموجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را بطرف دیگر تملیك میکند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد».
چنانکه در مادهٔ بالا تصریح شـده قرض عقـدی از عقود معینه است و علاوه بر شـرائط اساسـی برای صـحت معاملـهٔ مـذکور در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. برای انعقاد عقد قرض شرائط خاصهٔ دیگری لازم است که ذیلًا بیان میگردد.

طرفین عقد

قرض ماننـد عقـود دیگر دارای دو طرف اسـت: مقرض و آن کسـی اسـت کـه قرض میدهـد و مقـترض و آن طرفی اسـت که قرض میگیرد. طرفین عقد قرض چنانکه در عقود دیگر است باید دارای اهلیت برای معامله باشـند یعنی بالغ عاقل و رشـید باشـند و الا عقد قرض باطل است، زیرا قرض دهنده در اموال خود تصرف مینماید و قرض گیرنده تعهد برد مثل مال مورد قرض میکند.

مورد قرض

اشاره

قرض عقدیست معوض و مانند عقود معوض دیگر دارای دو مورد
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۴
میباشـد که هر یـك در مقابـل دیگری قرار میگیرد. یکی از آن دو مورد مـالی است که مقرض بوسـیلهٔ عقـد آن را بمقترض تملیك میکند، و دیگری مثل آنست که مقترض تعهد مینماید آن را بمقرض رد کند.
مـورد قرض طبق شق «۳» مادهٔ «۱۹۰» و «۲۱۶» ق. م. بایـد معین بـوده و مبهم نباشـد. بنـابراین نمیتوان یکی از دو مـال را اگر چه من جمیع الجهـات مسـاوی باشـند مورد قرض قرار داد، زیرا عین غیر معین در خـارج قابـل تملیـك نمیباشـد، همچنـانی که هرگاه مورد قرض مبهم و من جمیع الجهات برای طرفین معلوم نباشد، نمیتوان نسبت بمثل آن تعهد نمود و چنین معامله‌ای غرری است.
چنانکه از مواد مربوطه معلوم میشود، مورد قرض باید دارای ارزش مبادله و مثلی باشد یعنی اشباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد، اینست که مادهٔ «۶۴۸» تصریح مینماید که: «... طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید ...».
در رد مثل فرقی نمینماید که قیمت آن مال در بازار ترقی و یا تنزل کرده باشد زیرا مورد تعهد مثلی است، و متعهد وقتی بری میشود که مورد تعهـد را ایفاء نمایـد، بنابراین متعهـد بایـد مثل مال مورد قرض را بهر قیمتی که ارزش داشـته باشـد، تهیه و بمقرض بدهـد،

اینست که مادهٔ «۶۵۰» ق. م. میگوید: «مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده است رد کند اگر چه قیمتاً ترقی یا تنزل کرده باشد». طبق ذیل مادهٔ «۶۴۸» ق. م.: «... و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد». فرض ماده در موردی است که در زمان گرفتن قرض اشباه و نظائر مورد آن در بازار تجاری فراوان باشد، ولی در موقع رد، مثل آن بجهتی از جهات یافت نشود، چنانکه مورد قرض ظروف چینی بوده که از ژاپن می‌آورند و در هر کوی و بازار فراوان و در دست رس خریداران میبود ولی در اثر پیدایش جنگ بین المللی دوم، کارخانه‌های ژاپن از کار بازماند و محصول آن بتدریج نایاب شد. در این فرض

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۵

چون در موقع قرض مال مثلی بوده و متعهد مثل آن را در ذمه گرفته است که تأدیه نماید، و روزی که باید تأدیه بشود مورد تعهد در بازار یافت نمیگردد، ناچار باید بر آن بود که قیمت آن روز در بازار معلوم شود و بمقرض تأدیه گردد، زیرا مقترض ملزم بایفاء تعهد است و تنها راه آن تأدیه قیمت خواهد بود، و بدین جهت است که هرگاه مال مورد قرض از مالیت بیفتد مقترض آخرین قیمت را بمقرض خواهد پرداخت. حکم مزبور از نظر وحدت ملاک بخوبی از مادهٔ «۳۱۲» ق. م. استنباط میگردد. مادهٔ «۳۱۲» ق. م «هرگاه مال مغصوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین الادا را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد».

در حقوق امامیه، مال قیمی مانند اسب، گوسفند و امثال آن را نیز میتوان مورد قرض قرارداد، در این صورت مقترض متعهد است قیمت زمان قبض را که زمان تملیک میباشد بمقرض بپردازد، بعضی از فقهاء قیمت زمان ادا را در نظر گرفته‌اند. قانون مدنی ایران چنانکه از مادهٔ «۶۴۸» که در تعریف قرض مورد آن را مال مثلی قرار داده، استنباط میشود، اشیاء قیمی را نمیتوان مورد قرض قرار داد. بنابراین تملیک مال قیمی و تعهد انتقال‌گیرنده برد قیمت آن، عقد مستقلی میباشد که طبق مادهٔ «۱۰» قانون مدنی الزام‌آور است، زیرا چنین معاملهٔ مخالف صریح قانون نیست.

در حقوق امامیه هر مالی که بتوان اوصاف و خصوصیات آن را (که باختلاف آنها ارزش و رغبت مردم بآن متفاوت میشود) ضبط نمود ممکن است مورد قرض قرار گیرد، خواه مثلی باشد مانند حبوبات از قبیل گندم و جو، و خواه قیمی باشد از قبیل اسب و گوسفند، و مالی که اوصاف آن را نتوان ضبط نمود مانند جواهرات، قابل برای قرض دادن نمیباشد.

مورد قرض ممکن است عین خارجی باشد، مانند یک خروار گندم موجود معین، و ممکن است کلی باشد مانند یک خروار گندم کلی با اوصاف خاصه. که بعداً مقرض از مصادیق آن کلی بمقترض بدهد. در این صورت مالکیت مقترض بوسیلهٔ قبض حاصل میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۶

بنابر مستفاد از مادهٔ «۶۴۸» ق. م. مورد قرض میتواند منفعت، عمل و طلب قرار گیرد،

اشاره

زیرا آنها مانند عین از افراد مال محسوب میگردند:

الف- مثال منفعت

کسی که بجهتی از جهات مالک منفعت مالیست و یا مالک منفعت شخصی میباشد چنانکه در اجاره اشخاص است و یا دارای حق انتفاع نسبت بمالی میباشد، مانند مورد عمری، رقبی و سکنی، میتواند برای مدت معینی آن منفعت را بدیگری قرض دهد و مقترض متعهد است که مثل آن را باورد کند، مثلًا صاحب کارخانه چوب‌بری میتواند یکصد نفر کارگر از کارخانه دیگر قرض بنماید که

بعداً مثل آن را باورد نماید و یا متصدی گاراژی، محل ده نفر مسافر از طهران بمشهد را از کاراژ دیگر قرض مینماید که مثل آن را بعداً باو بدهد.

ب- مثال عمل

کسی که تعهد بانجام عمل معینی نموده است، متعهد له او میتواند آن را بدیگری قرض دهد، مثلًا هرگاه خیاطی برای دیگری تعهد دوخت یک دست لباس طبق نمونهٔ معین نموده است، متعهد له میتواند مورد تعهد را که عمل دوخت لباس است بدیگری قرض دهد که خیاط تعهد خود را برای شخص مزبور انجام بدهد. ولی خیاط نمیتواند دوخت یک دست لباس را طبق نمونهٔ معین بدیگری قرض دهد، زیرا در حین عقد قرض، عمل خیاط، مال نمیباشد تا آن را بدیگری بتواند قرض بدهد و مادهٔ «۶۴۸» ق. م. فقط مال را قابل قرض دانسته است.

ج- مثال طلب

کسی که از دیگری طلب دارد میتواند آن را بشخص ثالث قرض دهد مثلًا کسی که از بانک ملی صد هزار ریال طلب کار میباشد میتواند آن را بدیگری قرض بدهد و مقترض، متعهد میباشد معادل آن را باو رد کند.
قرض منفعت، عمل و طلب علاوه بر آنکه مشمول مادهٔ «۶۴۸» ق. م. میباشد، طبق مادهٔ «۱۰» قانون مزبور الزام‌آور است، زیرا قانون قرض آنها را صراحتا منع ننموده است. ممکن است گفته شود: از مادهٔ «۶۴۸» ق. م. استظهار میگردد که فقط اموال مادی میتوانند مورد قرض قرار گیرند و منفعت، عمل و طلب از اموال مادی نیستند و قرض
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۷
آنان باطل خواهد بود. در پاسخ گفته میشود: بر فرض که ماده بالا ناظر بر این امر باشد، عقد مزبور طبق مادهٔ «۱۰» ق. م. قرار داد مستقلی است که نسبت بطرفین و قائم مقام آنها لازم الاتباع میباشد. فقهای امامیه قرض منفعت و عمل و طلب را باطل دانسته‌اند و بر آنند که فقط چیزی را میتوان مورد قرض قرار داد که بتواند مورد بیع قرار گیرد.

آثار و احکام عقد قرض

اشاره

قرض طبق صریح مادهٔ «۶۴۸» عقدیست تملیکی و بوسیلهٔ آن مقرض مقدار معینی از مال خود را بمقترض تملیک مینماید و مقترض در مقابل تعهد میکند که مثل آن مال را بمقرض بپردازد. و چنانچه مورد قرض کلی باشد قرض عقدیست عهدی و ملکیت بوسیلهٔ قبض حاصل میشود چنانکه شرح آن در بیع کلی گذشت.

قبض

در حقوق امامیه قبض شرط صحت عقد بشمار آمده است و بوسیلهٔ آن ملکیت برای مقترض حاصل میشود. این امر مورد اجماع فقهای امامیه و یکی از دو قول شافعی میباشد و قول دیگر شافعی بر آنست که ملکیت برای مقترض بوسیلهٔ تصرف در مال مورد قرض حاصل میشود. قانون مدنی در تأثیر قبض در عقد قرض صحبتی ننموده و بالعکس از مادهٔ «۶۴۸» ق. م.
که میگوید: «قرض عقدیست که بموجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را بطرف دیگر تملیک میکند ...» فهمیده میشود تملیک مورد قرض، بوسیله عقد حاصل می‌گردد و قبض هیچ‌گونه اثری در تملیک ندارد. نمیتوان از مفهوم مادهٔ «۶۴۹» ق. م.

که میگوید «اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقترض است» استنباط نمود که چون تلف و نقصان قبل از تسلیم بعهده مقرض است، پس تملیک بوسیلهٔ قبض حاصل میگردد، زیرا چنانکه در تلف مورد معامله قبل از قبض گذشت در معاملات تملیکی با آنکه مورد معامله بوسیلهٔ عقد بملکیت منتقل الیه در می‌آید ولی ضمان تلف و نقص آن بعهده ناقل است تا تسلیم منتقل الیه گردد، اینست که گفته میشود ضمان معاوضه بوسیلهٔ تسلیم از عهده ناقل ساقط میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۸

لزوم عقد قرض

در عقد قرض مدتی برای ایفای تعهد نیست و مقترض هر زمان میتواند تعهد خود را ایفا نماید و مثل مورد قرض را رد کند، و نیز میتواند عین مورد قرض را مانند فردی از افراد مثلی بمقترض بدهد. و همچنین هر زمان مقرض میتواند ایفاء تعهد را از مقترض بخواهد و مثل مورد قرض را مطالبه نماید. از این جهت فقهای امامیه در بسیاری از عبارات خود آن را جایز نامیده‌اند و الا عقد قرض جایز بمعنی اصطلاحی نیست، بطوری که هر یک بتواند آن را هر زمان فسخ بنماید و مورد قرض را در صورتی که موجود باشد مسترد دارد، و چنانچه تلف شده باشد بدل جانشین آن گردد و هرگاه معیوب شده باشد علاوه بر رد آن، ارش داده شود چنانکه در فسخ عقود لازمه است. بنابراین قرض عقدی است لازم و هیچیک از طرفین بدون علت قانونی نمیتواند آن را فسخ بنماید، مثلا مقرض نمیتواند آن را بهم زده و عین مال مورد قرض را بخواهد اگر چه بلافاصله پس از انعقاد عقد و قبل از تسلیم آن بمقترض باشد، زیرا طبق صریح مادهٔ «۶۴۸» ق. م. ملکیت مقترض نسبت مورد قرض بوسیلهٔ عقد حاصل میگردد. و همچنین مقترض نمیتواند عقد را بر هم زده و مورد قرض را که نزد او معیب شده رد کند.

طرفین عقد میتوانند بتراضی قرض را اقاله نمایند و یا بیکی از جهات قانونی چنانکه در فصل خیارات مذکور است آن را فسخ کنند و عین مورد قرض را مسترد دارد اگر چه طرف او موافقت ننماید.

شیخ بر آنست که چنانچه مقرض پس از قبض قرض را بر هم زند میتواند عین مورد قرض را مسترد دارد اگر چه مقترض موافقت نکند و استدلال مینماید که:

اولًا- قرض بالاتر از هبه نیست لذا همانگونه که واهب در هبه رجوع کند، عین مال موهوب را مسترد میدارد، در صورتی که مقرض قرض را بر هم زند میتواند عین مال مورد قرض را مسترد دارد.

ثانیاً- اجماعی است که قرض از عقود جایزه است و منظور از جواز عقد قابلیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۱۹۹

فسخ آن و رجوع بآنچه بوسیلهٔ عقد انتقال یافته میباشد و تأدیه بدل در صورتیست که عین مال از ید مقترض خارج شده باشد.

ثالثاً- چنانچه مقرض بتواند مطالبه مثل از مقترض بنماید بطریق اولی میتواند عین مال را چنانچه موجود باشد از او بخواهد.

قول مشهور بر خلاف گفتار شیخ بر آن است که مقرض نمیتواند عین مال مورد قرض را بخواهد بکله مثل آن را مطالبه میکند و چنین استدلال مینمایند که فایدهٔ ملکیت تسلط بر مملوک است و پس از تحقق قرض مال مورد قرض بملکیت مقترض در می‌آید و در مقابل بدل آن در ذمهٔ او مستقر میگردد، و اصل عدم خروج عین است از ملکیت مگر برضای مالک آن، و قیاس قرض بهبه قیاس مع الفارق است، زیرا قرض از عقود معوضه و هبه از عقود غیر معوضه میباشد و اجماعی که در معنی جواز شده است شامل مورد قرض نمیباشد و چنانکه شرح آن بیان گردید استعمال جائز در مورد قرض بمعنی مصطلح آن نیست بلکه مقصود آنست که مدتی برای قرض نیست و هر زمان مقرض میتواند ایفاء تعهد را بخواهد و همچنین مقترض هر زمان میتواند مثل آنچه را گرفته رد کند.

چنانکه از ماده «۶۴۸» ق. م. ظاهر میگردد قانون مدنی پیروی از قول مشهور نموده است.

شروط ضمن عقد قرض- قول مشهور نزد فقهای امامیه بر آن است که قرار دادن مدت ضمن عقد قرض الزام‌آور نیست، و مانع از مطالبهٔ مقرض نمیگردد و هر زمان مقرض میتواند ایفاء تعهد را بخواهد همچنانکه مقترض نیز میتواند تعهد خود را انجام دهد. تنها اثری که میتوان مترتب بر تعیین مدت دانست آنست که پس از انقضاء مدت مقترض باید مورد تعهد را ایفاء نماید و مانند آن است که مقرض ایفاء تعهد را خواسته است. بر الزام‌آور نبودن مدت ضمن عقد قرض نیز دعوی اجماع بعمل آمده است.

مبنای قول مشهور روایاتی است که از آنها فهمیده میشود مقرض میتواند هر زمان ایفاء تعهد را مطالبه نماید اگر چه مدت در آن قرار داده شده باشد. بنظر میرسد که این امر اقتضاء دارد، هرگاه مدت برای قرض در عقد لازم دیگری نیز شرط شود الزام‌آور

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۰

نباشد و حال آنکه بالعکس مشهور نزد اصحاب لزوم چنین شرطی است. بدین جهت مادهٔ «۶۵۱» ق. م. میگوید: «اگر برای اداء قرض بوجه ملزمی اجلی معین شده باشد مقرض نمیتواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند». بعضی از فقها علت الزام‌آور نبودن مدت را ضمن عقد قرض چنین بیان نموده‌اند که چون هر زمان مقرض میتواند طلب خود را بخواهد و این امر عقد قرض را در حکم عقد جائز قرار میدهد، شرط ضمن آن در حکم شرط ضمن عقد جایز میباشد.

اما شروط دیگر غیر از شرط مدت از انواع شرط فعل و نتیجه چنانچه ضمن عقد قرض قرار داده بشود بنظر میرسد که آن شروط الزام‌آور خواهد بود و مشروط علیه باید طبق آن رفتار کند زیرا چنانکه گذشت عقد قرض، لازم است و شرط ضمن عقد لازم الزام‌آور میباشد و استثناء این امر در مورد شرط مدت، باعتبار روایاتی مورد عمل مشهور قرار نگرفته است. مثلًا ضمن عقد قرض میتوان شرط نمود که مقرض برای دین ناشی از قرض ضامن بدهد و یا عین معینی از اموال او در رهن مقرض قرار گیرد.

در کتاب مسالک احتمال داده شده است که شروط ضمن عقد قرض الزام‌آور است و شرط مدت در عقد قرض را نیز واجب الوفا میداند.

چنانکه از فحوای مادهٔ «۶۵۳» ق. م. که میگوید: «مقترض میتواند بوجه ملزمی بمقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمهٔ او باقی است مقدار معینی از دارائی مدیون را در هر ماه یا در هر سال مجاناً بخود منتقل نماید» فهمیده میشود قانون هیچگونه شرطی را ضمن عقد قرض الزام‌آور نمیداند و الا بعبارت (بوجه ملزمی) تعبیر نمینمود.

تلف و نقص مورد قرض

چنانکه در تعهدات گذشته یکی از موارد سقوط تعهدات در عقد تملیکی معوض، تلف عین مورد معامله قبل از قبض میباشد زیرا در عقد معوض تملیك و تسلیم هر یك از عوضین علت تملیك و تسلیم عوض دیگر است و چون یکی از آن دو قبل از تسلیم تلف شود کشف میگردد که قدرت بر تسلیم موجود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۱

نبوده و عقد مزبور باطل میباشد. و چنانکه مال مزبور قبل از تسلیم ناقص گردد آن نقص نیز بعهدهٔ ناقل است و منتقل الیه میتواند عقد را فسخ نماید. عقد قرض یکی از عقود تملیکی معوض است و تلف مورد آن قبل از تسلیم کشف از بطلان عقد قرض مینماید و چنانچه مورد قرض قبل از تسلیم ناقص و یا معیوب شود مقترض میتواند عقد قرض را فسخ و یا قبول نموده و مثل آنچه دریافت داشته مسترد نماید.

در صورتی که مال مورد قرض پس از تسلیم بمقترض تلف و یا ناقص شود زیان متوجه مقترض میباشد و باید مثل آنچه را دریافت داشته بمقرض مسترد دارد زیرا چنانکه در بالا گفته شد ضمان مال مورد انتقال تا قبل از تسلیم بعهدهٔ ناقل است و بوسیلهٔ تسلیم،

ضمان بعهده مقترض منتقل میشود و طبق قاعده کلی تلف مال بزیان مالک آن است.

تکالیف مقترض

اشاره

۱- مقترض باید هر زمان مقرض طلب خود را مطالبه مینماید آن را رد کند، مگر آنکه بوجه ملزمی اجلی معین شده باشد که در این صورت مطالبهٔ قبل از سررسید، مدیون را ملزم بپرداخت نمیکند. و در صورتی که مال مورد قرض باقی باشد مقرض نمیتواند همان را بخواهد زیرا آن مال پس از تملیک در ردیف اموال دیگر مقترض در می‌آید ولی مقترض میتواند آن را مانند فرد کلی از اموال خود در مقام ایفاء دین تأدیه نماید.

۲- مقترض باید چنانکه مادهٔ «۶۴۸» ق. م. میگوید: «... مثل آنچه را که باو تملیک شده است از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید» و هرگاه از فرد اعلای آن بدهد مقترض میتواند رد کند زیرا این امر منتی است که مقترض میگذارد و او نمیخواهد آن را قبول نماید، همچنانی که مقترض نمیتواند از افراد پست آن کلی و یا از غیر جنس و یا وصف بدهد مگر او موافقت کند. در صورت تعذر مثل، هرگاه در زمان قرض مثل آن شایع و فراوان بوده ولی هنگامی که مقترض میخواهد دین خود را ادا کند از آن در بازار یافت نمیشود، مقترض چنانکه ذیل مادهٔ «۶۴۸» ق. م. میگوید: «... و در صورت تعذر رد مثل قیمت یوم الرد را بدهد» باید قیمت روزی که آن را میدهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۲

تأدیه کند زیرا ذمهٔ مقترض تا زمان ادا مشغول بمثل بوده است و چون میخواهد تعهد خود را ایفاء نماید مثل یافت نمیشود و ناچار بدادن قیمت آنچه در ذمه او است میگردد بدین جهت تاریخ یوم الرد ملاک ایفاء دین میباشد. مادهٔ «۳۱۲» ق. م. فرض مزبور را در مورد غصب پیش‌بینی نموده است.

۳- در صورتی که مقرض طلب خود را مطالبه نماید و مقترض آن را تأدیه نکند، مقرض میتواند طبق مادهٔ «۶۵۲» ق. م. بحاکم رجوع بنماید و حاکم او را اجبار بانجام تعهد میکند. و در صورتی که مقترض از دادگاه درخواست مهلت عادله یا اقساط بنماید، حاکم پس از رسیدگی باین امر با توجه بوضعیت مالی مقترض، مهلت عادله یا اقساطی قرار میدهد که آن را پرداخت کند. اگر چه دائن با دادن مهلت و قرار اقساط موافقت نداشته باشد. (مادهٔ «۲۷۷» ق. م. نیز حاکی از این امر است).

تبصره

مادهٔ «۶۵۳» ق. م. میگوید: «مقترض میتواند بودجه ملزمی بمقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارائی مدیون را در هر ماه یا در هر سال مجاناً بخود منتقل نماید».

شرح مادهٔ بالا محتاج بذکر مقدمه است: در حقوق اسلام رباخواری حرام است و بدین جهت شرط رد بیش از آنچه قرض نموده صحیح نمیباشد. فرقی نمینماید که آن زیاده عینی باشد یا وصفی، از جنس مورد قرض باشد یا از جنس دیگر، عین باشد یا منفعت و یا عمل. اینگونه ربا را ربای قرض گویند. ربا خواران برای فرار از مقررات دین اسلام که برای جلوگیری از زیان اجتماع وضع شده حیله‌هائی اندیشیده‌اند، بعضی از حیل قانونی اگر چه از نظر حقوقی اشکالی در بر ندارد و بقالب و صورت معاملات مشروع میتواند درآید، ولی پلیدی و زشتی امر را از نظر اجتماعی و اخلاقی نمیتوان دور داشت و مصالحی که قانون حفظش را در نظر داشته زیرا پا گذاشت و بر خلاف منظور قانون‌گذار عمل کرد. یکی از حیلی که معمول میباشد آن است که مقترض مبلغی را که بعنوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۳

سود در نظر گرفته شده بمقرض مصالحه مینماید و نوعاً مصالحهٔ مزبوره محاباتی میباشد.
قانون مدنی حیله دیگری اندیشیده و ربا خواران را بآن راهنمائی کرده و آن بدین نحو است که مقترض بوجه ملزمی بمقرض طلبکار وکالت دهد، مادام که قرض بعهدهٔ او باقی است مقدار معینی از اموال مقترض را هر ماه مجاناً بخود تملیک نماید، فرقی نمینماید که تملیک بصورت صلح باشد یا هبه یا معامله دیگری.
از نظر تحلیل حقوقی، عقد قرض بطور عادی واقع میشود و ضمن عقد خارج لازمی، مقرض وکالت بلاعزل بطلبکار میدهد که مقدار معینی در یک‌دفعه یا دفعات از مال او بخود تملیک کند. جهت وداعی در عقد وکالت اگر چه استفاده از سود است و نامشروع بودن جهت معامله چنانکه گذشت تأثیری در عقد ندارد و آن را باطل نمیگرداند، احتمال داده شده که حیلهٔ مزبور نمیتواند ربا را مستور دارد و عمل را صحیح گرداند، زیرا وکالت استنابهٔ در تصرف است که وکیل بنمایندگی موکل آن را انجام میدهد و مانند آن است که موکل مورد وکالت را خود انجام دهد بنابراین، نتیجهٔ فرض بالا آن است که مقترض تعهد می‌نماید مبلغی را مجاناً مادامی‌که دین باقی است هر ماه بمقرض تملیک کند، و این امر در حقیقت جز تعهد بپرداخت ربح چیز دیگری نیست (حیله قانونی در قصد و رضا در مبحث تعهدات گذشت مراجعه شود).
قانون مدنی حیله مزبور را برای پرداخت ربح در موقع تصویب قانون مدنی اندیشید، که تا آن زمان در ادوار قانون‌گذاری، هیچ قانونی در ایران ربح را تجویز ننموده بود، ولی بعداً که در قوانین عدیده، مانند قانون ثبت اسناد و املاک، قانون تسریع محاکمات و قانون آئین دادرسی مدنی صریحاً تعهد بپرداخت سود را بنام خسارت تاخیر تأدیه اجازه داده است، شرط ربا در ضمن عقد قرض صحیح میباشد و رباخواران دیگر احتیاجی بحیل قانونی ندارند مگر آنکه بخواهند مقصود خود را برای عوام‌فریبی پنهان دارند.

خاتمه ۱

اشاره

قانون مدنی ایران در قرض نظریه خاصی را ابتکار نموده و از هیچ‌یک از حقوق
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۴
رومی و حقوق امامیه پیروی نکرده است. برای روشن شدن این امر باید متذکر بود که در حقوق رومی عقود بر دو دسته میباشند یکی Le Contrat consensuel و دیگری Le Contrat reel که اولی را قرارداد بتراضی و دومی را قرارداد حقیقی ترجمه مینمایم:

قرارداد بتراضی-

و آن قرار دادی است که رابطه حقوقی بواسطه توافق طرفین بوجود می‌آید بدون آنکه احتیاج بامر دیگری داشته باشد مانند بیع که بوسیلهٔ ایجاب و قبول پیدایش می‌یابد و همچنین است معاملات تجاری مانند اجاره، وکالت شرکت و امثال آن.

قرارداد حقیقی-

و آن قراردادی است که رابطه حقوقی بوسیلهٔ قبض و اقباض حاصل میشود و بایجاب و قبول لفظی احتیاج ندارد مانند عاریه، قرض، رهن منقول.
در موارد مزبور ایجاب و قبولی که معمولا قبل از قبض بین طرفین بوجود می‌آید ایجاد تملیک نمیکند و صرفاً وعدهٔ بتملیک است. La promesse. بنابراین تاجری که با بانک مذاکره مینماید و توافق میشود که بانک برای او مبلغ معینی اعتبار باز کند و اعتبار

هم باز میشود، این امر وعده محسوب میگردد و با گرفتن پول از بانک قرض تحقق پیدا میکند.

پیدایش قرارداد بتراضی که بدون هیچ‌گونه تشریفات صوری ایجاد رابطهٔ حقوقی مینماید بزرگترین لطمهٔ بوده که بقاعده قدیمی حقوق رومی که عقد مجرد را موجد تعهد نمیداند، وارد آورده است. Nuda pactio obligationam non parit.

قرض در حقوق رومی که قانون مدنی فرانسه از آن پیروی نموده یکی از قراردادهای حقیقی است که بوسیلهٔ قبض محقق میگردد، و در حقوق امامیه قرض بوسیلهٔ سه امر (ایجاب، قبول و قبض) حاصل میشود و در حقیقت قبض جزء اخیر علت تامه میباشد و بحصول آن مقترض مدیون و متعهد بپرداخت مثل آن بمقرض میگردد. ایجاب و قبول احتیاج بلفظ ندارد ممکن است بوسیلهٔ فعل تحقق پیدا کند، چنانکه کسی با رفیق خود بخیابان برود، در موقع خرید پیراهن پول کسر داشته باشد، و رفیقش باو پول بدهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۵

و او هم آن را بگیرد بدون آنکه صحبتی در میان آن دو قبلًا شده باشد. در این صورت قبض و اقباض علاوه بر جنبهٔ حقیقی خود کاشف از قصد و رضای طرفین است.

چنانکه از ظاهر مادهٔ «۶۴۸» ق. م. معلوم میشود قانون مدنی ایران در مورد قرض از هیچ‌یک از دو حقوق بالا پیروی ننموده و بر آن است که در قرض مانند بیع، ملکیت بوسیلهٔ عقد حاصل میگردد. تصور میرود که مادهٔ «۶۴۸» قانون مدنی ایران از حیث عبارت و مضمون با توجه بدو ماده قانون مدنی فرانسه تنظیم گردیده، و اتخاذ تئوری نوین در اثر اشتباه در ترجمه حاصل شده و قانون‌گذار ایران مقصودی در تغییر مبنای حقوقی قرض نداشته است.

مبحث دوم در دین

اشاره

دین جنبهٔ منفی تعهد است که قائم بمدیون و متعهد باشد، همچنانکه طلب جنبه مثبت آن و قائم بدائن است و در این امر هیچ‌گونه نظری بسبب پیدایش آن نیست و فرقی نمینماید که دین حاصل از عقد باشد یا از شبه عقد یا از جرم حاصل شده باشد یا از شبه آن و یا آنکه بوسیلهٔ قانون بوجود آمده باشد. قانون مدنی بسیاری از مسائل مربوط بدین را در مبحث تعهدات و سقوط آن بیان نموده که شرح آنها گذشت.

فقهاء امامیه در مؤلفات خود در کتاب قرض مسائلی چند تحت عنوان دین مورد بحث قرار میدهند که مهمترین آنها در این مختصر بیان میشود.

قبلًا باید متذکر بود که از نظر تحلیلی، تعهد رابطه‌ای بین متعهد (مدیون) و متعهد له (دائن) بوجود می‌آورد که بمتعهد له حق میدهد مورد تعهد را از متعهد مطالبه بنماید.

این حق شخصی است و مستقیماً در مقابل مدیون میباشد، بخلاف حق عینی که بر مال تعلق میگیرد و در مقابل تمامی افراد است ولی باید متذکر بود که حق شخصی مزبور و یا باصطلاح حقوقی، حق دینی بی‌رابطه با اموال خارجی مدیون نمیباشد و شعاعی بسیار

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۶

رقیق و غیر مرئی نسبت باموال مدیون دارد، و بدین جهت در مواردی که شخصیت اقتصادی مدیون محو میگردد مانند مورد فوت و یا ضعیف میشود مانند مورد ورشکستگی، آن شعاع غلیظ شده و حق وثیقه که یکی از اقسام حقوق عینی است نسبت بدارائی مدیون ایجاد میگردد. این تحول از خصایص حق مالی است و در حق غیر مالی مانند ولایت، زوجیت و امثال آن یافت نمیشود.

در موارد زیر حق دینی به حق عینی تبدیل میشود:

۱- فوت مدیون-

کسی که میمیرد شخصیت حقوقی او محو و معدوم میگردد و اموال او قهراً بورثه‌اش منتقل میشود همچنانی که دیونش بترکه تعلق میگیرد و بعهدهٔ ورثه منتقل میشود، زیرا شخصیت حقوقی ورثه ادامه شخصیت حقوقی مورث نمیباشد و شخصیت حقوقی مورث ضمیمه شخصیت حقوقی ورثه نیز نمیشود. بدین جهت است هرگاه متوفی هیچگونه دارائی نداشته باشد، ورثه مسئولیت قانونی در مقابل طلبکاران او ندارند، اینست که مادهٔ «۲۲۵» قانون امور حسبی میگوید: «دیون و حقوقی که بعهدهٔ متوفی است ... باید از ترکه داده شود». و مادهٔ «۲۲۶» ق امور حسبی میگوید: «ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند ...»، و چون ترکه در اثر فوت بورثه منتقل میشود، طبق مادهٔ «۸۶۸» ق. م.: «مالکیت ورثه نسبت بترکه متوفی مستقر نمیشود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که بترکه میت تعلق گرفته است».

بنابراین میتوان گفت در اثر فوت ترکهٔ متوفی وثیقه دیون طلبکاران او میگردد و بدین جهت است که مادهٔ «۸۷۱» ق. م. میگوید: «هرگاه ورثه نسبت باعیان ترکه معاملاتی نمایند مادام که دیون متوفی تأدیهٔ نشده است معاملات مزبوره نافذ نبوده و دیان میتوانند آن را بر هم زنند». و مادهٔ «۲۲۹» قانون امور حسبی میگوید: «تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازهٔ بستانکاران یا اداء دیون».

از نظر تحلیلی وضعیت حقوقی ورثه نسبت بترکه مانند وضعیت حقوقی راهن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۷

نسبت بعین مرهونه میباشد که با تأدیه دیون متوفی ترکه از وثیقه خارج شده و ورثه هرگونه تصرفی میتوانند در آن بنمایند. بدین جهت است که مادهٔ «۶۰۶» ق. م. میگوید:

«هرگاه ترکه میت قبل از اداء دیون او، تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که برمیت دینی بوده است طلبکار باید بهر یک از وراث بنسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراث معسر شده باشد طلبکار میتواند برای سهم معسر یا معسرین نیز بوراث دیگر رجوع نماید». (شرح مادهٔ مزبور در شرکت بیان گردیده بآن مراجعه شود).

۲- مفلس-

مفلس کسی است که ممنوع از تصرف در اموال خود میباشد از نظر آنکه دارائی او کفاف پرداخت دیون او را نمیدهد. قانون ایران اکنون چنین کسی را هرگاه تاجر نباشد ممنوع از تصرف نمینماید، ولی در قانون تسریع محاکمات و اعسار، مفلس محجور شناخته میشده است. مقررات مزبور بوسیلهٔ قانون آئین دادرسی مدنی نسخ گردید و بکسی که قدرت بر اداء دین خود ندارد معسر گویند، اگر چه دارائی او کفاف اداء دیونش را ننماید. در قانون تجارت، ورشکستگی که تفلیس تاجر است موجود میباشد و کسی که ورشکسته میشود از تاریخ ورشکستگی ممنوع از تصرف در اموال خود میگردد و حق طلبکاران باموال او تعلق خواهد گرفت و بجز مستثنیات دین از قبیل خانه، لباس، آلات و ادوات صنعتی و حرفهٔ، بقیهٔ دارائی ورشکسته بفروش رفته بین طلبکاران او تقسیم میشود (مادهٔ «۴۱۲» قانون تجارت ببعد).

۳- بازداشت اموال-

در صورتی که مدیون دین خود را نپرداخته بنا بدرخواست طلبکاران از مقامات صالحه و پس از طی کردن جریان قانونی، قرار

تأمين و يا برگ اجرائی صادر میشود و از اموال مديون در حدود طلب بستانكار بازداشت ميگردد.
بازداشت قانونی ايجاد حق عينی نسبت بمال بازداشت شده مينمايد و معاملات مديون نسبت بآن نافذ نيست، اين است كه مادهٔ «۲۶۴» ق. م. آئين دادرسی مدنی در مبحث تأمين خواسته ميگويد: «هر گونه نقل و انتقال نسبت بعين اعم از منقول يا غير منقول و منافع (در صورتی كه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۸

منافع توقيف شده باشد) ممنوع است و ترتيب اثر بر انتقال مزبور مادام كه توقيف باقی است داده نخواهد شد مگر در صورت اجازهٔ كسی كه آن مال يا منافع برای حفظ حق او توقيف شده است». و مادهٔ «۲۶۹» قانون آئين دادرسی مدنی ميگويد:
«درخواست‌كننده تأمين در استيفاء طلبش از مال مورد تأمين بر ساير طلبكاران حق تقدم دارد».

۴- معامله بقصد فرار از دين-

طبق مادهٔ «۲۱۸» ق. م. «هرگاه معلوم شود كه معامله بقصد فرار از دين واقع شده آن معامله نافذ نيست». (شرح آن در جهت معامله در جلد اول گذشت بآن مراجعه شود).

فرع

طبق مادهٔ «۲۳۱» قانون امور حسبی: «ديون مؤجل متوفی بعد از فوت حال ميشود». در اثر فوت چنانكه گذشت ديون متوفی كه تا آن زمان بصورت حق دينی بوده بحق عينی تبديل شده و بدارائی او تعلق ميگيرد، خواه موعد پرداخت آن رسيده باشد و يا آنكه موعد آن نرسيده باشد و طلبكاران او ميتوانند از تركه استيفاء حق خود را بنمايند. علت حال شدن ديون مؤجل متوفی در اثر فوت آنست كه طبق مادهٔ «۸۶۸» ق. م. «مالكيت ورثه نسبت بتركه متوفی مستقر نميشود مگر پس از اداء حقوق و ديونی كه بر تركهٔ ميت تعلق گرفته». و بدستور مادهٔ «۸۶۹» ق. م. آن حقوق و ديون بايد قبل از تقسيم تركه بين ورثه او، اداء شود. و چنانچه ديون مؤجل متوفی در اثر فوت حال نشود، ورثه نميتواند تركه را تا موعد پرداخت ديون مزبور متوفی تقسيم كند، و الزام ببقاء شركت بدون ارادهٔ شركاء، ضرر محسوب ميگردد، و برای جلوگيری از آن بايد ديون متوفی را از هر سببی كه حاصل شده باشد از قبيل قرض يا معاملهٔ ديگر، هرگاه مؤجل باشد حال دانست، بنابراين در صورتی كه مهر زوجه دين مؤجل بر ذمه زوج باشد بفوت او حال ميگردد، بر خلاف مورد طلاق كه مهر در موعد خود بايد پرداخت شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۰۹

در صورتی كه طلبكار بميرد، مطالبات مؤجل او بحال خود باقی خواهد ماند و ورثه بايد منتظر بمانند تا زمان تأديهٔ آن برسد، زيرا موجبی كه برای حال شدن دين مؤجل متوفی موجود است در طلب مؤجل او يافت نميشود.

تبصره ۱

طبق مادهٔ «۴۲۱» قانون تجارت همين‌كه حكم ورشكستگی صادر شد قروض مؤجل با رعايت تخفيفات مقتضيه نسبت بمدت، بقروض حال مبدل ميشود. بنابراين چون تاجر ورشكست شود در اثر حكم ورشكستگی تمام ديون مؤجلی كه تاجر دارد حال ميشود.
و نظر بوضعيت تجاری و باعتبار مدتی كه ديون حال ميگردد، رعايت تخفيف لازم ميباشد باصطلاح از طلبهای مؤجل بنسبت مدت بايد تنزيل كم شود، زيرا مدت در دين و طلب دارای ارزش است. تخفيف مزبور با وضعيت ربح در معاملات تجاری سنجيده

میشود.

از نظر وحدت ملاک میتوان مفاد مادهٔ «۴۲۱» قانون تجارت را در دیون مؤجل متوفای غیر تاجر که در اثر فوت او حال شده جاری نمود، چنانکه در دیون مؤجل ورشکسته است، و تخفیفات مقتضیه را نسبت بمدتی که دیون حال شده است منظور کرد.

تبصره ۲

در حقوق امامیه دیون مؤجل مفلس حال نمیگردد، زیرا آنچه موجب حال شدن دیون مؤجل متوفی میباشد معدوم شدن شخصیت حقوقی مدیون و تعلق کامل دیون او برتر که میباشد، بخلاف مورد مفلس که در اثر حکم تفلیس شخصیت حقوقی او زائل نمیگردد و از نظر حقوقی مدیون شناخته میشود، و چون دارائی او کفاف تأدیهٔ دیون او را نمیدهد و طلبکارانی که طلب آنان حال شده است مطالبهٔ حق خود را مینمایند، دارائی او بازداشت شده و پس از فروش بین آن طلبکاران تقسیم میشود و طلبکارانی که موعد پرداخت طلب آنان نرسیده از مفلس طلبکارند و پس از استطاعت، بدهی خود را خواهد پرداخت.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۰

فصل دوازدهم در قمار و گروبندی

۱- قمار عبارت از قراردادی است بین دو یا چند نفر که بازی مخصوصی بنمایند

و هر یک از آنها که برنده شد دیگران مال معینی را باو بدهند. فائق آمدن در بازی قمار کم و بیش بستگی بمهارت و چابکی و نقشه‌کشی برنده دارد، و در بسیاری از موارد تصادف و اتفاق کمک شایانی باو مینماید. در بازیهائی که مبتنی بر تصادف و اتفاق است مانند رولت و باکارا نقشه‌کشی نیز تأثیر بسزائی دارد و بالعکس در بازیهائی که مبتنی بر مهارت و بر چابکی است، تصادف و اتفاق نقش مهمی را بازی مینماید چنانکه ممکن است قمار باز ماهری در بازی مال سرشاری را از دست بدهد.

۲- گروبندی قراردادی است بین دو طرف که یکی امر معینی را اثبات و دیگری نفی مینماید

و تعهد میکنند که هر یک درست گفته باشد مال معینی را دیگری باو بدهد.

استفاده از راه گروبندی و قمار ایجاد انحطاط اخلاقی فردی و اجتماعی مینماید و امید بدست آوردن سود از اینگونه اعمال مردم را از کارهای تولیدی بازمی‌دارد و کسانی که در این راه قدم میگذارند عموماً دچار لغزش شده و دارائی خود را بتدریج یا یکجا از دست میدهند، و در مواردی منتهی بخود کشی بازنده میشود.

از نظر تحلیلی، قمار و گروبندی در ردیف معاملاتی که مبتنی بر اصول تجاری و نظم اجتماعی است قرار نگرفته. موجب بطلان تعهد ناشی از آن دو، نامشروع بودن علت است که نمیتواند دین مدنی ایجاد نماید، اینست که مادهٔ «۶۵۴» ق. م. میگوید:

«قمار و گروبندی باطل و دعاوی راجعه بآن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیهٔ تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است».

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۱

بنابراین در صورتی که کسی در قمار ببازد و بابت بدهی خود سند ببرنده بدهد و آن سند در دادگاه ابراز و مورد تعهد مطالبه شود، خوانده میتواند باستناد مادهٔ بالا دفاع کرده و بوسیلهٔ گواهان ثابت نماید که تعهد مزبور ناشی از قمار میباشد و دعوی نسبت بآن مسموع نیست.

از نظر منافع اجتماعی طبق مادهٔ «۶۵۵» ق. م.: «در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیربازی گروبندی جائز و مفاد مادهٔ قبل در مورد آنها رعایت نمیشود». میتوان از نظر وحدت ملاک، گروبندی در موارد دیگر از قبیل شنا و کورس اتومبیل و دوچرخه و امثال آن را که منافع اجتماعی مشابه در بردارنـد مشروع دانست. مادهٔ بالا اگر چه انحصار بجواز گروبندی در امور معینه را دارد و نحوهٔ بیـان هم ایجـاب چنین امری را میکنـد، ولی بـا انـدکی تسامـح در اسـتنباط: میتوان گروبنـدی در موارد مشـابه را نیز صحیح دانست.

چنانکه از نحوهٔ بیان عبارت (همین حکم در مورد کلیه تعهـداتی که از معاملات نامشروع تولیـد شده باشد جاری است) مادهٔ «۶۵۴» ق. م. پس از ذکر حکم بطلان تعهـد ناشـی از قمار و گروبنـدی معلوم میشود، منظور ماده از معاملات نامشـروع، معاملاتی است که علت آن نامشروع باشد (شرح این امر در مشروعیت جهت معامله در فصل تعهدات در جلد اول گذشت).

۳- لوتری یا بخت‌آزمائی

اشاره

بخت‌آزمائی قراردادی است که در نتیجه آن عـده‌ای از افراد باحتمال بـدست آوردن مال معینی از راه تصادف و اتفاق، هر یک مال معینی میپردازد.

فرق مهم بین قمار و بخت‌آزمائی:

الف- در بخت‌آزمائی هیچ امری جز صدفه و اتفاق که در نتیجه قرعه‌کشی بعمل می‌آید، در بدست آوردن نتیجه تأثیری ندارد.

بر خلاف قمار که مهارت و نقشه‌کشی در آن سهم بسزائی دارد.

ب- بخت‌آزمائی بین دو نفر محقق نمیشود و باید عدهٔ زیادی در آن شرکت نمایند

بر خلاف قمار که بین دو یا چند نفر میتواند واقع گردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۲

بخت‌آزمائی ممکن است در مقام معاملهٔ معوض انجام گیرد چنانکه کسـی خانه خود را بجای آنکه بفروشد ببخت‌آزمائی می‌گذارد و بلیطهائی منتشـر میکنـد. پس از فروش بلیطها بین خریـداران قرعه‌کشـی بعمل می‌آورد و بهر کس قرعه اصابت نمود خانه از آن او میباشد.

بخت‌آزمـائی گـاه بنفع امور خیریه انجام میشود،ماننـد بخت‌آزمائی سازمان شاهنشاهی و گاه دیگر بمنفعت بنگاه و مؤسـسه خاصـی مانند اسب‌دوانی و امثال آن.

از نظر حقوقی بخت‌آزمائی معامله غرری و باطل میباشد، زیرا یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله آنست که هر یک از طرفین بداننـد چه چیز میدهـد و یا چه چیز میگیرد و چنانچه عقـد معوض است بدانـد در عوض آنچه میدهـد چه بدست خواهد آورد و در بخت‌آزمائی این امر مجهول است. در بخت‌آزمائی شـرکت کننـدگان باحتمال رسیـدن بمال معین بلیطهائی خریداری مینمایند و این عمل را نمیتوان به هیچ حیله قانونی صـحیح دانست، زیرا قصد خریداران ملاک تشـخیص معامله است. و بدین جهت انتشار بلیطهای بخت‌آزمـائی بمنظور امور خیریه و سازمانهای اجتماعی فقط طبق قانون مخصوصـی با کسب اجازه از مقامات رسـمی ممکن خواهد بود.

ممکن است مؤسـسه‌ای برای پیش رفت کـار خود در جلب مشتریـان بین آنـان قرعه‌کشـی بنمایـد و مـال معینی را بهر کس که قرعه

بنامش اصابت نمود بپردازد، چنانکه بانک ملی ایران مبلغی را اختصاص بصاحبان حساب جاری در صندوق پس‌انداز میدهد و بین آنان قرعه‌کشی مینماید. بنظر میرسد که این امر خارج از اصول بخت‌آزمائی مذکور در بالا است و صحیح میباشد، زیرا صاحبان حساب برای صرفه‌جوئی مال خود را بصندوق پس‌انداز میسپارند و چیزی اضافی برای رسیدن بنفع احتمالی که در نتیجه قرعه‌کشی بدست می‌آید نمیپردازند. بانک ملی پس از قرعه‌کشی و اصابت قرعه آنچه بکسی که قرعه بنام او اصابت کرده میدهد، تملیک مجانی است و در حقیقت هبه نموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۳

فصل سیزدهم در وکالت

مبحث اول در کلیات

اشاره

وکالت مصدر و بمعنی تفویض کردن و واگذار نمودن میباشد و در اصطلاح چنانکه مادهٔ «۶۵۶» قانون مدنی میگوید: «وکالت عقدی است که بموجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود مینماید». در نتیجهٔ عقد وکالت وکیل بجای موکل امر مورد وکالت را انجام میدهد و از نظر حقوقی مانند آن است که موکل خود آن امر را انجام داده باشد. در این امر فرقی نمینماید که انجام امر بنام موکل باشد، چنانکه وکیل، در موقع خرید مال بفروشنده اعلام دارد که برای دیگری مال را میخرد و یا آنکه سمت خود را پنهان دارد و چنان وانمود کند که برای خود خرید را انجام میدهد چنانکه وکیل در موقع خرید مال تظاهر نماید که معامله برای خود اوست و یا صریحاً اعلام دارد که برای خود معامله می‌کند، زیرا آنچه موجب تحقق معامله بعنوان وکالت است قصد وکیل میباشد و آن در هر دو فرض بالا موجود است، بر خلاف آنکه معامل قصد نماید که معامله برای خود او است. و چنانچه قصد معامل معلوم نباشد ظاهر در آنست که معامله برای خود معامل است مگر آنکه خلافش ثابت گردد، اینست که مادهٔ «۱۹۶» ق. م میگوید: «کسی که معامله میکند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود ...» قصد معامل در تحقق عقد برای او، وقتی مؤثر است که مورد معامله عین خارجی متعلق بغیر نباشد و الا چنانکه مادهٔ «۱۹۷» ق. م. میگوید: «در صورتی که ثمن یا مثمن معامله عین متعلق بغیر باشد، آن معامله برای صاحب عین خواهد بود» زیرا مقتضای معاوضه آن است

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۴

که عوض بملکیت کسی داخل میشود که معوض یا عین خارجی از ملکیت او خارج شده است. بنابراین چنانکه غاصب و یا سارقی مال دیگری را بفروشد، اگر چه غاصب و سارق قصد وقوع معامله را برای خود نموده است، معامله بطور فضولی برای مالک آن واقع میشود و در صورتی که آن را اجازه دهد ثمن بملکیت او داخل میگردد.

وکالت یکی از عقود معینه است و علاوه بر شرایط اساسی مذکور در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. دارای شرایط مخصوص دیگری است که با اجتماع آن عقد وکالت محقق میگردد.

چنانکه مادهٔ «۶۵۶» ق. م. تصریح مینماید وکالت عقد است، بنابراین مانند عقود دیگر بوسیلهٔ ایجاب و قبول که حاکی از توافق قصد و رضای طرفین است منعقد میگردد.

بدستور مادهٔ «۶۵۸» قانون مدنی وکالت ایجاباً و قبولًا بهر لفظی یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع میشود. مادهٔ مزبور فعل را در

ردیف لفظ ذکر کرده و هر یک از آن دو را برای انشاء وکالت ایجاباً و قبولًا کافی دانسته است. رضایت باطنی بدون کاشف خارجی برای انعقاد وکالت کافی نمیباشد اگر چه رضایت فعلی باشد چنانکه کسی بداند که دیگری از انجام امر بوسیلهٔ او آگاه و راضی میباشد. و همچنین رضایت تقدیری بآنکه پس از اطلاع مالك بر انجام امر راضی بآن خواهد بود، بطریق اولی برای تحقق وکالت کافی نیست، زیرا رضایت باطنی در جواز تصرف، رفع حکم تکلیفی، از متصرف مینماید و میتواند با احراز آن از مال دیگری بخورد و لباسش را بپوشد، ولی چنانکه کسی با علم بر رضایت باطنی مالك، خانهٔ او را بفروشد بیع بعنوان وکالت محقق نشده و فضولی میباشد.

در صحت عقد وکالت لازم نیست که وکیل و موکل در یك مجلس باشند، و وکیل قبول را پس از ایجاب بدون تأخیر اعلام دارد، بلکه چنانکه در تعهدات بیان گردید، ممکن است بین وکیل و موکل فاصله باشد و بوسیلهٔ تلفن، تلگراف و یا نامه ایجاب بوکیل اعلام گردد. در این صورت طبق مادهٔ «۶۵۷» ق. م. «تحقق وکالت منوط بقبول وکیل است» و از تاریخ مزبور وکالت شروع میشود، اگر چه موکل آگاه بقبولی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۵

از طرف وکیل نباشد، زیرا عقد مرکب از ایجاب و قبول؟؟؟ امر مرکب با پیدایش جزء اخیر محقق میگردد.

قول مشهور فقهاء امامیه آن است که وکالت عقد میباشد و قانون مدنی در این امر پیروی از قول مشهور نموده است. قول غیر مشهور آنست که وکالت عقد نمیباشد بلکه مانند اذن و اباحهٔ در تصرف است و در صورتی که بوسیلهٔ ایجاب و قبول واقع شود عقد میباشد و برای اثبات نظریه خود چنین استدلال مینمایند: که هرگاه کسی بدیگری بگوید ترا وکیل در فروش خانه‌ام نمودم و آن شخص خانه را بفروشد بیع صحیح است، اگر چه فروشنده از قصد نمایندگی و آنکه عمل مزبور قبول وکالت است غافل باشد، و حال آنکه اگر وکالت عقد باشد بیع مزبور غیر نافذ خواهد بود، زیرا قبل از بیع وکالت محقق نشده است. و آنچه علامه در این مورد میگوید که رضای باطنی برای قبول وکالت کافی است و آن حاصل شده، منطبق با اصول حقوقی نمیباشد، زیرا رضای باطنی بدون داشتن قصد و چیزی که دلالت بر آن نماید نمیتواند «قبول» محسوب گردد، همچنانی که ایجاب محتاج بقصد و چیزیست که دلالت بر آن بنماید. بنابراین در حقیقت علامه بر آن است که وکالت احتیاج بقبول ندارد.

وکالت فضولی-

وکالت میتواند بطور فضولی واقع شود چنانکه کسی بدون داشتن حق توکیل، دیگری را از طرف شخص ثالث وکیل بنماید، شخص ثالث میتواند آن را تنفیذ و یا رد کند چنانچه در معاملات فضولی گذشت، بنابراین هرگاه کسی بدون داشتن حق توکیل از طرف دیگری، بشخص ثالث وکالت در فروش خانهٔ موکل را بدهد و او خانه را بفروشد، مالك میتواند وکالت را تنفیذ کند و یا بیع را اجازه دهد در هر دو فرض بیع صحیح خواهد بود. اثر حقوقی آن امر اینست که چنانچه مالك وکالت را تنفیذ نماید ملزم بپرداخت حق الوکالهٔ وکیل مزبور خواهد بود و چنانچه بیع را تنفیذ ننماید در حقیقت وکالت را رد نموده است.

طرفین عقد وکالت

اشاره

چنانکه گذشت وکالت عقد است و بین دو نفر منعقد میگردد که یکی را موکل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۶

و دیگری را وکیل نامند. موکل کسی است که نمایندگی بدیگری در امری میدهد و وکیل کسیست که نماینده در انجام آن امر

میشود.

طرفین عقد باید دارای اهلیت برای معامله باشند–

اشاره

اهلیتی که قانون برای طرفین معامله لازم میداند از دو نظر است: یکی از نظر تحقق قصد انشاء که مادهٔ اصلی و تشکیل دهندهٔ عقد است و دیگری از نظر جواز تصرف در امور مالی.

الف– اهلیت از نظر تحقق قصد انشاء

طرفین عقد باید عاقل و بالغ باشند زیرا عقد بدون ارادهٔ حقیقی و انشائی محقق نمیگردد، و کسی که عاقل و بالغ نباشد نمیتواند ارادهٔ لازم را بنماید و بدین جهت قانون عبارت و قصد انشاء صغیر غیر ممیز و مجنون را که از اعمال دماغی است چه جنون اطباقی باشد و چه ادواری (در زمان جنون) مفید ندانسته است، ولی مجنون ادواری در زمان افاقه و سلامت چون مانند اشخاص معمولی اعصاب دماغیش کار میکند، عبارات و افعال او دارای اعتبار قانونی میباشد، چنانکه در ذیل مادهٔ «۱۲۱۳» قانون مدنی بر این امر تصریح شده است. اما صغیر ممیز و سفیه چنانکه ذیل مادهٔ «۱۲۱۲ و ۱۲۱۴» ق. م. میگوید میتوانند تملک بلاعوض از هر قبیل که باشد مانند قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات بنمایند اگر چه قیم و ولی آنان اجازه ندهد. و چون قبول بوسیلهٔ قصد انشاء بعمل می‌آید، صغیر ممیز و سفیه اهلیت برای قصد انشاء را دارا میباشند مگر آنکه گفته شود که قبول فقط بوسیلهٔ رضایت بایجاب محقق میگردد و احتیاج بقصد انشاء ندارد. قسمت اول مادهٔ «۱۲۱۴» که میگوید: «معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از اینکه این اجازه قبلا داده شده باشد یا بعد از انجام عمل ...» اعتبار قانونی عبارت و قصد انشاء سفیه را بخوبی میرساند.

ب– اهلیت از نظر جواز تصرف در امور مالی

هیچ‌یک از مجنون و صغیر اعم از ممیز و غیر ممیز و همچنین سفیه نمیتواند در امور مالی خود تصرف بنماید، خواه مال خود را بدیگری تملیک بنماید و یا تعهدی بنفع او کند، خواه مورد آن مال باشد یا عمل، زیرا تصرفات

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۷

آنان مصون از تضییع و تفریط نمیباشد. اما تملک بلا-عوض که بطور قطع موجب تضییع و تفریط نمیباشد چنانکه از ذیل مادهٔ «۱۲۱۲ و ۱۲۱۴» قانون مدنی مشهود است برای صغیر ممیز و سفیه اشکالی ندارد، و نسبت بمجنون و صغیر غیر ممیز هم اشکالش از نظر آنست که تملک احتیاج بقصد انشاء دارد و اینان از نظر قانونی قادر بایجاد آن نیستند و آنچه ایجاد بنمایند اعتبار قانونی ندارد.
صغیر ممیز و سفیه نمیتوانند غیر مستقیم نیز تصرفاتی در امور مالی خود بنمایند که موجب ایجاد تعهد بتأدیه مال و یا انجام عمل شود مانند نکاح دائم که مهر در آن ذکر نشده یا عدم مهر ذکر شده باشد (مادهٔ– ۱۰۸۷ قانون مدنی) زیرا در مورد مزبور اعمال آنان موجب تصرف در امور مالی است و از تضییع و تفریط مصون نمیباشد.
چنانکه از روح مواد مربوطه استنباط میشود در هر موردی که تصرف آنان مصون از تضییع و تفریط نباشد خواه مستقیم و یا غیر مستقیم ممنوع میباشند ولی تصرفاتی که تأثیر در امور مالی آنان ندارد مانند طلاق خلع و اقرار در امور غیر مالی اشکالی نخواهد داشت.

نتیجهٔ مطلب آنست که برای صحت عقد وکالت موکل باید مجنون و صغیر غیر ممیز نباشد، و صغیر ممیز و سفیه در اموری که خود

میتوانند انجام کنند مانند قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات میتوانند بغیر وکالت دهند.
وکیل نمیتواند مجنون و صغیر غیر ممیز باشد، زیرا قصد انشاء آنان در قبول عقد وکالت اعتبار قانونی ندارد ولی صغیر ممیز و سفیه میتوانند در کلیه امور مالی و غیر مالی از طرف دیگری وکیل نباشند، زیرا آنچه برای آنها ممنوع است تصرف در اموال خودشان است نه تصرف در اموال دیگران با اجازه مالکین آن، مگر آنکه غیر مستقیم برای آنان ایجاد تعهد و مدیونیت بنماید، این ستکه مادهٔ «۶۸۲» قانون مدنی میگوید: «محجوریت موکل موجب بطلان وکالت میشود مگر در اموری که حجر مانع از توکیل در آنها نمیباشد و همچنین است محجوریت وکیل مگر در اموری که حجر
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۸
مانع از اقدام در آن نباشد».

مورد وکالت

اشاره

مورد وکالت چنانکه از مادهٔ «۶۵۶» قانون مدنی معلوم میشود، انجام امری است که بنمایندگی از طرف دیگری محقق میشود و آن امر گاه عمل دماغی و روحی است مانند اجراء صیغه عقد یا ایقاع چنانکه اکنون در نکاح و طلاق معمول و متداول است که زن و شوهر پس از توافق در تمامی امور مربوطه بنکاح، نمایندگی در ایجاد اراده حقیقی و انشائی بدیگران میدهند و نماینده قصد انشاء میکند و بوسیلهٔ الفاظی که کاشف از آن باشد اعلام میدارد و یا شوهر بدیگری نمایندگی میدهد که صیغه طلاق را واقع سازد و گاه دیگر عمل جوارحی است، بدون آنکه احتیاج بقصد انشاء که عمل دماغی و روحی است داشته باشد، مانند گرفتن مالی از کسی و یا دادن مال معین بدیگری، و گاه آن چیز عمل روحی و جوارحی میباشد چنانکه کسی بدیگری وکالت دهد که خانه او را بفروشد و ثمن را دریافت دارد و آن را بپسر او بدهد.
امری میتواند انجام آن مورد وکالت قرار گیرد که دارای دو شرط زیر باشد.

الف- موکل بتواند قانوناً آن امر را انجام دهد

طبق مادهٔ «۶۶۲» ق. م.:
«وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد ...» امری که موکل خود حق انجام آن را ندارد نمیتواند نمایندگی بدیگری دهد که بجای او بجای آورد زیرا معطی شیئی باید واجد آن باشد، مثلًا مالی که از طرف مقامات صالحه بازداشت شده و مالک ممنوع از انتقال آن میباشد نمیتواند بدیگری وکالت دهد که آن مال را منتقل بغیر نماید، زیرا نمایندگی در امری است که از نظر قانون انجام آن برای موکل ممنوع است و ممنوع قانونی در عالم حقوق مانند محال عادی در عالم مادی و محال عقلی در عالم عقل میباشد. در اموری که قانون انجام آن را منع ننموده ولی در اثر عوامل خارجی عملًا موکل نمیتواند آن را انجام دهد وکالت بدیگری در انجام آن ممکن است مثلًا ملکی مورد غصب واقع شده و مالک نمیتواند آن را از غاصب بگیرد ولی دیگری که سابقه آشنائی با غاصب دارد میتواند آن را اخذ و یا باو انتقال دهد در این صورت
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۱۹
مالک میتواند بشخص مزبور وکالت و نمایندگی در گرفتن مال از غاصب و یا انتقال باو بدهد.

ب- غرض قانون، مباشرت شخص معین در انجام نباشد

در اموری که غرض قانون مباشرت شخص معین در انجام امری میباشد نمیتوان آن را بوسیلهٔ دیگری انجام داد و نیابت در آن باطل خواهد بود، مثلًا کسی که اجیر بقصد مباشرت در امری میشود نمیتواند دیگری را نماینده در انجام آن امر نماید و از آن قبیل است اموری که انجام آن را قانون از شخص معینی خواسته است مانند قسم، عهد، لعان، شهادت و اقرار بنابر اشکالی و رجوع در طلاق رجعی بنابر قولی. ولی اموری که قانون مباشرت شخص معین را لازم ندانسته وکالت در آن صحیح است مانند اجرای هر یک از عقود بیع، صلح، اجاره، عاریه، نکاح و طلاق و امثال آنها و همچنین است وصیت، وقف، ابراء، اخذ بشفعه و اسقاط آن، فسخ در مورد خیارات و اسقاط آن. در حیازت مباحات عده‌ای از فقهای امامیه بر آنند که نمیتوان بکسی وکالت داد و بدین جهت هم نمیتوان برای آن اجیر گرفت، و هرگاه کسی بعنوان وکالت حیازت مباحات بنماید آنچه حیازت کرده متعلق باو خواهد بود. نظر مزبور بر خلاف اصول حقوقی میباشد، زیرا دلیلی که مثبت لزوم مباشرت در حیازت مباحات باشد موجود نیست علاوه بر آنکه در فرض مزبور حیازت‌کننده در انجام عمل قصد نمایندگی از طرف دیگری داشته و قصد تملک برای خود ننموده است تا ملک او قرار گیرد.

در موردی که تردید شود که مباشرت در امری لازم است، طبق اصل حقوقی اصالهٔ العدم، عدم لزوم مباشرت و اصالت الصحهٔ در عقد وکالت در آن صحیح میباشد، زیرا مقصود از عمل نتیجهٔ حاصل از آن عمل است اگر چه حصول آن از شخص معینی مورد طلب باشد، مگر آنکه قانون بلزوم مباشرت تصریح نماید و یا از اعمالی باشد که از طبیعت آن و یا قرینهٔ قطعیه دلالت بر لزوم مباشرت بنماید.

حدود وکالت

در عقد وکالت باید امری که بوکیل نمایندگی انجام آن داده

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۰

میشود معلوم گردد، مثلًا هرگاه کسی دیگری را وکیل در خانهٔ خود نماید، باید امری را که انجام آن بعهدهٔ وکیل گذارده شده از فروش و اجاره دادن و گرفتن مال الاجاره یا نگهداری و تعمیرات لازم تعیین شود و الا بدون تعیین آن، مورد وکالت مبهم و عقد وکالت باطل است، زیرا طبق شق «۳» مادهٔ «۱۹۰» ق. م. موضوع وکالت که مورد معامله است باید معین باشد همچنانی که بدستور مادهٔ «۲۱۶» قانون مدنی باید مبهم نباشد.

وکالت طبق مادهٔ «۶۶۰» قانون مدنی ممکن است مطلق باشد چنانکه کسی بگوید از امروز وکیل در ادارهٔ امور من هستی، در این صورت وکیل مزبور بدستور مادهٔ «۶۶۱» ق. م. میتواند امور مربوط باداره کردن اموال موکل را تصدی نماید و هر امری که لازمهٔ ادارهٔ امور موکل است وکیل باید انجام دهد. منظور از ادارهٔ اموال، نگاهداری و حفاظت و گرفتن مال الاجاره و مطالبات است. بنظر میرسد که اجاره دادن و فروش خارج از حدود ادارهٔ اموال میباشد و در صورتی که موکل بخواهد که وکیل بتواند این امور را نیز انجام دهد باید تصریح بآن امر در عقد وکالت بشود.

و ممکن است وکالت مقید و برای امر خاصی باشد، چنانکه کسی بدیگری وکالت دهد که خانهٔ او را بفروشد و یا اجاره دهد، در این صورت وکیل نمیتواند غیر از امور معینه اعمال دیگری را انجام دهد.

طبق مادهٔ «۶۷۱» ق. م. «وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح بعدم وکالت باشد». بنابراین هرگاه بکسی وکالت در فروش خانه داده شود وکالت مزبور شامل تنظیم سند و امضای دفاتر رسمی میباشد، زیرا طبق مادهٔ «۴۶» و «۴۷» ق. ثبت، کلیه عقود و معاملات راجع باموال غیر منقول باید به ثبت برسد و انتقال مال غیر منقول بدون تنظیم سند و امضاء دفاتر طبق مادهٔ «۴۸» قانون ثبت پذیرفته نخواهد بود، بنابراین تنظیم سند و امضای دفاتر رسمی از لوازم فروش خانه میباشد. و

بالعکس طبق مادهٔ «۶۶۵» ق. م: «وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر اینکه قرینهٔ قطعی دلالت بر آن کند» زیرا بیع بدون قبض ثمن از مشتری ممکن است و بیع مستلزم اخذ ثمن نمیباشد و از مقدمات آن نیز نیست، ولی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۱

هرگاه قرینهٔ قطعیه دلالت کند که وکالت در بیع شیئی وکالت در اخذ ثمن آن نیز میباشد، چنانکه هرگاه کسی بدیگری وکالت دهد که در بازار مکاره فلان شهر مال التجاره‌ای را بفروشد، ناچار باید بر آن بود که وکیل مزبور وکالت در اخذ ثمن نیز داشته باشد، زیرا بازار مکاره محل تجمع خریداران ناشناس است که از نقاط دور بآنجا آمده‌اند که هرگاه وکیل ثمن مال التجاره را دریافت نکند ممکن است دیگر بخریدار دست رسی پیدا نشود و یا وصول ثمن دچار اشکال گردد. بلکه در چنین موردی هرگاه فروشنده باستناد عدم وکالت در اخذ ثمن آن را دریافت ندارد، عرف او را تخطئه میکند. و همچنین وکالت در خرید، وکالت در اخذ و قبض مبیع نمیباشد مگر قرینهٔ قطعیه دلالت بر آن نماید ولی وکالت در خرید اقتضاء تسلیم ثمن و همچنین وکالت در فروش اقتضاء تسلیم مبیع را دارد هرگاه ثمن و مبیع در تصرف وکیل مزبور باشد، زیرا در اثر بیع ملکیت مشتری از ثمن و ملکیت بایع از مبیع زایل میشود و بملکیت طرف دیگر در می‌آید. قول مزبور قول مشهور فقهاء میباشد و قول دیگر آن است که بیع مال ملازمهٔ با تسلیم آن ندارد. بنابر قول مشهور مادام که بایع مبیع را تسلیم ننموده چنانچه مشتری نیز بسمت وکالت خریداری کرده است نمیتواند ثمن را بدهد، و مادام که مشتری ثمن را نداده چنانچه بایع نیز بسمت وکالت فروخته است نمیتواند. مبیع را تسلیم کند و هرگاه وکیل بر خلاف آن عمل نماید ضامن خسارات موکل است.

طبق مادهٔ «۶۶۴» ق. م: «وکیل در محاکمه وکیل در قبض حق نیست مگر اینکه قرائن دلالت بر آن نماید ...» زیرا وکالت در محاکمه شامل اخذ حق نمیشود و از مقدمات و لوازم محاکمه نیز نمیباشد. و همچنین وکیل در اخذ حق وکیل در محاکمه و اقامهٔ دعوی نسبت بآن نخواهد بود.

منظور از لوازم و مقدمات مذکور در مادهٔ «۶۷۱» اعم از لوازم و مقدمات عقلی، عرفی و عادی است، بنابراین هرگاه کسی دیگری را وکیل در امری نماید کلیه اموری که عقلًا، عادتاً یا عرفاً از لوازم امر وکالت است وکیل بدون اجازهٔ جداگانه از

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۲

موکل میتواند آن را انجام دهد. مثلًا اگر کسی دیگری را در ادارهٔ اموال خود نمایندگی دهد و یکی از اموال موکل مزرعه باشد، اجیر گرفتن برای حمل گندم بانبار و یا از انبار باتومبیل یا ترن و همچنین گرفتن اجیر برای روبیدن برف بام انبار، برای ادارهٔ مزرعه لازم است و طبق مادهٔ «۶۷۱» ق. م. وکیل اجازهٔ آن را دارد و باید اجرت اجیر را بپردازد و از موکل مطالبه کند.

چنانکه ممکن است برای یک امر یک نفر وکیل اختیار نمود، میتوان برای آن امر دو نفر یا بیشتر وکیل تعیین کرد در این صورت بدستور مادهٔ «۶۶۹» ق. م. هیچ یک از آنها نمیتواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، زیرا اختیار چند وکیل در یک امر ظاهر در آنست که موکل خواسته آنان با یکدیگر تشریک و توحید مساعی نمایند و همفکری در انجام آن امر کنند، مگر اینکه موکل تصریح بدخالت مستقل هر یک نموده باشد که در این صورت هر یک از آنان منفرداً وکالت در انجام آن امر را دارا میباشد، و هر یک که آن امر را بجای آورد در حدود وکالت عمل نموده است و مورد وکالت منتفی میشود. در صورتی که مورد وکالت را هر دو نفر انجام دهند، چنانکه مالک خانهٔ بدو نفر وکالت داده است که هر یک مستقلًا و منفرداً بتواند آن را بفروشد و هر دو وکیل در دو دفترخانه آن را فروخته و معامله را خاتمه داده باشند، هرگاه تقدم و تأخر یکی از آن دو معامله معلوم باشد مثلا یکی صبح و دیگری عصر آن را فروخته است معامله صبح صحیح میباشد و معامله دوم بر مال غیر (خریدار) واقع شده و فضولی است.

و هرگاه هر دو وکیل خانه را در یک زمان فروخته باشند هر دو معامله باطل است زیرا نمیتوان هیچ‌یک را بر دیگری مقدم داشت. و

همچنین است هرگاه تقدم و تأخر هیچ‌یك از دو معامله بر دیگری معلوم نباشد زیرا اصل تأخر حادث در هر دو معامله جاری میشود و مانند مورد تقارن، هر دو معامله باطل خواهد بود و نمیتوان رفع اشکال بوسیله قرعه نمود، زیرا قرعه را قانون بطور مطلق برای رفع اشکال پیش‌بینی ننموده است.

در صورتی که دو نفر بنحو اجتماع در امری وکیل باشند طبق مادهٔ «۶۷۰» ق. م

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۳

بموت یکی از آنها وکالت دیگری باطل میشود، زیرا آن دو بایـد در انجام امر واحد با همدیگر تشریک مساعی و همفکری و عمل نمایند و مانند آن است که آن دو یك پیکر را در امر وکالت تشکیل میدهند و چون یکی فوت کند دیگری ممنوع از انجام آن امر خواهـد بود و ماننـد آن است که موضوع وکـالت منتفی شـده است. بنظر میرسـد که با فوت یکی از دو وکیل بطلان وکالت موجبی ندارد و عدم قدرت بر انجام امر بوسیلهٔ وکیل دیگر، نمیتواند مانند انتفاء موضوع تعهد سبب بطلان وکالت قرار گیرد، بنابراین هرگاه موکل بجای وکیل متوفی، وکیل دیگری انتخاب نماید آن دو میتوانند مجتمعاً امر وکالت را انجام دهند. ممکن است منظور مادهٔ بالا از عبارت (وکالت دیگری باطل میشود) نیز بیان همین امر باشد و خواسته است تذکر دهد که نمیتواند کسی که در قید حیات هست عمل وکالت را بتنهائی انجام دهد و عمل او باطل میباشد.

در عقـد وکالت لازم نیست اجرت وکیل تعیین گردد، زیرا عقـد وکالت از عقود معوضه نمیباشـد و طبق مادهٔ «۶۵۹» ق. م.: «وکالت ممکن است مجـانی باشـد یـا بـا اجرت» طرفین عقـد میتواننـد مجـانی بودن وکالت را قیـد و یا اجرت را تعیین کننـد. در صورتی که وکالت مطلق باشـد و اجرت تصریح نشود، طبق مادهٔ «۶۷۷» ق. م. محمول بر آنست که وکـالت بـا اجرت میباشـد، زیرا عمـل انسان محـترم، و احترام بـآن ارزش دادن بـآن است، در این صورت پس از عقـد طرفین میتواننـد اجرت را تعیین نماینـد و هرگـاه توافق در تعیین نکردنـد در حدود عرف و عادت بوکیل اجرت داده میشود، مثلًا چنانکه حق الوکالهٔ وکیل در محاکمات و دادرسی باشد طبق تعرفهٔ وزارتی تعیین و پرداخت میگردد. و اگر عرف و عـادت مسلمی برای تعیین اجرت وکیـل نباشـد، وکیل مستحق اجرت المثل عمل خود خواهد بود که در صورت عدم توافق بوسیلهٔ کارشناس معین میگردد، اینست که مادهٔ «۶۷۶» ق. م. میگوید: «حق الوکالهٔ وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهـد بود، و اگر نسبت بحق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد تابع عرف و عادت است، اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است».

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۴

مبحث دوم در تعهدات وکیل

۱- وکیل باید در انجام وظایف وکالتی مانند اعمال مربوط بخود با کمال دلسوزی عمل کند

و چنـانکه در اثر عـدم اقدام و یـا تـأخیر در آن و یـا تسامـح در انجـام امور وکـالتی، خسارتی متوجه موکل گردد وکیل مسئول آن خواهـد بود، زیرا در اثر وکـالت وکیـل تعهـد بانجـام عمـل مورد وکـالت نموده است و مسئول خسارات ناشـی از عـدم انجام تعهد میباشد. و جایز بودن عقد وکالت رافع مسئولیت نخواهد بود و هرگاه وکیلی نمیخواهد بوظایف خود عمل کند میتواند قبل از موعد از وکالت استعفا دهد.

۲- طبق مادهٔ «۶۶۷» ق. م.: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود، مصلحت موکل را مراعات نماید

و از آنچه که موکل بالصراحه باو اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار او است تجاوز نکند».

بنابراین هرگاه وکالت در فروش مالی بکسـی داده شـده باشـد وکیل بایـد آن را نقد و بثمن المثل یا زیاده بفروشد و اگر وکالت در

خرید باشد بثمن المثل یا کمتر بخرد و در صورتی که وکیل رعایت مصلحت موکل را ننماید تجاوز از حدود مصلحت موکل نموده و عمل او فضولی میباشد. و چنانچه وکیل در انجام عمل وکالت، مصلحت موکل را در نظر بگیرد ولی پس از معامله معلوم شود که عمل بر خلاف مصلحت موکل واقع شده است آن معامله صحیح میباشد، زیرا عمل وکیل در حدود وکالت انجام گرفته است و در صورتی که موجبات فسخ بجهتی از جهات مانند خیار غبن و خیار تدلیس موجود باشد موکل میتواند آن را فسخ نماید.

۳- طبق مادهٔ «۶۶۳» ق. م.: «وکیل نمیتواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد».

و این امر در ذیل مادهٔ «۶۶۷» ق. م. نیز تأکید شده که وکیل باید از آنچه موکل بالصراحه باو اختیار داده و یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار او است تجاوز نکند. هر عملی که وکیل خارج از حدود وکالت انجام دهد نسبت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۵

بموکل فضولی میباشد و موکل میتواند آن را قبول و یا رد نماید. و در صورتی که موکل آن را نپذیرد و رد کند و مال بشخص ثالث داده شده باشد وکیل مسئول خسارات وارده از آن، بموکل خواهد بود. و همچنین هرگاه شخص ثالث را آگاه بحقیقت امر ننموده مسئول خسارات واردهٔ باو نیز میباشد.

۴- در صورتی که در اثر تقصیر وکیل در امر وکالت خسارتی بموکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب گردد

وکیل طبق مادهٔ «۶۶۶» ق. م. مسئول آن خواهد بود، زیرا وکیل نسبت بموکل در این امر مانند اشخاص ثالث است و طبق مقررات مربوط به تسبیب ضامن میباشد و اجازه در انجام امر وکالت رفع مسئولیت از او نمیکند. تقصیر چنانکه مادهٔ «۹۵۳» ق. م. میگوید اعم از تعدی و تفریط است. بنابراین هرگاه وکیل تکالیفی را که باید انجام دهد بجا نیاورده و یا از حدود اذن و متعارف تجاوز کند ضامن خسارات واردهٔ بر موکل خواهد بود.

۵- در صورتی که وکیل تقصیر در انجام امر وکالت ننموده باشد

و با وجود این امر خسارتی متوجه موکل گردد وکیل مسئول آن نخواهد بود، زیرا عملی را که وکیل انجام داده در حدود اختیاری بوده است که از موکل داشته و مانند آن است که موکل خود انجام داده باشد، بنابراین موکل مسئولیت را خود تحمل مینماید، زیرا وکیل سبب این امر شناخته نمیشود.

۶- اموال و اشیاء موکل که برای انجام امور وکالتی بوکیل سپرده میشود

و همچنین آنچه در اثر امر وکالت، وکیل بدست می‌آورد نزد او بطور امانت مالکانه است و در صورتی که بدون تعدی و تفریط تلف یا ناقص شود ضامن نمیباشد. و در صورتی که با مطالبهٔ موکل، وکیل منکر آن اشیاء نزد خود شود و یا امتناع از تسلیم نماید و یا در رد آن اهمال کند در حکم غاصب است و ضامن هر تلف و نقصان که پس از آن تاریخ باشیاء مزبور وارد آید خواهد بود.

۷- طبق مادهٔ «۶۶۸» ق. م.: «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را بموکل بدهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۶

و آنچه را که بجای او دریافت کرده است باو رد کند» و همچنین است آنچه از اموال و اسناد که موکل برای انجام امور وکالتی بوکیل سپرده است. چنانکه از ظاهر مادهٔ بالا استنباط میشود موعد دادن حساب از طرف وکیل پس از ختم عمل وکالت میباشد مگر

آنکه بجهتی از جهات وکالت منحل شود که در این صورت پس از انحلال وکالت خواهد بود، زیرا موعد تصفیه حساب عرفاً پس از ختم عمل است. این امر در صورتی است که عرف بمقتضای طبیعت عمل، موعد دیگری را ایجاب ننماید و الا طبق عرف رفتار خواهد شد، چنانکه هرگاه وکیل نمایندگی در اخذ مطالبات موکل داشته باشد باید هر مبلغی را که از بدهکاران دریافت میدارد بلافاصله بموکل و یا قائم مقام او تسلیم نماید.

۸- طبق مادهٔ «۶۷۲» قانون مدنی: «وکیل در امری نمیتواند برای آن امر بدیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا بدلالت قرائن وکیل در توکیل باشد»

زیرا موکل با توجه بشخصیت و کارشناسی وکیل، نمایندگی از طرف خود باو داده است، وکالت ایجاد حق برای وکیل نمینماید تا بتواند هرگونه تصرفی که بخواهد در آن بنماید، بلکه تکلیفی است که وکیل در اثر عقد عهده دار انجام آن شده است.
بنابراین وکالت دادن از طرف وکیل بغیر، تجاوز از حدود وکالت است مگر اینکه موکل صریحاً حق توکیل بغیر را در عقد قید کند و یا آنکه قرائن دلالت نماید که وکیل مزبور میتواند برای انجام تمام یا بعض از آن امور، وکیل، انتخاب کند چنانکه هرگاه کسی شخص محترمی را برای ادارهٔ امور املاک متعددهٔ خود که در شهرستانهای دور افتاده است وکیل بنماید، وکیل مزبور با وضعیت اجتماعی که دارد نمیتواند در تمامی شهرها رفته و برای اجاره و امور مربوطه با ملاک رسیدگی نماید، در این مورد قرائن دلالت میکند که وکیل مزبور میتواند نمایندگان دیگری تعیین نماید که امور مربوطه به شهرستانی را انجام دهد همچنانی که او میتواند بوسیلهٔ متخصصین فنی و کارگران که بسمت اجیر میگمارد کارهای فنی تخصصی را بجای آورد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۷
اموری که وکیل میتواند بوسیلهٔ اجیر و متخصصین فنی انجام دهد چنانچه خود تحمل مشقت نماید و بجای آورد مستحق اجرت المثل آن خواهد بود، چنانکه وکیل در ادارهٔ امور کسی، مکانیسین باشد و تراکتور یا ماشین برق مزرعهٔ موکل خراب شود و وکیل بجای آنکه متخصص فنی اجیر نماید خود کار کند و آن را تعمیر و ترمیم نماید، علاوه بر اجرت وکالت مستحق اجرت المثل عمل مزبور خواهد بود، زیرا وکالت شامل تعمیر تراکتور و ماشین نبوده و عمل انسان محترم است و موکل نیز از آن منتفع شده است و مادهٔ «۵۵۵» ق. م. که در مورد مضاربه میگوید: «... اگر اعمالی را که بر طبق عرف بایستی باجیر رجوع کند خود شخصاً انجام دهد مستحق اجرت آن نخواهد بود» علاوه بر آنکه شامل مورد وکالت نمیشود، چون منافات با قاعدهٔ حقوقی مذکور در بالا دارد، نمیتوان از وحدت ملاک استفاده نمود، و چنانکه در شرح مادهٔ مزبور بیان شده این امر بر خلاف انصاف و عدالت قضائی است.
در صورتی که موکل صریحاً و یا بدلالت قرائن بوکیل اجازه دهد که وکیل دیگری اختیار نماید، هرگاه معلوم باشد وکیل توکیلی که انتخاب میشود وکیل موکل است یا وکیل خود وکیل، وضعیت حقوقی وکالت دوم روشن خواهد بود، زیرا هرگاه شخص مزبور وکیل موکل باشد وکیل اول نمیتواند او را عزل نماید و فقط موکل حق عزل او را خواهد داشت و دیگر آنکه بفوت و جنون وکیل اول وکالت او مرتفع نمیشود. ولی هرگاه وکیل دوم، نمایندهٔ وکیل اول باشد هر یک از موکل و وکیل اول میتواند او را عزل نمایند و بفوت وکیل اول وکالت دوم مرتفع میشود همچنانی که بفوت موکل عقد منحل میشود.
پس از انتخاب وکیل دوم خواه آنکه وکیل مزبور نماینده موکل باشد یا آنکه نماینده وکیل اول، وکالت وکیل اول باقی است و میتواند مستقلًا امر وکالت را تصدی نماید.
پرسشی که پیش می‌آید آنست که هرگاه موکل در وکالت حق توکیل بغیر بدهد بدون آنکه تصریح کند که وکیل را برای چه کسی انتخاب نماید، آیا ظاهر در آنست که
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۸

بوکیل حق تعیین نماینده برای موکل داده شده، و یا حق انتخاب نماینده برای خود او است؟ در پاسخ پرسش مزبور نظریات مختلفی بیان گردیده است و آنچه بنظر میرسد چنانکه عرف کنونی نیز بر آن است، موکل نظر باعتمادی که بوکیل خود دارد دایرهٔ اختیارات او را توسعه داده و اجازه داده است که امر مورد وکالت را بتواند بوسیلهٔ اشخاص دیگری تحت مراقبت خود انجام دهد، و الا لازم بود موکل تصریح کند که وکیل میتواند امر وکالت را خود انجام دهد و یا وکیلی از طرف موکل برای انجام آن بگیرد.

در صورتی که وکیل، وکالت در توکیل نداشته باشد و انجام امری را که در آن وکالت دارد بشخص ثالثی واگذار کند، طبق مادهٔ «۶۷۳» ق. م. هر یک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت بخسارتی که مسبب محسوب میشود مسئول خواهد بود، چنانکه هرگاه کسی وکیل باشد که مال التجارهٔ را بادارهٔ حمل و نقل دهد تا از شهری بشهر دیگر حمل نماید، و وکیل مزبور شخصی ثالثی را بگمارد و او را مأمور انجام این امر کند، و شخص مزبور مال التجاره را از انبار خارج و در حیاط بگذارد و در ارسال آن اهمال کند و مال التجاره در اثر برف و باران فاسد، شود شخص ثالث سبب مستقیم توجه خسارت بموکل میباشد و وکیل چون از حدود اختیارات خود تجاوز نموده و بدیگری نمایندگی داده، در امر وکالت تقصیر کرده و در اثر عمل او بموکل خسارت وارد آمده سبب غیر مستقیم شناخته میشود. بنابراین هرگاه مالک بوکیل خود رجوع کند و خسارت را دریافت دارد او میتواند بشخص ثالث رجوع نموده و آنچه را که بابت خسارت پرداخته دریافت نماید، زیرا سبب مستقیم شخص ثالث است و در حکم مباشر میباشد و خسارت بر ذمهٔ او مستقر میشود، ولی هرگاه مالک بشخص ثالث رجوع کند و خسارت خود را بگیرد او نمیتواند بوکیل رجوع نماید، زیرا خود سبب توجه خسارت بمالک شده است.

مبحث سوم در تعهدات موکل

۱– تعهدات و معاملاتی را که وکیل بنمایندگی از موکل انجام میدهد مستقیماً برای موکل واقع میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۲۹

یعنی وکیل معامله را بجای موکل واقع ساخته و واسطه در عمل میباشد و در نتیجهٔ آن موکل در مقابل اشخاص ثالث متعهد و یا متعهد له قرار میگیرد، بنابراین طبق مادهٔ «۶۷۴» ق. م.: «موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده انجام دهد ...» همچنانی که میتواند از تعهداتی که بنفع او شده استفاده کند. دعاوی که از معاملات مزبور تولید میشود موکل اقامه میکند همچنانی که هرگاه دیگران نسبت بمعاملات مزبور دعاوی دارند بطرفیت موکل اقامه مینمایند، مگر آنکه موکل صراحتاً در این امور نیز بوکیل مزبور وکالت داده باشد که در این صورت وکیل بنمایندگی از طرف موکل میتواند اقامه دعوی نماید و یا طرف دعوی قرار گیرد.

اما نسبت باموری که وکیل خارج از حدود وکالت انجام میدهد هیچگونه تعهدی برای موکل ایجاد نمینماید همچنانی که موکل نمیتواند از آن منتفع شود مگر آنکه عمل فضولی وکیل را صریحاً یا ضمناً اجازه دهد، مثلًا هرگاه وکیلی که حق ادارهٔ اموال موکل را دارد بعضی از آنها را بفروشد و بتصرف خریدار دهد، معاملهٔ مزبور فضولی است. در صورتی که موکل آن را اجازه ندهد اموال خود را از خریدار مسترد میدارد و خریدار میتواند برای استرداد ثمن و خسارات در صورت جهل بفروشنده رجوع کند (شرح آن در معاملات فضولی و غصب بیان گردیده است).

۲– موکل طبق مادهٔ «۶۷۵» ق. م. باید:

الف– اجرت وکیل را در صورتی که وکالت مجانی نبوده بدهد

و هرگاه وکیل قرارداد حق الوکاله داشته طبق مادهٔ «۲۱۹» و مادهٔ «۶۷۵» و «۶۷۶» ق. م. موکل باید طبق آن عمل کند و الا طبق عرف و عادت مسلم اجرت المثل عمل وکیل را میپردازد، چنانکه در مورد وکالت دعاوی دادگستری است وکیل طبق تعرفهٔ معینه مستحق حق الوکاله میباشد و هرگاه عرف مسلمی نسبت بآن امر نباشد اجرت المثل عادله پرداخته میشود که در صورت عدم توافق بوسیله کارشناس مقدار آن تعیین میگردد.

ب- تمام مخارجی را که وکیل برای انجام امر وکالت نموده

طبق مادهٔ «۶۷۵» ق. م.: باید موکل بدهد چنانکه هرگاه کسی وکیل در فروش خانهٔ موکل باشد هزینه‌هائی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۰

که برای تنظیم سند و انجام امر وکالت پرداخته از قبیل پول تمبر و مخارج دفتر خانه و رفت و آمد و امثال آن را موکل باید باو بپردازد. منظور ماده از مخارجی که بعهدهٔ موکل میباشد مخارجی است که برای انجام امر وکالت لازم میباشد و مخارج غیر ضروری مانند انعام بکارمندان دفترخانه و امثال آن را موکل عهده دار نیست مگر آنکه شرط خلاف شود و یا بعداً رضایت دهد. ملزم بودن موکل بپرداخت مخارج در صورتی است که بر خلاف آن بین طرفین شرط نشده باشد و الا طبق شرط عمل میشود.

ج- خساراتی که در اثر انجام امر وکالت متوجه وکیل میگردد،

چنانکه وکیل در رفتن بدفترخانه برای انجام معامله موکل بلغزد و بزمین بخورد و پایش بشکند و یا در مسافرت از شهری بشهر دیگر مصادف با دزد گردد و اموال او را بسرقت ببرند، موکل ضامن نخواهد بود، زیرا موکل عرفاً سبب خسارات مزبور شناخته نمیشود و تعهد بمسئولیت خود هم ننموده است.

مبحث چهارم در طرق مختلفه انقضاء وکالت

اشاره

عقد وکالت عقدی است جایز و هر زمان هر یک از وکیل و موکل میتواند آن را بر هم زند. و تعیین مدت در عقد وکالت نیز آن را لازم نمیگرداند و فقط اثر مدت آن است که وکالت در تمامی مدت جایزه باقی میباشد و پس از خاتمه مدت، دورهٔ وکالت مقتضی میشود و عمل وکیل که پس از انقضاء واقع شده فضولی خواهد بود.

قانون مدنی مادهٔ «۶۷۸» را در تحت عنوان (در طرق مختلفه انقضاء وکالت) بیان نموده و در این کتاب هم بپیروی از قانون مدنی عنوان مزبور تغییر داده نشده است.

و چنانچه از موارد مذکور در ماده بالا- معلوم میگردد منظور از انقضاء وکالت انحلال عقد وکالت در اثناء میباشد و باعتبار آنکه وکالت در اثر انحلال خاتمه پیدا مینماید آن را انقضاء نامیده است.

وکالت طبق مادهٔ «۶۷۸» ق. م. بطریق زیر مرتفع میشود:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۱

۱- بعزل موکل-

اشاره

عقد وکالت عقدی است جایز و طبق مادهٔ «۶۷۹» ق. م. موکل میتواند هر زمان بخواهد وکیل را عزل بنماید مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. چنانکه مکرر گذشت عقد جایز را میتوان بدو نحو غیر قابل انحلال گردانید و آثار عقد لازم را بر او مترتب ساخت، و آن در موارد زیر است:

الف– وکالت وکیل ضمن عقد لازمی شرط شود و آن بدو نحو است:

اول- وکالت وکیل بصورت شرط نتیجه، ضمن عقد لازم قرار داده شود که بنفس اشتراط وکالت محقق گردد،

در این صورت عقد وکالت جزء عقد لازم شده و کسب لزوم از آن مینماید و مادام که عقد اصلی باقی است شرط ضمن آن را نمیتوان بر هم زد.

چنانکه کسی خانهٔ خود را بفروشد و در ضمن آن وکالت فروشنده را برای سه سال شرط نماید، که محصول دهات مشتری را جمع‌آوری کرده و آنچه عاید شود از بابت ثمن برداشت کند و زائد آن را بخریدار برگرداند. در فرض ماده بالا چنانچه موکل وکیل را از وکالت عزل نماید آن عزل تأثیر نخواهد داشت و وکالت باقی است زیرا چنین عقد وکالتی از طرف موکل مانند عقد لازم غیر قابل انحلال میباشد. ولی وکیل میتواند از وکالت استعفا دهد، همچنانی که هرگاه شرط وکالت ضمن عقد لازم بنفع موکل باشد وکیل نمیتواند استعفا بدهد ولی موکل میتواند از حق خود صرف نظر کرده وکیل را عزل بنماید، زیرا مشروط له همیشه میتواند حق شرط را ساقط نماید اگر چه مشروط علیه باین امر رضایت ندهد.

بنابر آنچه گذشت هرگاه شرط وکالت در ضمن عقد لازم بنفع طرفین باشد یعنی بنفع هر یک از وکیل و موکل قرار گیرد، هیچ‌یک از آنها نمیتواند عقد وکالت را منحل نماید.

در وکالتی که بصورت شرط نتیجه واقع میشود لازم نیست مدت معین گردد، بلکه میتواند کسی دیگری را بصورت شرط نتیجه بطور مطلق وکیل گرداند، در

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۲

این صورت وکالت باقی است تا موضوع آن منتفی شود و یا بجهتی از جهات عقد اصلی که شرط ضمن آن شده منحل گردد، زیرا عدم تعیین مدت موجب غرر نمیگردد و جهل بشرط هم نمیتواند موجب فساد آن باشد، چنانکه در شروط ضمن عقد تفصیل آن بیان گردید. و چنانچه تصور رود که با عدم تعیین مدت در وکالت، وکالت جائز مانند عقد لازم غیر قابل انحلال میگردد و نتیجه این امر بر خلاف مقتضای عقد وکالت است، گفته میشود که جواز و لزوم از مقتضیات اطلاق عقد میباشند و شرط بر خلاف آن، موجب بطلان عقد نمیگردد و استغراب عدم قابلیت انحلال عقد وکالت در فرض بالا بی‌مورد میباشد، زیرا چنانکه در خیار شرط گذشت هیچ مانعی ندارد که عقد لازم در نتیجهٔ درج خیار شرط در آن برای همیشه، اثر عقد جائز را پیدا کند و عقد جایز در اثر درج آن بصورت شرط، ضمن عقد لازم اثر عقد لازم را دارا شود بنابر آنچه گفته شد هیچ مانعی بنظر نمیرسد که زوج در ضمن عقد نکاح بزوجهٔ خود وکالت دهد که هر زمان بخواهد بتواند خود را مطلقه سازد.

دوم- وکالت وکیل بصورت شرط فعل ضمن عقد لازم قرار داده شود،

چنانکه کسی خانه خود را برای مدتی بدیگری اجاره دهد و بر موجر شرط شود که مستأجر را وکیل در فروش آن خانه نماید. موجر طبق شرط ملزم است مستأجر را وکیل در فروش خانه کند بعضی از فقهاء بر آنند که پس از انعقاد عقد وکالت طبق شرط

مزبور موجر میتوانـد وکیل را عزل نماید، زیرا عقد وکالت مسـتقلًا منعقد شده است و رابطهٔ حقوقی بین عقد مزبور و عقد لازمی که شرط فعل در آن شـده موجود نیست تا آثار عقـد لازم را بـدست آورد. بنظر میرسـد که مقصود طرفین از شـرط وکالت ضـمن عقد لازم، توکیل مسـتأجر و بقاء وکالت باشـد و الا وکالت را بصورت شـرط قرار نمیدادند و بعبارت دیگر وکالتی که ضـمن عقد لازم، انعقاد آن شـرط میشود در حقیقت وکالت بلا عزل است اگر چه باین امر تصریح نشود و مانند وکالتی است که بصورت شرط نتیجه حاصل شده باشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۳

ب- عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازمی شرط شود،

چنانکه عقـد وکالت مسـتقلًا واقع شود و سـپس موکل عقد لازم دیگری مانند بیع یا اجاره و امثال آن منعقد نماید و عدم عزل وکیل را ضـمن عقـد مزبور شـرط کند، در این صورت شـرط عدم عزل، جزء عقد لازم قرار میگیرد و لازم الاتباع خواهد بود. و در نتیجه، عقـد وکالت مزبور ماننـد صورت قبل اثر عقـد لازم را پیدا مینماید. در صورتی که وکالت و یا شـرط عدم عزل مدت نداشـته باشـد مادام که عقـد اصـلی موجود است وکالت غیر قابل عزل خواهد بود و هرگاه مدت داشـته باشد در اثنای مدت موکل نمیتواند وکیل را عزل بنماید.

منظور مادهٔ «۶۷۹» ق. م. از کلمهٔ عدم عزل در عبارت «مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضـمن عقد لازمی شـرط شده باشد» عـدم تحقق فسـخ است که بصورت شـرط نتیجه قرار داده شود، و الاـ هرگاه ضـمن عقـد لازمی شـرط شود که موکل وکیل را عزل نکنـد یعنی بصورت شرط فعـل باشـد، بعزل از طرف موکـل، وکیل عزل میشود و در این صورت مشـروطه له میتوانـد از نظر تخلف شرط عقد لازم را فسخ بنماید.

در فرض بالا فرقی نمینمایـد عقـد لازمی که منعقد شده و ضـمن آن عدم عزل وکیل شـرط شده است طرفش وکیل باشد یا شـخص ثالث.

شرط عـدم عزل وکیل چنانچه در ضـمن عقد جائزی قرار داده شود، عقد وکالت را لازم نمیگرداند و هر زمان موکل میتواند پس از بر هم زدن عقد اصلی وکیل را عزل کند و مادام که عقد اصلی موجود است شرط ضمن آن لازم الوفاء میباشد. و منظور کسانی که میگویند قرار دادن عقد وکالت بصورت شـرط ضـمن عقد جائز دیگر، آن را لازم نمیگرداند و هر زمان موکل میتواند وکیل را عزل نمایـد همـان است که در بالا بآن تـذکر داده شـد که موکل بوسـیلهٔ بر هم زدن عقـد اصـلی میتوانـد وکیل را عزل نمایـد، بر خلاف موردی که شـرط عدم عزل، ضمن عقد لازم قرار گیرد که موکل نمیتواند وکیل را عزل کند، زیرا نمیتواند عقد لازم اصلی را بر هم زند.

بنابراین صحیح است که گفته شود: لزوم شرط منوط بلزوم عقد خواهد بود.

شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد وکالت چنانکه کسی بدیگری وکالت دهد و ضمن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۴

عقد مزبور شـرط عدم عزل وکیل را بنماید، صحیح است، زیرا شرط مزبور بر خلاف متقضای عقد وکالت نمیباشد، و الا ضمن عقد دیگر نیز صـحیح نمیبود، بنابراین شـرط مزبور لازم الوفا خواهـد بود و نتیجهٔ آن لزوم عقد وکالت مزبور میباشد، ولی چنانکه از مادهٔ «۵۵۲» ق. م. مـذکور در فصل مضاربه که میگویـد: «هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد، تعیین مدت موجب لزوم عقـد نمیشود لیکن پس از انقضاء مـدت مضارب نمیتواند معامله بکند مگر باجازهٔ جدید مالك، اسـتنباط میشود نظر قانونی مدنی بر آن است که قرار دادن مدت ضمن عقد جائز آن را لازم الوفاء نمیگرداند و هر زمان طرفین میتوانند آن را بر هم زنند.

تذکر ۱

اثر شرط وکالت و همچنین شرط عدم عزل ضمن عقد لازم آنست که وکالت و یا عدم عزل نسبت بمشروط علیه لازم الوفاء میگردد و او باعتبار وجوب وفای بشرط نمیتوانـد وکالت را فسخ نماید و الا در احکام دیگر عقد جایز، مانند انحلال آن بفوت یا جنون احد طرفین تأثیری نخواهد داشت، زیرا وکالت ضـمن عقد لازم و یا سـلب حق عزل از موکل، طبیعت عقد جایز را بلازم مبدل نمی‌نماید بنابراین طبق مادهٔ «۹۵۴» ق. م بفوت (و یا بجنون) احد طرفین عقد وکالت مزبور منفسخ میشود.

تذکر ۲

مادهٔ «۶۸۳» ق. م. متـذکر است که موکـل میتوانـد عملی را که وکـالت انجـام آن را بوکیل داده است خود انجام دهـد، زیرا وکالت عبارت از دادن نماینـدگی بـدیگری در انجام امریست، و سلب حق از انجام آن بوسیله موکل نمیباشد. بنابراین موکل میتواند مورد وکـالت را خود انجـام دهـد و یـا بشـخص ثـالث وکالت دهـد تا آن را انجام کنـد، چنانکه هرگاه کسـی وکالت فروش خانه خود را بدیگری بدهد میتواند خود آن را بفروشد و یا هبه نمایند و یا بوسیلهٔ وکیل دیگری آن را انجام دهد. بدین جهت قرار دادن وکالت بصورت شرط نتیجه و یا فعل و همچنین شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۵

در این امر مؤثر نخواهـد بود، زیرا اثر شـرط مزبور فقط آنست که موکل نمیتواند وکیل را عزل کند و آن ملازمه با سـلب حق انجام عمل از موکل نـدارد. ممکن است گفته شود، قصـد طرفین از شـرط وکالت و یا عـدم عزل وکیل ضـمن عقد لازم، سـلب حق عمل منـافی بـا امر وکـالت از موکـل است، زیرا هرگـاه منظور آنان صـرفاً عـدم قـدرت بر عزل وکیل باشـد و موکل بتوانـد از راه دیگری موضـوع وکـالت را منتفی سـازد، زحمت درج شـرط بخود راه نمیدادنـد و داعی عقلائـی دیگری غیر از این امر نمیتوان برای طرفین فرض نمود. آنچه بنظر میرسـد آنست که چنـانچه قرائن و اوضاع و احوال دلالت نمایـد که قصـد طرفین از شـرط وکالت و یا شـرط عـدم عزل ضـمن عقـد لازم سـلب حق عمـل منافی با مورد وکالت از موکل بوده است، طبق مادهٔ «۱۰» ق. م. تعهـد مزبور الزام‌آور است، و بهمین جهت میتوان گفت که موکل میتواند ضـمن عقد لازمی مستقیماً سلب حق عمل منافی با مورد وکالت از خود بنماید. در این صورت چنانکه موکل عمل منافی بنماید آن عمل بلا اثر است، مثلًا هرگاه کسی ضمن خرید خانهٔ بفروشنده وکالت دهد که باغ شـمیران او را بفروشـد و آنچه بـدست می‌آورد بابت ثمن خانه بردارد، موکل نمیتوانـد خانه را بـدیگری هبه کند، زیرا منظور از وکـالت در فروش بـاغ آن بوده که فروشـنده خـانه، استیفای طلب خود را از فروش آن بنمایـد. ولی هرگاه کسـی ضـمن عقـد نکاح بزوجه خود وکالت دهـد که هرگاه زوج مزبور زن دیگر اختیار کنـد و یا تا سه ماه نفقهٔ او را ندهـد او بتوانـد خود را مطلقه نمایـد، زوج میتوانـد زوجه مزبور را خود طلاـق دهـد زیرا منظور از وکـالت زوجه در طلاـق استیلای او بر رهائی در صورت نکاح دیگر و عدم تأدیهٔ نفقه بوده است و طلاق دادن بوسیلهٔ زوج منافات با مورد وکالت و مقصود زوجه ندارد.

بعضـی از حقوقیین بر آننـد که سـلب حق عمـل منافی با مورد وکالت خواه مسـتقیم باشـد یا غیر مسـتقیم، سـلب حق اجرای بعض از حقوق مدنی است و طبق مادهٔ «۹۵۹» ق. م:

«هیچ‌کس نمیتواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۶

سلب کنـد». قبـل از پاسـخ بایراد بالا لازم است مادهٔ «۹۵۹» ق. م. بطور اختصـار شـرح داده شود برای حیـات اجتمـاعی هر فردی در جامعه، حقوقی شناخته شده که بوسیلهٔ آنها آزادی حقوقی فردی تأمین میگردد. مهمترین حقوقی مزبور عبارتند از: حق مالکیت، حق

زوجیت حق ولایت، حق وارث بودن و امثال آنها که حقوق مدنی نامیده میشود. قانون مدنی ایران برای حمایت از حقوق مدنی افراد در مادهٔ «۹۵۹» آنان را منع نموده که بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب بنمایند. قانون مدنی اگر چه جزای این امر را بیان ننموده است ولی از لحن عبارت مادهٔ بالا و توجه بمفاد مواد قبل و بعد آن هویدا است که سلب حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی بطور کلی، خواه بصورت تعهد مستقل و خواه بصورت شرط ضمن عقد، بلااثر است

منظور مادهٔ بالا از کلمه (بطور کلی) آن است که کسی نمیتواند تمامی حقوق مدنی و یا یک نوع خاص از آن را از خود سلب کند که نتواند از آن متمتع شود، چنانکه کسی حق مالکیت را مطلقاً یا حق مالکیت شیئی مخصوصی را مانند اراضی از خود سلب نماید و در ردیف بردگان درآید که قابلیت داشتن عنوان مالکیت را دارد نیستند و همچنین کسی نمیتواند حق اجرای تمام حقوق مدنی و یا یک نوع خاصی از آن را از خود سلب نماید چنانکه کسی حق خرید یا فروش را بطور مطلق یا اموال معینی را مانند باغ یا خانه از خود سلب کند که نتواند هیچ زمان یا برای مدت معینی باغی یا خانه‌ای بخرد و یا آنکه حق نکاح را بطور مطلق یا با زن معینی از خود سلب نماید که چنانچه نکاحی با آن زن منعقد شود عقد باطل باشد.

قانون مدنی از بیان کلمه (بطور کلی) نخواسته است کسی را منع از سلب کردن حق مدنی یا عدم اجرای آن از خود بطور جزئی یعنی در مورد خاص بنماید. بنابراین در صورتی که قانون صراحةً در مورد خاصی سلب حق را منع ننموده باشد، هیچ‌گونه اشکالی سلب حق تمتع یا اجراء آن نخواهد داشت، مثلًا در عقد نکاح زوج میتواند شرط نماید که حق اخراج زوجه را از محل وقوع عقد ندارد و یا تمتع خاصی را از او ننماید و

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۷

و همچنین است که کسی بدیگری باغی را بفروشد و با خریدار شرط کند که حق فروش آن را بغیر ندارد و هر زمان که خریدار بخواهد میتواند بقیمت عادله و یا بقیمت خریداری شده آن را بفروشنده انتقال دهد بنظر میرسد هر حقی را که بتوان ساقط نمود میتوان حق تمتع و یا حق اجرای آن را از خود سلب کرد، زیرا نتیجه این دو امر یکسان میباشد.

در صورتی که ضمن عقد لازمی بصورت شرط فعل بر موکل شرط گردد که عمل منافی یا امر وکالت ننماید شرط مزبور الزام‌آور است و چنانچه موکل بر خلاف آن عمل کند مشروطه له میتواند عقد لازم را فسخ بنماید.

طریق ساده‌ای که برای جلوگیری موکل از عمل منافی با مورد وکالت میتوان در نظر گرفت، قرار دادن وجه التزام است چنانکه موکل ضمن عقد لازمی تعهد نماید که هرگاه عمل منافی با مورد وکالت انجام دهد فلان مبلغ بعنوان وجه التزام بطرف بپردازد.

در مواردی که موکل میتواند وکیل را عزل کند، چنانچه او را عزل کرد مادام که اطلاع عزل بوکیل نرسد وکالت منحل نمیشود. رسیدن خبر عزل بوکیل بهر نحوی ممکن است که نوعاً بتوان بآن اعتماد پیدا نمود. این امر برای انحلال عقد وکالت کافی است اگر چه وکیل مزبور اعتماد بعزل خود از طریق مزبور پیدا نکند. و طبق مادهٔ «۶۸۰» ق. م: «تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل باو در حدود وکالت خود بنماید نسبت بموکل نافذ است». قانون مدنی در این امر پیروی از قول مشهور فقها نموده است قول دیگر بر آن است که وکیل بعزل موکل منعزل میشود و اعمالی که پس از آن بنماید فضولی خواهد بود قول سومی موجود است و آن فرق بین امکان اعلام عزل بوکیل و عدم امکان آن میباشد. قول مشهور متکی بروایات است و اعتبار استحسانی چنانکه گفته شود، عقد جایز بوسیلهٔ فسخ یکی از طرفین منحل نمیشود، مگر آنکه طرف دیگر از آن آگاه گردد کافی بر برتری قول مزبور نمیباشد و الا باید در تمامی عقود جایزه این قاعده را جاری ساخت و حال آنکه اینان ملتزم بآن نشده‌اند و عقد وکالت هم خصوصیتی را در بر ندارد که ایجاب این امر را بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۸

۲- باستعفای وکیل-

استعفای وکیل عزل کردن خود از وکالت است. در استعفای وکیل بر خلاف آنچه در عزل نمودن او از طرف موکل گفته شد، بنفس استعفاء عقد وکالت منحل میشود، خواه موکل بر آن امر اطلاع پیدا نماید و یا اینکه جاهل باشد، زیرا وکالت از عقود جایزه میباشد و در عقد جایز هر یک از طرفین میتواند آن را در حضور و غیاب طرف دیگر بر هم زند و علم طرف دیگر شرط انحلال عقد جایز شناخته نشده است.

استعفای وکیل بهر لفظ و فعلی که دلالت بر آن نماید محقق میگردد. چنانکه از مادهٔ «۶۷۹» ق. م. از نظر وحدت ملاک استنباط میشود، عقد وکالت باستعفای وکیل منحل میشود، مگر آنکه وکالت وکیل یا عدم استعفای او در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد، زیرا همچنانی که ممکن است شرط وکالت و عدم فسخ بنفع وکیل ضمن عقد لازم بشود، ممکن است شرط وکالت و عدم فسخ بنفع موکل باشد زیرا هر یک از وکیل و موکل ممکن است از وکالت منتفع گردد.

طبق مادهٔ «۶۸۱» ق. م: «بعد از اینکه وکیل استعفا داد مادامی‌که معلوم است موکل باذن خود باقی است، میتواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند». بنابراین پس از آنکه وکیل استعفا دهد نه فقط تا زمان اطلاع موکل میتواند اعمال وکالتی را انجام دهد، بلکه پس از اطلاع موکل از آن مادام که موکل استعفای او را نپذیرفته است میتواند باعتبار اذن ضمنی که از عقد وکالت حاصل شده بامور وکالتی اقدام بنماید. نظر مزبور مبتنی بر آن است که وکالت عبارت از دادن نمایندگی و اذن در تصرف بوکیل میباشد و چون نمایندگی وکیل در اثر استعفای او زایل شود اذن در تصرف باقی میماند. از نظر تحلیل عقلی استدلال مزبور قابل رد است، زیرا اذن حاصل ضمن عقد وکالت وجوداً و عدماً قائم بوجود وکالت میباشد، و پس از زوال وکالت اذن بتنهائی باقی نخواهد ماند و بعبارت دیگر اذن مطلق در ضمن فرد مخصوص موجود میگردد و کلی بوجود جزئی و فرد، در خارج یافت میشود و چنانچه فرد معدوم گردد کلی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۳۹

ضمن آن بوجود آمده بود نیز معدوم میشود. در صورتی که گفته شود وکالت عقد نیست و مانند اذن و اباحهٔ در تصرف میباشد، مادام که اذن دهنده از اذن خود رجوع نکند مأذون میتواند در مورد اذن، تصرف نماید اگر چه آن را رد کرده باشد همچنانی که در اباحهٔ مطلق است. مثلا هرگاه کسی دیگری را در مهمانی بخوردن غذائی دعوت نماید، مهمان اگر چه رد نموده باشد مادام که میزبان از اباحهٔ خود رجوع نکرده، میتواند از آن غذا تناول نماید.

۳- بفوت وکیل یا موکل-

عقد وکالت بفوت هر یک از طرفین طبق صریح مادهٔ «۶۷۸» ق. م. مرتفع میشود. انحلال عقد در اثر فوت اختصاص بوکالت ندارد، بلکه طبق مادهٔ «۹۵۴» ق. م.: «کلیه عقود جایزه بموت یکی از طرفین منفسخ میشود ...».

از نظر تحلیل حقوقی علت انفساخ عقد وکالت در مورد فوت وکیل آن است که وکالت نیابت در تصرف میباشد و آن قابل انتقال بورثه نیست، و در مورد فوت موکل چون شخصیت حقوقی او در اثر فوت زایل میگردد نمایندگی و نیابت از بین خواهد رفت، علاوه بر آنکه در وکالت استدامهٔ اذن لازم میباشد و بفوت موکل اذن مرتفع میشود.

و چنانکه مورد وکالت راجع بامور مالی موکل باشد چون بفوت او دارائیش منتقل بورثه میگردد تصرفاتی که وکیل بعداً بعمل آورد نسبت بمال غیر خواهد بود، و فضولی شناخته میشود اگر چه وکیل اطلاع از فوت موکل نداشته باشد، همچنانکه در تمام موارد انفساخ است. و نمیتوان مورد مزبور را مانند مورد عزل وکیل دانست و بر آن بود که تا اطلاع وکیل از فوت موکل وکالت

باقی میباشد، زیرا چنانکه گذشت قول مشهور در مورد عزل بر خلاف قاعده است و حکم استثنائی را نمیتوان منشأ قیاس قرار داد.

۴- بجنون وکیل یا موکل-

اشاره

عقد وکالت طبق صریح مادهٔ «۶۷۸» ق. م. در اثر جنون یکی از طرفین مرتفع میگردد. انحلال عقد وکالت در اثر جنون اختصاص بوکالت ندارد بلکه طبق مستفاد از مادهٔ «۹۵۴» ق. م: «کلیه عقود جایزه بموت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۰

(و جنون) یکی از طرفین منفسخ میشود ...» نظر باطلاق مادهٔ بالا، جنون خواه اطباقی باشد و یا ادواری اگر چه مدت آن کوتاه و چند دقیقه بیش بطول نیانجامد موجب ارتفاع وکالت میگردد، زیرا در اثر پیدایش جنون برای موکل وضعیت حقوقی او تغییر پیدا مینماید و اهلیت استیفاء را از دست میدهد و این امر موجب میشود اذن در تصرف که استدامهٔ آن شرط بقاء وکالت است زایل گردد، و چون موکل دیگر نمیتواند در اموال خود تصرفی بنماید نایب او نیز نخواهد توانست بعنوان نمایندگی تصرفی بکند. اما در مورد جنون وکیل چون در اثر جنون، وکیل ممنوع از تصرف در امور مالی خود میباشد و قانون اعتباری برای عبارات او نشناخته است بطریق اولی نخواهد توانست در امور مالی دیگری که رعایت هر گونه صلاح را باید بنماید تصرف کند، قانون مدنی در انحلال عقد وکالت بجنون یکی از طرفین پیروی از قانون اسلام (امامیه) نموده است و مبنای آن در حقوق مزبور اجماع میباشد و الا اعتبارات و استحساناتی که در بالا- بآنها اشاره شد کافی نخواهد بود، که پیدایش جنون عقد وکالت منفسخ شود، زیرا در مورد جنون موکل، ممکن است گفته شود که اذن قیم بتواند جانشین اذن موکل شود بدون آنکه وکالت مرتفع گردد، و در مورد جنون وکیل گفته شود که در اثر پیدایش مانع، وکیل نتواند در حال جنون در امور موکل تصرف بنماید مخصوصا در مورد جنون ادواری که در بعضی اوقات، مجنون دچار اختلال اعصاب دماغی میباشد.

تذکر لازم

کلیه نسخ چاپی از قانون مدنی که ملاحظه گردید در مادهٔ «۹۵۴» کلمه جنون یافت نشده. بنظر میرسد که در موقع استنساخ قانون مدنی برای طبع و نشر از روی نسخه اصلی کلمه جنون ساقط شده باشد، زیرا با توجه بنحوهٔ بیان مادهٔ «۹۵۴» که میگوید: «کلیه عقود جایزه بموت احد طرفین منفسخ میشود و همچنین بسفه در موردی که رشد معتبر است» محقق میگردد که کلمه (و جنون) پس از کلمه موت موجود بوده است و الا با نبودن کلمه (و جنون) بی‌تناسب است گفته شود (و همچنین بسفه در مواردی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۱

رشد معتبر است) چه تناسبی بین رشد و موت موجود نیست تا جمله و همچنین بآن عطف گردد و چنانکه عقد جایز در اثر سفیه در مواردی که در حین انعقاد رشد معتبر است فسخ گردد بطریق اولی باید عقد جایز را در صورت جنون منفسخ دانست. بجهت مذکور در فوق در جلد اول و همچنین در این جلد هرکجا مادهٔ مزبور بیان شده یا بآن استناد گردیده جنون را مانند موت موجب انفساخ عقد جائز دانسته‌ام.

۵- بمحجوریت وکیل یا موکل

اشاره

مادهٔ «۶۸۲» ق. م. میگوید: «محجوریت موکل موجب بطلان وکالت میشود مگر در اموری که حجر مانع از توکیل در آنها نمیباشد، و همچنین است محجوریت وکیل مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد».

منظور مادهٔ بالا از محجوریت عدم رشد است یعنی سفه زیرا مادهٔ «۱۲۰۷» ق. م. محجورین را سه دسته که صغار، اشخاص غیر رشید و مجانین باشد شناخته است و محجوریت در اثناء وکالت نمیتواند صغر باشد و حکم جنون را هم قانون بیان نموده است، باقی میماند سفه که مادهٔ مزبور حکم آن را متذکر میشود. انحلال عقد بمحجوریت وکیل یا موکل اختصاص بوکالت ندارد، بلکه طبق مادهٔ «۹۵۴» ق. م. «کلیه عقود جایز بموت (و جنون) احد طرفین منفسخ میشود و همچنین بسفه در مواردی که رشد معتبر است» چنانکه در طرفین عقد وکالت گذشت که سفیه میتواند تملک بلاعوض مانند قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات بنماید، در آن امور نیز او میتواند وکالت بغیر دهد، و طبق مستفاد از ذیل مادهٔ «۹۵۴» ق. م. حدوث سفه موکل در اثناء وکالت در صحت آن تأثیر نمینماید، زیرا رشد در امور مزبور معتبر نمیباشد، ولی نسبت با مورد دیگر که سفیه نمیتواند در آن تصرف بنماید مانند معاملات و عقود (غیر از قبول صلح و هبهٔ بلا عوض) ایجابا و قبولا سفه در اثناء وکالت موجب انفساخ عقد مزبور خواهد بود.

قانون مدنی در این امر نیز پیروی از حقوق امامیه نموده است که متکی بر اجماع میباشد.

اما نسبت بحصول سفه وکیل در اثناء وکالت، چنانکه در طرفین عقد گذشت که سفه مانع از قبول وکالت نمیباشد، همچنین حدوث سفه نیز موجب انحلال وکالت نمیگردد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۲

تبصره ۱

قانون اسلام تفلیس موکل را موجب انحلال وکالت میداند ولی چون تفلیس مدنی در قوانین کنونی کشور پیش‌بینی نشده است عملا مورد پیدا نخواهد کرد و ورشکستگی تجاری هم تابع مقررات خاص خود میباشد. در امور وکالت باید تفلیس را مانند سفه دانست و وکالت مفلس را در امور مالی مگر تملکات بلا- عوض غیر نافذ شناخت و چنانکه در قرض گذشت مفلس نیز میتواند قرض بنماید و طلبکار مزبور در ردیف غرماء از اموال موجود مفلس استیفاء طلب نمینماید. بنابراین تفلیس در اثناء وکالت در اموری که موکل نمیتواند شخصا انجام دهد از موجبات انفساخ آن شمرده میشود، ولی در تفلیس وکیل چنانکه میتوان ابتداء مفلس را وکیل نمود، تفلیس او در اثناء مدت وکالت موجب انحلال آن نمیگردد.

تبصره ۲

اغماء یا بیهوشی را فقهای امامیه اجماعا مانند جنون موجب انحلال عقد وکالت دانسته‌اند. ولی قانون مدنی با آنکه در مقام بیان موجبات زوال وکالت بوده نامی از اغما نبرده و بسکوت برگزار کرده است.

با روش قضائی دادگاهها و توجه بمادهٔ «۳» قانون آئین دادرسی مدنی راهی که بتوان اغماء را موجب زوال وکالت دانست یافت نمیشود.

۶- به از بین رفتن مورد وکالت

مادهٔ «۶۸۳» ق. م. میگوید: هرگاه متعلق وکالت از بین برود ... وکالت منفسخ میشود». منظور از کلمهٔ (از بین رفتن متعلق وکالت) تلف شدن مورد آن است چنانکه هرگاه مورد وکالت فروش مال التجاره‌ای باشد و آن دچار حریق گردد، زیرا انجام امر وکالت در اثر آنکه موضوع منتفی است غیر مقدور میشود و عقد منفسخ میگردد.

در صورتی که انجام امر وکالت بجهتی از جهت موقتا ممتنع گردد، وکالت منفسخ نمیشود، چنانکه هرگاه مورد وکالت مالی باشد و از طرف مقامات صالحه بجهتی بازداشت شود مانند آنکه مورد قرار تأمین یا برگ اجرائی قرار گیرد، پس از رفع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۳

بازداشت، وکیل میتواند آن را بغیر واگذار نماید و همچنین هرگاه فروش مالی که مورد وکالت است سرقت شود و یا غرق گردد این امر خللی بوکالت وارد نمیآورد و پس از بدست آمدن آن مال وکیل میتواند بامر وکالت اقدام نماید.

۷- بانجام عملی از طرف موکل که منافی با وکالت وکیل باشد

مادهٔ «۶۸۳» ق. م. میگوید: «هرگاه ... موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا بطور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد بجا آورد مثل اینکه مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد وکالت منفسخ میشود». قانون مدنی در مادهٔ مزبور پس از ذکر انجام مورد وکالت بوسیلهٔ موکل که مثال آن را در ذیل ماده بیان نموده است، بطور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد مانند هبه یا صلح و یا انتقال مالی که وکالت فروش آن داده شده، موجب انفساخ وکالت دانسته است. انفساخ وکالت در مورد مزبور مانند از بین رفتن مورد وکالت از نظر منتفی شدن موضوع تعهد میباشد و بدین جهت قانون آن دو را در یک ماده بیان کرده است.

اقدام موکل بعملی که منافی با وکالت است عزل وکیل نمیباشد، بنابراین هرگاه موکل شروع بعمل منافی نموده و بعدا بجهتی از جهات از خاتمه دادن آن صرف نظر کرد و یا مواجه با موانعی گردید، وکیل بوکالت خود باقی است و میتواند آن را انجام دهد، بنابراین هرگاه در جریان اقدامات موکل، وکیل امر وکالت را خاتمه دهد، عمل وکیل صحیح میباشد مثلا هرگاه کسی بدیگری وکالت دهد که خانهٔ او را بفروشد و سپس موکل خود مشتری پیدا کند و در جریان مذاکره با او باشد و حتی قول بفروش هم باو بدهد، وکیل با علم باین امر خانه را بدیگری بفروشد، معاملهٔ وکیل صحیح شناخته میشود مگر آنکه قرائن دیگری حکایت از عزل وکیل بنماید.

خاتمه: در اجرت وکیل در مورد انحلال یا بطلان وکالت

فسخ در اثناء عقد وکالت-

در صورتی که عقد وکالت در اثناء بجهتی از جهات منحل شود هرگاه وکیل عملی انجام داده که عرفا دارای اجرت باشد، مستحق اجرت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۴

عمل خود خواهد بود زیرا عقد وکالت صحیحا واقع شده و عمل انسان محترم است و موکل از آن استیفاء منفعت نموده است. و چنانکه اجرت عمل قبلا معین شده باشد بنسبت عملی که انجام داده از اجرت معینه ذی حق میشود و هرگاه اجرت معین نشده وکیل اجرت المثل آن را دریافت میدارد.

بطلان عقد وکالت

در صورتی که عقد وکالت بجهتی از جهات باطل باشد و وکیل بعض یا تمام مورد وکالت را انجام داده است، چنانچه برای عمل مزبور عرفا اجرتی باشد وکیل اجرت المثل آن را دریافت خواهد داشت اگر چه وکیل علم ببطلان وکالت داشته باشد، زیرا عمل انسان محترم است و باجازهٔ موکل انجام گردیده. و چنانچه در ضمن عقد باطل، اجرت برای وکیل معین شده باشد نمیتوان آن را

ملاک اجرت المثل قرار داد، زیرا اثر آن منوط بصحت وکالت است و پس از کشف بطلان، هیچ‌گونه اثری نخواهد داشت.

مقدمه در انتقال تعهد

اشاره

قبل از تحقیق در ضـمان عقـدی، لازم میداند از نظر تحلیل حقوقی مطالبی چند راجع بانتقال تعهد (انتقال طلب و انتقال دین) یادآور شود.

تعهـد چنانکه گـذشت، عبارت از رابطه اعتباریست بین دو نفر که بیکی حق میدهـد امری را از دیگری مطالبه بنماید. در حقوق ملل قـدیمه تعهـد، خواه از نظر مثبت آن که طلب است و خواه از نظر منفی آن که دین است، قابـل انتقـال بغیر نبوده، و بیشتر این امر را، وضـعیت متعهـد که تعهـد خود را انجام نمیـداده تأییـد میکنـد که در اثر آن حق مالی بصورت الزام شـخص مـدیون در می‌آمـده، و بمجازات معسـر و ممتنع از قتل و یا قطع اعضاء و یا رقیب منجر میگردید. افکار اجتماعات قدیمه تعهد را بسته بشخص مدیون و غیر قابل انتقال میدانستند زیرا هر یک از دائنین دارای اخلاق مخصوص میباشد از قبیل سمج بودن و پشت کار داشتن و یا مهمل و سهل انگار بودن، همچنانکه هر یک از

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۵

مدیونین نیز دارای اخلاق خاصی است از قبیل خوش حساب بودن و زود بده و متمول و باید حساب و پشت گوش انداز و بی‌اعتبار، و هر یک از این اوصاف در ارزش دین سهم بسزائی را دارا میباشد.

بتدریـج این نظریه ضـعیف گشت و افکار توانست برای تعهـد وجود جـداگانه‌ای غیر از وجود متعهـد له فرض کند و تعهد را چه از جنبه مثبت و چه از جنبه منفی مانند مال با ارزشـی، جزء دارائی شـخص بشمار آورند، زیرا تعهد پس از ایفاء بصورت مال در خارج جلوه‌گر میشود. این امر رفته رفته جـامعه را بر آن داشت که بتوانـد تصور قـابلیت انتقال تعهـد را بنمایـد و پس از تصور انتقال اموال مادی، بمـدت زمانی بانتقال طلب آشـنا شـد و اکنون صـحت انتقال آن در تمامی قوانین کشورهای متمـدن پـذیرفته شـده است ولی قابلیت انتقال دین را هنوز بعضـی از قوانین نشـناخته‌اند. جامعه در ادواری که آشـنا بانتقال طلب و انتقال دین نمیبود، احتیاجات خود را بوسـیله تبـدیل تعهـد رفع مینمود و بتدریـج که انتقال طلب و انتقال دین را پذیرفت از تبدیل تعهد بی‌نیاز گردید، ولی هنوز بعض مجموعه‌های قوانین مدنی کشورهای کنونی از آن یادآور میشوند.

۱- انتقال طلب

اشاره

انتقال طلب عبارت است از انتقال حقی که کسی از دیگری دارد بجهتی از جهات بشخص ثالث. و آن بدو صورت فرض میگردد:

الف- انتقال قهری

و آن انتقال حق طلبکار در اثر فوت بورثهٔ او میباشـد چنانکه کسـی که از دیگری یکصـد هزار ریال طلب کار است فوت کند طلب مزبور در اثر فوت بورثهٔ او منتقل میشود.

ب- انتقال اختیاری

و آن واگـذار طلب بوسـیلهٔ صـاحب آن بشـخص ثالث میباشـد خواه معوض باشـد و خواه غیر معوض، بطور کلی باشـد،ماننـد آنکه

کسی تمام دارائی خود را بدیگری واگذار نماید که جزء آن مطالباتی هم از اشخاص دیگری موجود باشد، و یا بطور خاص، چنانکه کسی طلب معینی را که از دیگری دارد بشخص ثالث واگذار کند. در انتقال طلب، قهری یا اختیاری، شخص منتقل الیه قائم مقام طلب کار میشود و تمامی حقوقی که برای طلب کار بوده دارا میگردد. انتقال طلب قهری بوسیلهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۶

ارث، سوابق ممتدی در تاریخ حقوق دارد، اما انتقال طلب اختیاری پس از مدتی پذیرفته شد. در حقوق ایران ماده‌ای که تصریح بآن نماید دیده نمیشود ولی از روح مواد مختلفه صحت آن محرز میباشد.

انتقال طلب بوسیلهٔ عقد بین طلبکار و شخص ثالث واقع میگردد و بدهکار هیچ‌گونه مداخله‌ای در آن ندارد و ممکن است بدون اطلاع و رضایت او حاصل شود، زیرا طلبکار صاحب حق میباشد و هر گونه تصرفی میتواند در آن بنماید.

۲- انتقال دین

اشاره

انتقال دین را مدت زمانی جامعه نمیتوانست تصور نماید و بدین جهت با آنکه انتقال طلب را پذیرفته بود، دین را قابل انتقال نمیدانست.

از نظر تحلیلی برای طلبکار فرقی نمینماید که چه کسی طلب او را ادا مینماید، زیرا منظور غائی طلبکار رسیدن بطلب خود میباشد جز در موردی که شخصیت مدیون مورد نظر دائن است و آن در صورتیست که مورد تعهد فعل مخصوصی میباشد که مباشرت متعهد مورد نظر متعهد له است. جامعه در روابط اقتصادی بین افراد، احتیاج بانتقال دین دارد بدین معنی که مدیون بتواند دیگری را بجای خود بطلب کار معرفی بنماید که قائم مقام او شده و در مقابل طلب کار مدیون باشد، و همچنین طلب کار بتواند هر گونه حقی که بریده کار داشته نسبت باو اعمال کند، مانند حق اقامهٔ دعوی و الزام بپرداخت دین و بالاخره بازداشت اموال مدیون یا شخص او در صورت امتناع از ایفاء تعهد. انتقال دین مانند انتقال طلب ممکن است قهری باشد چنانکه در فوت مدیون است و ممکن است اختیاری باشد، خواه بطور کلی چنانکه شرکتی تمامی سهام خود را بدیگری واگذار نماید و یا بطور خاص مانند انتقال عین مرهونه و دینی که آن مال وثیقهٔ آنست.

در حقوق مدنی آلمان از مادهٔ «۴۱۴» تا مادهٔ «۴۱۹» انتقال دین و احکام آن بیان شده است.

انتقال دین بوسیله عقد بین مدیون اصلی و مدیون جدید منعقد میگردد.

عقد مزبور برای آنکه نسبت بشخص ثالث (طلبکار) مؤثر باشد، باید شخص مزبور

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۷

موافقت خود را اعلام دارد. موافقت طلبکار ممکن است قبل از عقد بعمل آید، و ممکن است پس از معامله بوسیله یادداشتی انتقال بطلبکار اعلام گردد، و چنانچه او موافقت نداشته باشد، میتواند در ظرف مدت معینی آن را اظهار دارد. در صورتی که طلبکار موافقت خود را بانتقال اعلام داشت، اثر قهقرائی از تاریخ انتقال مینماید. خصوصیتی که در انتقال دین در قانون مدنی آلمان موجود میباشد آن است که در اثر انتقال دین رابطه حقوق سابق تغییر نمیکند. و این امر دو اثر در بر دارد: یکی آنکه تمامی مدافعاتی که مدیون میتوانسته در مقابل طلبکار بنماید منتقل الیه نیز میتواند آن مدافعات را بنماید و دیگر آنکه اگر دین دارای وثیقه عینی بوده پس از انتقال وثیقه بحال خود باقی میماند.

در حقوق مدنی فرانسه هبه نمودن تمام دارائی، شامل دیونی که اموال واهب وثیقهٔ آن است نمیشود و انتقال دین بطور خاص نیز وجود ندارد.

اکنون باید دانست که از نظر تحلیل حقوقی ضمان و حواله چیست؟ از اقسام تبدیل تعهد است یا مبتنی بر انتقال دین و طلب میباشد؟

الف- ضمان

چنانکه از گفتار فقهای امامیه بر می‌آید و از مادهٔ «۶۸۴» ق. م.

که میگوید: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد» معلوم میشود، ضمان عقدی است از عقود معینه، و مبتنی بر انتقال دین از ذمه مضمون عنه بذمه ضامن میباشد اشکالی که فقط از نظر صوری ممکن است بشود آنست که، گفته شود: در انتقال دین عقد بین مدیون اصلی و مدیون جدید واقع میشود و حال آنکه در ضمان، عقد بین مدیون جدید (ضامن) و بین طلبکار (مضمون له) منعقد میگردد و ضامن در مقابل طلبکار تعهد میکند که دین مدیون را بپردازد، و این امر میرساند که ضمان تبدیل تعهد باعتبار تبدیل مدیون است باین نحو که ضامن با مضمون له تعهد جدیدی منعقد مینمایند و تعهد سابق که بین مضمون عنه و مضمون له بوده است منحل میگردد و در نتیجهٔ آن دین مضمون عنه ساقط میشود. پاسخ اشکال مزبور با تحلیل حقوقی ضمان آسان خواهد بود، از نظر تحلیلی عمل ضامن عبارت است از عهده گرفتن دینی که بر عهدهٔ مضمون عنه میباشد ولی چون طلبکار نقش اساسی را در تعهد مزبور بازی مینماید،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۸

عقد در مقابل او منعقد میشود و بدین جهت است که در انتقال دین چنانچه طلبکار موافقت ننماید، انتقال مزبور در مقابل او بلا اثر است. بنابراین انعقاد عقد بین طلبکار و مدیون جدید در ضمان، حقیقت امر را که انتقال یافتن دین از ذمهٔ مدیون اصلی بذمهٔ مدیون جدید است تغییر نمیدهد و عمل مزبور را تبدیل تعهد نمیگرداند. بلی، چون ضمان عقد مستقلی است و از عقود معینه میباشد شرائط آن با انتقال دین ساده، فرق مینماید.

برای روشن شدن امر، تبدیل تعهد باعتبار تبدیل مدیون ذیلًا بیان میگردد:

مادهٔ «۱۲۷۱» ق. م. فرانسه میگوید: «تبدیل تعهد بسه طریق محقق میشود:

«... ۲- زمانی که مدیون جدید جانشین مدیون قدیمی شود که بوسیله طلبکار تعهدش برطرف شده است ...». تبدیل تعهد باعتبار تبدیل مدیون ممکن است بیکی از دو نحو بعمل آید:

اول- در صورتی که رضایت مدیون اصلی مانند رضایت مدیون جدید و طلبکار در تبدیل تعهد مدخلیت داشته باشد، مثلًا مستأجر خانهٔ، اجارهٔ خود را بدیگری واگذار نماید و با او توافق کند که مستأجر جدید تعهد نماید مال الاجاره را مستقیماً بمالک بدهد و مالک، مستأجر اول را از تمامی تعهد خود ابراء نماید مثال دیگر، کسی خانه خود را بدیگری میفروشد و فروشنده با خریدار توافق مینمایند که خریدار تعهد پرداخت مقداری از ثمن را بطلبکار او بنماید و طلبکار قبض بدهی فروشنده را باو پس بدهد. این قسم تبدیل تعهد را noitageleD یا noitavon noitageleD یا etiafrap noitageleD گویند.

دوم- تبدیل تعهد ممکن است بدون مداخله مدیون اصلی بعمل آید- مادهٔ «۱۲۷۴» قانون مدنی فرانسه آن را oissimorpxE نامیده و آن بدین نحو محقق میگردد که شخص ثالثی مستقیماً در مقابل طلبکار تعهد مینماید که دین مدیون را باو بپردازد بشرط آنکه طلبکار مدیون را ابراء کند تبدیل تعهد باعتبار مدیون بدین نحو نادر است. مثلًا طلبکار از شرکت تجاری، بجای آنکه طلب خود را پس از انحلال شرکت دریافت دارد، آن را باختیار یکی از شرکاء شرکت قرار میدهد که همان تجارت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۴۹

را ادامه دهد، و پس از قبول، شریک مزبور که بدهکار جدید است بجای شرکت (بدهکار سابق) قرار میگیرد.

در دو نحو تبدیل تعهد مذکور در بالا، تعهد مستقلی از طرف مدیون جدید بعمل می‌آید و متعهد له تعهد سابق را ساقط میگرداند،

ولی بوسیلهٔ عقد ضمان هیچ‌گونه تعهد جدیدی بوسیلهٔ ضامن بعمل نمی‌آید بلکه همان دینی که بر عهده مدیون اصلی است بعهده میگیرد و پس از قبول مضمون له، دین مدیون اصلی بخودی خود ساقط میشود و بدین جهت طبق مادهٔ «۶۹۴» ق. م.: «علم ضامن بمقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را مینماید شرط نیست بنابراین اگر کسی ضامن دین شخصی شود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است ضمان صحیح است لیکن ضمانت یکی از چند دین بنحو تردید باطل است».

و اما عدم مداخلهٔ مدیون اصلی در ضمان از نظر آنست که در تعهد نقش زنده و مثبت را صاحب حق (دائن) بازی مینماید و میتواند هر گونه تصرفی در حق خود بنماید ولی نقش مدیون منفی میباشد همچنانی که در ابراء است که بدون موافقت و حتی اطلاع مدیون، دائن از حق خود صرفنظر مینماید. بنابراین بدون تردید میتوان گفت که ضمان از عقود معینه و مبتنی بر انتقال دین میباشد.

ب- حواله

اشاره

چنانکه از گفتار فقهای امامیه و مادهٔ «۷۲۴» ق. م. که میگوید:

«حواله عقدی است که بموجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون بذمه شخص ثالثی منتقل میگردد ...» معلوم میشود که حواله نیز از عقود معینه و مبتنی بر انتقال دین میباشد. حواله بر دو قسم است:

۱- حواله بربری

حواله بربری مانند ضمان مبتنی بر انتقال دین است، زیرا محیل دینی را که بمحتال دارد بمحال علیه منتقل میکند. و عقد اگر چه بین محیل و محتال واقع میشود، ولی در حقیقت قبول محال علیه در تحقیق حواله نقش اساسی را بازی میکند، اینست که مادهٔ «۷۲۵» ق. م. میگوید: «حواله محقق نمیشود مگر با رضای محتال و قبول محال علیه».

در حواله بربری هیچ‌گونه تعهد جدیدی از طرف محال علیه بعمل نمی‌آید بلکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۰

او دینی را که بعهده محیل میباشد میپذیرد و بدین جهت است که مادهٔ «۷۲۷» ق. م.

میگوید: «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون بمحیل باشد در این صورت محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است».

۲- حوالهٔ بر مدیون

و آن در موردیست که کسی بدیگری بدهکار و از شخص ثالث طلبکار باشد و در عوض آنکه طلب خود را یک مرتبه از شخص ثالث مدیون دریافت دارد و در مرتبه دوم بطلبکار بابت دین خود بپردازد، بمحال علیه حواله میدهد که دین او را قبول نماید. (از نظر تحلیلی چنانکه در فصل تبدیل تعهد گفته شد حواله بر مدیون منحل بدو عمل میشود: یکی انتقال دین که هدف مقدم و اصلی است و محیل دینی را که در مقابل محتال در ذمه دارد بعهدهٔ محال علیه میگذارد، و دیگری انتقال طلب که هدف مؤخر و تبعی میباشد زیرا حواله‌ای که محیل میدهد باعتبار طلبی است که از محال علیه دارد، و در معنی آنچه طلب دارد بمحتال حواله میدهد و آن معنی انتقال طلب است.

با نظر عمیق‌تری میتوان گفت که در حواله بر مدیون، اگر چه محیل باعتبار طلبی که از محال علیه دارد بر او حواله میدهد، ولی

قصـد واگذاری طلب خود را بمحتال نمینماید و قصد مشـخص امر میباشد. بنابراین حواله بر مدیون نیز مانند حواله بربری انتقال دین محض میباشـد و پس از آنکه محال علیه حواله را پذیرفت دین از ذمهٔ محیل بذمهٔ محال علیه منتقل میگردد و در نتیجه این امر محیل بری و محـال علیه در مقابـل محتـال مـدیون میشود، بـا این فرق که در حواله بر مـدیون چون محـال علیه قبل از قبول حواله، مـدیون بمحیـل بوده است و در اثر قبول حواله، طلبکـار از او میگردد، بین دو دین تا انـدازهٔ که با هم معادله مینماینـد طبق مادهٔ «۲۹۵» ق. م. تهـاتر قهری حاصـل میشـود. این امر در حوالـهٔ بربری نیست و محـال علیه میتوانـد پس از تـأدیه مورد حواله بمحتـال، آن را از محیل بخواهد.

بنابر آنچه گفته شـد معلوم گردیـد که حواله از اقسام تبدیل تعهد نمیباشد و محال علیه در مقابل محتال تعهد مسـتقلی نمیکند، بلکه همان دینی که محیل بذمه داشته است بذمهٔ او منتقل میشود. و چنانکه در بحث از ضمان گذشت، انعقاد حواله بین محیل (بدهکار) و محتال (طلبکار) حقیقت امر را که انتقال دین باشد تغییر نمیدهد، زیرا حواله از عقود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۱

معینه است و میتواند دارای شـرائط صوری مخصوصی باشد مانند آنکه عقد بین محیل و محتال منعقد گردد و قبول محال علیه شرط تحقق آن باشد.

بنابر آنچه گفته شد ضمان و حواله مبتنی بر انتقال دین است و از اقسام تبدیل تعهد نمیباشند و بدین جهت:

۱- کلیه تضـمینات دین سابق پس از ضـمان و حواله ساقط نمیشود و چنانچه دین اصـلی دارای رهن و یا ضمان تضامنی بوده پس از انتقال بحال خود باقی میماند.

۲- در ضمان و حواله هر گونه دفاعی را که مدیون اصلی در مقابل طلبکار میتوانسته بنماید، مدیون جدید نیز میتواند بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۲

فصل چهاردهم در ضمان عقدی

مبحث اول در کلیات

اشاره

ضمان مصدر میباشد و بمعنای در برداشتن است، زیرا در ضمان آنچه در ذمه مدیون است در ذمه دیگری قرار میگیرد، و ذمه ضامن آنچه را که در ذمه مضـمون عنه بوده در برخواهد گرفت، بسـیاری از علماء عامه بر آنند که نون ضـمان زائد میباشد و کلمهٔ ضـمان مشـتق از ضم است و ذمه مدیون بذمه دیگری ضـمیمه و پیوست میشود، بنابراین ضـمان عقدی افادهٔ اشتراک دو ذمه را نسـبت بیک دین مینماید، و ضامن و مضـمون عنه در مقابل مضـمون له، مدیون میشوند. امام مالك بر آنست که طلبکار نمیتواند طلب خود را از ضامن بخواهـد مگر در صورتی که مطالبهٔ از مضـمون عنه در اثر غائب بودن او یا افلاس و یا انکارش متعذر شود. امام شافعی و بقیه فقهای عامه میگویند طلبکار میتواند از هر یک از ضامن و مضمون له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند.

در اصـطلاح حقوقی ضـمان دارای دو معنی است: معنی اعم و آن تعهـد بمال و یا نفس انسانست و باین معنی ضـمان شامل حواله و کفالت میشود، و معنی اخص و آن تعهد بمال است که در ذمه دیگری قرار دارد که ضـمان عقدی میباشد و مادهٔ «۶۸۴» قانون مدنی آن را تعریف مینماید و میگوید «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد».

ضمان مبتنی بر انتقال دین است

چنانکه در تبدیل تعهد تذکر داده شد، ضمان مبتنی بر انتقال دین است یعنی در نتیجهٔ ضمان جنبهٔ منفی تعهد، از مدیون بضامن منتقل میشود و مدیون

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۳

اصلی برمی گردد، بنابراین هرگاه کسی ضامن دیگری شود، ذمه مدیون اصلی بری شده و فقط ذمه ضامن در مقابل طلبکار مدیون میشود. ولی نباید از نظر دور داشت که میتوان از مدیون ضمانت تضامنی نمود که در نتیجهٔ آن هر یک از ضمان و مضمون عنه در مقابل طلبکار مدیون باشند و آن در صورتی است که این امر در عقد قید شود، خواه عقد مزبور بلفظ ضمان و مشتقات آن منعقد شود یا بالفاظ دیگری که معنی مقصود را برساند، زیرا در صورتی که این امر در عقد تصریح گردد معلوم میشود که قصد طرفین انتقال دین نمیباشد. و همچنین طرفین میتوانند در عقد مزبور نحوهٔ مطالبه را نیز قید کنند که طلبکار بتواند از هر یک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد طلب خود را مطالبه کند و یا آنکه در صورتی نپرداختن مضمون عنه بتواند از ضامن آن را مطالبه نماید. دلیل بر این امر عموم مفاد مادهٔ «۱۰» قانون مدنی و ذیل مادهٔ «۶۹۹» قانون مزبور است که شرح آن خواهد آمد. بنابر آنچه گذشت هرگاه کسی بطور مطلق ضامن دیگری شود، ضمان مزبور نقل ذمه مدیون بذمه ضامن میباشد و چنانچه طرفین بخواهد که ضمان بصورت تضامن واقع گردد باید آن را در ضمان صریحا قید نمایند.

عقد ضمان علاوه بر شرائط خاصه، مانند عقود معینه دیگر باید دارای شرائط اساسی صحت معامله که در مادهٔ «۱۹۰» قانون مدنی بیان شده است باشد.

در ضمان سه نفر موجودند: مضمون عنه و آن مدیون اصلی است، مضمون له که طلبکار است، و ضامن که در اثر عقد ضمان بدهی مدیون اصلی را عهده دار میشود.

ضمان از عقود عهدی میباشد

ضمان عقدی است عهدی که بین ضامن و مضمون له منعقد میگردد که در نتیجهٔ آن ضامن، دین مضمون عنه (مدیون اصلی) را در مقابل مضمون له (طلبکار) بعهده میگیرد که بپردازد. مضمون عنه (مدیون اصلی) هیچ‌گونه نقشی در عقد ضمان بازی نمی‌نماید و عقد بدون مداخله او منعقد میگردد، این ستکه مادهٔ «۶۸۵» قانون مدنی میگوید: «در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست» زیرا طلبکار مالك ذمه مدیون است و طبق قاعده مذکور در مادهٔ «۳۰» ق. م. هر مالکی نسبت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۴

بما یملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد. و بدین جهت بدون رضایت مدیون میتواند او را ابراء کند و ضمان تبرعی صحیح میباشد، همچنانی که در ایفاء دین از جانب غیر مدیون تبرعا، رضایت مدیون شرط نیست (مادهٔ ۲۶۷ قانون مدنی)

در عقد ضمان بدستور مادهٔ «۱۹۱» قانون مدنی طرفین عقد باید دارای قصد انشاء باشند بشرط مقرون بودن آن بچیزی که دلالت بر قصد کند، بنابراین ایجاب از طرف ضامن و قبول از طرف مضمون له برای تحقق عقد ضمان لازم میباشد، این ستکه قانون مدنی در مادهٔ «۶۸۹» میگوید: «هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است».

بعضی از فقهای امامیه رضایت باطنی مضمون له را خواه رضایت در حین عقد حاصل شده باشد و یا بعدا حاصل شود، برای انعقاد ضمان کافی دانسته‌اند، مستند اینان روایت ضمان علی امیر المؤمنین است از مرده‌ای که پیغمبر از نماز خواندن بر او امتناع فرمود تا اینکه امیر المؤمنین از دین او ضمانت کرد، و حال آنکه طلبکار حضور نداشت. بنابراین نظریه، ضمان مانند عقود دیگر نمیباشد و بدون قبولی برضایت مضمون له منعقد میگردد. این امر آن را از عقد بودن خارج نمینماید.

تنجیز شرط صحت عقد ضمان میباشد

در قسمت تعهدات و اقسام عقود بیان گردید که تعلیق در عقد موجب بطلان نمیشود مگر آنکه قانون صریحا در عقد معینی تنجیز را شرط صحت بداند. قانون مدنی تعلیق در ضمان را موجب بطلان آن دانسته و در مادهٔ «۶۹۹» میگوید «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام بتأدیه ممکن است معلق باشد». در مثال مزبور ضامن منجزا ضمانت نکرده بلکه ضمانت او بر فرض عدم پرداخت دین از طرف مدیون میباشد و این امر تعلیق در عقد ضمان است ولی در صورتی که ضمانت منجزا واقع شود چنانچه ضامن بگوید من ضامنم ولی وفا و تأدیه دین را که مرحله مؤخر از ضمان است معلق قرار دهد اشکالی نخواهد داشت، چنانکه تأدیهٔ آن را منوط بعدم پرداخت از طرف مدیون

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۵

اصلی نماید مثلًا بگوید من ضامنم و اگر مدیون نپرداخت من میپردازم، زیرا در این فرض تعلیق، که موجب بطلان ضمان باشد موجود نشده است. ضمان در فرض اخیر مانند ضمان در اعیان مضمونه است که بضمان ید تعبیر میشود چنانکه در غصب است که غاصب در نتیجهٔ استیلاء بر اموال غیر، ملزم میباشد عین مال را بصاحبش رد نماید و چنانچه تلف شود بدل آن را بدهد. ضمان غاصب نسبت ببدل معلق بر تلف عین است. بعضی از حقوقیین بر آنند که تعلیق در وفاء در حقیقت تعلیق در ضمان است و قابل تفکیک از یکدیگر نمیباشد و نمیتوان ضمان عقدی را بر ضمان ید قیاس نمود.

تعلیقی را که قانون مدنی موجب بطلان عقد میداند، در صورتی است که معلق علیه خارج از شرائط صحت عقد باشد و الا چنانکه مادهٔ «۷۰۰» ق. م تصریح مینماید «تعلیق ضمان بشرائط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمیشود.» فرقی نمینماید شرائط صحت عقد که مورد تعلیق قرار میگیرد از شرائط اساسی صحت معامله باشد مانند اهلیت، رضایت مضمون له و امثال آن چنانکه ضامن بگوید اگر دارای اهلیت باشم ضامنم، و یا از شرائط اختصاصی عقد ضمان باشد مانند مدیونیت مضمون عنه که در مثال مذکور در مادهٔ است.

شرائط اطراف ضمان

اشاره

اطراف ضمان عبارتند از: ضامن، مضمون له، و مضمون عنه.

اول- ضامن

۱- چنانکه مادهٔ «۶۸۶» ق. م میگوید «ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد» زیرا ضامن در عقد ضمان، تعهد بدین مینماید و اهلیت طبق مادهٔ «۱۹۰» ق. م.

از شرائط اساسی صحت کلیه معاملات است، بنابراین ضمان صغیر و مجنون باطل است زیرا آنان دارای اهلیت معامله نمیباشند. مجنون ادواری در حال افاقه و همچنین سفیه باذن قیم خود میتواند ضمانت کند هرگاه این امر را قیم بمصلحت او بداند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۶

۲- طبق مادهٔ «۶۹۵» ق. م «معرفت تفصیلی ضامن بشخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست». زیرا در ضمان مانند بسیاری از تعهدات شخصیت مضمون له علت عمده تعهد نمیباشد و مضمون عنه هم طرف عقد نیست تا شناختن او در عقد مورد توجه قرار گیرد. بنابراین لازم نیست نام و نسب آن دو را ضامن بداند، ولی چنانکه از مفهوم مادهٔ بالا فهمیده میشود برای صحت ضمان

معرفت اجمالی لازم است که ضامن آن دو را از یکدیگر تمیز بدهد که دائن کدامست و مدیون کدام، تا آنکه بتواند قصد خود را در عقد متوجه آنان کند که دین کدام شخص را در مقابل کدام شخص بعهده میگیرد.

۳- طبق مادهٔ «۶۹۰» ق. م. در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد زیرا ضمان، تعهد بتأدیه دین است و مانند اقتراض میباشد که معسر و مفلس نیز میتوانند قرض کنند. اثر اعسار ضامن آنست که در موعد معین نمیتواند از عهدهٔ ایفاء دین خود بر آید و این امر موجب ضرر مضمون له خواهد بود، بنابراین مضمون له باید در حین عقد از وضعیت مالی ضامن آگاه باشد، و در صورتی که باعسار او آگاه بوده عقد ضمان غیر قابل فسخ میباشد و الا هرگاه مضمون له در وقت ضمان بعدم تمکن ضامن جاهل بوده و یا او را ملی میدانسته و یا طبق ظاهر، فرض ملائت برای او مینموده و پس از عقد کشف شد که معسر است، بدستور مادهٔ بالا میتواند عقد ضمان را فسخ نماید و مانند آنست که مورد معامله در حین عقد معیب باشد. پس از فسخ عقد، ضمان منحل شده و دین بذمهٔ مدیون اصلی دعوت می‌یابد. بنابراین میتوان گفت که ملائت ضامن شرط لزوم عقد ضمان است مگر اینکه مضمون له بر اعسار ضامن در حین عقد آگاه باشد. در صورتی که ضامن در زمان عقد ضمان ملی بوده و بعداً معسر و یا مفلس شود، چنانکه دارائی او دچار حریق گردد، مضمون له خیار فسخ نخواهد داشت، زیرا شرط لزوم در حین عقد موجود بوده است و اعسار مؤخر نمیتواند در عقد مقدم تأثیر کند، همچنانی که هرگاه در زمان عقد، ضامن معسر بوده و مضمون له از آن آگاه نباشد و پس از عقد ملی شود خیار مضمون له ساقط نمیشود، زیرا خیار در اثر اعسار محقق گردیده و چنانچه در بقاء آن پس از پیدایش

ملائت تردید شود بقاء خیار استصحاب میگردد.

خیار فسخ ضمان برای مضمون له، پس از کشف اعسار ضامن، فوری نیست و مادام که خیار مزبور ساقط نشود مضمون له میتواند عقد ضمان را فسخ کند، زیرا فوریت دلیل میخواهد و دلیلی بر این امر موجود نیست و در صورت تردید حق خیار سابق استصحاب میشود.

دوم- مضمون له

اهلیت در مضمون له شرط صحت ضمان است، زیرا مضمون له یکی از طرفین عقد میباشد، و در اثر قبول ضمان که انتقال دین است در امور مالی خود تصرف مینماید، بنابراین صغیر غیر ممیز و مجنون نمیتوانند ضمان را قبول کنند ولی در صورتی که مضمون له صغیر ممیز و یا سفیه باشد چنانکه مصلحت آنان اقتضاء نماید باذن قیم و ولی میتواند قبول ضمان کنند، زیرا چنانکه در وکالت گذشت عبارات آنان دارای اعتبار قانونی است ولی مستقلًا نمیتوانند در امور مالی خود تصرف کنند و نقص مزبور را اذن قیم یا ولی که ادارهٔ امور آنان را عهده‌دار میباشند جبران مینماید.

سوم- مضمون عنه

۱- طبق مادهٔ «۶۸۵» ق. م: «در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست» زیرا مدیون اصلی طرف عقد قرار نمیگیرد و انتقال دین بوسیلهٔ ضامن و مضمون له که طلبکار است بعمل می‌آید، و مالك دین میتواند هرگونه تصرفی در آن بنماید اگر چه مدیون عدم موافقت خود را اعلام دارد، همچنانی که طلبکار میتواند مدیون را ابراء نماید و یا طلب خود را بدیگری انتقال دهد. اثری که بر مداخله مدیون اصلی مترتب است آنست که هرگاه مضمون عنه از ضامن درخواست قبول ضمان کند و یا اذن دهد که از او ضمانت نماید، ضامن میتواند آنچه را که بمضمون له میپردازد تا حدود دین از مضمون عنه بخواهد.

و در صورتی که بدون اذن مدیون ضمانت کند، ضمان تبرعی تلقی میگردد. اذن صغیر غیر ممیز و مجنون بلا اثر است زیرا قانون

اعتباری برای عبارات آنها نشناخته است و

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۸

اذن سفیه یا صغیر ممیز موجب مطالبهٔ ضامن از مضمون عنه نخواهد گردید، زیرا اذن آنان در مورد مزبور موجب تصرف در امور مالی است و آنان اهلیت مزبور را ندارند.

۲- اهلیت مضمون عنه شرط صحت عقد ضمان نمیباشد، زیرا مضمون عنه طرف عقد قرار نمیگیرد و طبق مادهٔ «۶۸۵» ق. م. رضایت او نیز شرط صحت عقد ضمان نیست، بدین جهت است که حتی با مخالفت و منع مضمون عنه، ضمان منعقد میگردد این ستکه مادهٔ «۶۸۷» ق. م. میگوید: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است» بنابراین هرگاه کسی از دینی که بر ذمه صغیر یا مجنون یا میت است در مقابل طلبکار ضامن بشود ضمان معتبر میباشد ضمان از میت با وجود زوال شخصیت حقوقی او که ملاک مدیونیت است باعتبار دینی میباشد که ذمهٔ او مشغول بوده و الا از نظر حقوقی، میت نمیتواند مورد تکلیف قرار گیرد تا مدیون شناخته شود.

مورد ضمان

اشاره

چنانکه از مادهٔ «۶۸۴» ق. م. که میگوید: «عقد ضمان عبارتست از اینکه شخصی مالی را که بر ذمهٔ دیگری است بعهده بگیرد ...» معلوم میشود، چیزی میتواند مورد ضمان قرار گیرد که دو شرط زیر را دارا باشد.

۱- مورد ضمان باید مال باشد-

چیزی که مورد ضمان قرار میگیرد باید مال باشد خواه آنکه عین باشد مانند ده تن گندم کلی یا منفعت مانند مسافرت با هواپیما و خواه عملی باشد که باید انجام شود مانند ساختمان کردن و خیاطی و امثال آن. عملی میتواند مورد ضمان واقع شود که قید مباشرت متعهد در آن نشده باشد و الا چنانکه مورد تعهد عمل شخص متعهد باشد آن امر قابل انتقال بذمه دیگری نیست و چنانچه چنین تعهدی بشود تبدیل تعهد خواهد بود و در صورتی که عمل بشرط مباشرت مورد تعهد قرار گیرد آن عمل میتواند مورد ضمان واقع شود، زیرا مشروط له دائن با قبول ضمان، از مباشرت شخص معین صرفنظر نموده و مانند عمل مطلق میباشد، ولی هرگاه شرط مباشرت در تعهد اصلی بنفع مضمون عنه شده باشد، از نظر خیار تخلف شرط مضمون

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۵۹

عنه حق فسخ تعهد خود را خواهد داشت چنانکه در اجاره گذشت. بنابر آنچه گذشت کسی نمیتواند از حقوق غیر مالی که دیگری بر عهده دارد مانند تکالیف ولی و قیم ضمانت کند و بعهدهٔ خود بگیرد.

۲- مورد ضمان باید در ذمه باشد

اشاره

مالی میتواند مورد ضمان قرار گیرد که در ذمه مدیون باشد زیرا ضمان مبتنی بر انتقال دین است و دین در ذمه است.

ضمان از اعیان مضمونه مانند مال مغصوب و مال مقبوض به بیع فاسد و امثال آن (باین معنی که کسی در مقابل مالک ملتزم شود مال مغصوب را که در ید غاصب است رد نماید و در صورت تلف شدن، بدل آن را از مثل یا قیمت بدهد و یا آنکه ملتزم شود که در صورت تلف بدل مال مغصوب را از مثل یا قیمت بمالک رد نماید) اینگونه ضمان از افراد ضمان عقد اصطلاحی نمیباشد و

فقهای امامیه در صحت آن اختلاف دارند:
دستهٔ معتقد بر بطلان آن میباشند و استدلال مینمایند که التزام برد عین در صورت وجود مال با آنکه غاصب خود ملتزم برد آن است دو تعهد موجود میگردد و آن ضـمن ذمه بذمه دیگری است که بر خلاف مفهوم ضمان میباشد، و التزام برد مثل یا قیمت در صورت تلف، ضـمان از مـالی است که در ذمه نمیباشـد، زیرا مـالی که هنوز تلف نشـده مثـل یا قیمت آن در ذمـهٔ غاصب قرار نگرفته است.
دسـته دیگر معتقـد بصـحت اینگونه ضـمان میباشـند و چنین اسـتدلال مینماینـد که عمومات ادله شامل مورد مزبور میشود و از اقسام ضمان عقدی اصـطلاحی بشـمار نمیرود. علاوه بر این چنانکه از موارد مختلفه ضـمان عقدی معلوم میگردد برای صحت عقد ضمان کافی است که مقتضـی ثبوت دین در ذمه موجود باشـد و ثبوت فعلی را لازم ندارد. از نظر قانون مدنی بنظر میرسد که چنین تعهدی دارای تمامی شرائط اساسی برای صحت معامله است و طبق مفاد مادهٔ «۱۰» ق. م. صحیح میباشد.
و میتوان صـحت آن را از ملاک مادهٔ «۶۹۷» در مورد ضـمان عهده از مشتری یا بایع نسـبت بدرك ثمن یا مبیع، اسـتنباط نمود، زیرا ضمان در مورد مزبور از اقسام ضمان اعیان مضمونه است و ضمان دین نمیباشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۰

دینی که ممکن است مورد ضمان قرار گیرد عبارتست:

اول- دینی که در حین عقد ضمان مستقر باشد.

منظـور از دیـن مسـتقر دینی است که در حین عقـد ضـمان بر ذمه مـدیون ثـابت و غیر مـتزلزل باشـد، ماننـد دین ناشـی از قرض و یا عوضـین در بیع کلی مطلق، چنـانکه کسـی مـال کلی بفروشـد و دیگری نزد مشتری ضامن مبیع گردد و همچنین است هرگاه کسـی مالی را بثمن کلی بخرد و دیگری نزد بایع ضامن ثمن شود.
فرد کامل از دین، دینی است که مستقر و ثابت در حین عقد میباشد.

دوم- دینی که در حین عقد ضمان متزلزل باشد.

منظور از دین متزلزل دینی است که بر ذمه مدیون ثابت میباشد ولی در اثر وجود خیار و یا جهتی از جهات دیگر قابل سـقوط است مانند عوضـین در بیع خیاری، چنانکه کسـی ضامن بایع، یا مشتری در بیع کلی خیاری شود. در مورد مزبور ممکن است در اثر فسـخ معامله دین بایع یا مشتری نسبت بمبیع یا ثمن ساقط گردد. ماننـد آنست ضـمانت از مهر قبل از دخول چنانکه کسـی ضامن زوج در مقابـل زوجه نسبت بمهری که در ذمـهٔ اوست بشـود زیرا ممکن است در اثر طلاـق قبـل از دخول نصف آن ساقـط گردد. در موارد مزبور دین در ذمه مـدیون ثـابت میباشـد ولی متزلزل است، این سـتکه مادهٔ «۶۹۶» ق. م. میگویـد: «هر دینی را ممکن است ضـمانت نمود اگر چه شـرط فسخی در آن موجود باشـد» مادهٔ مزبور در مورد دین خیاری است ولی حکم آن از نظر وحـدت ملاك باعتبار علت مستنبطه در تمامی اقسام دیون متزلزل جاری میشود.

سوم- دینی که سبب آن ایجاد شده است.

و آن در صـورتی است که سـبب دین اصـلی در حین عقـد ضـمان موجود باشـد ولی دین هنوز تحقق پیـدا نکرده و چنـانچه مـانعی بوجود نیایـد دین حاصـل میشود، ماننـد اجرت در جعـاله قبـل از انجـام عمـل که پس از آن دین محقق میگردد و همچنین است مال السبق و مال الرمایه قبل از انجام عمل که پس از عمل، دین بوجود می‌آید. بنظر میرسد که ضمان از چنین دینی پس از عقد جعاله و سبق و رمایه و قبل از شـروع بعمل صـحیح باشـد، زیرا علاوه بر آنکه ضـمان از چنین دینی را منطق ساده اجتماعی می‌پسـندد و ذوق سلیم حقوقی آن را میپـذیرد، مفهوم مـادهٔ «۶۹۱» ق. م. که میگویـد: «ضـمان دینی که هنوز سـبب آن ایجاد نشـده است، باطل است»

دلالت دارد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۱

که وجود سبب دین در حین عقد برای صحت ضمان کافی است، اگر چه دین هنوز موجود نشده باشد ولی بعداً در اثر انجام عمل حاصل گردد، آن ضعیف ترین افراد عهده است.

فقهای اسلام در صحت ضمان از دینی که سبب آن ایجاد نشده باشد، دارای عقائد مختلفی هستند: عده‌ای آن را باطل میدانند و استدلال میکنند که در مورد مزبور دین در ذمه مضمون عنه ثابت نمیباشد و ضمان ما لم یجب است و آن باطل میباشد. عده‌ای دیگر ضمان مزبور را صحیح میدانند، دلیل نظر اینان آیه کریمهٔ: و لمن جاء به حمل بعیر و انابه زعیم میباشد و بر آنند که دلیلی که ضمان ما لم یجب را مطلقا باطل بداند موجود نیست.

اما دینی که در حین عقد ضمان سبب آن ایجاد نشده است طبق مادهٔ «۶۹۱» ق. م. ضمان از آن باطل میباشد، مانند مسئولیت ناشی از تعدی و تفریط در مورد امانت از قبیل ودیعه، عاریه، مضاربه و امثال آنها. عقود مزبوره طبیعیه غیر مضمونه میباشند یعنی در زمان عقد متصرف امین است و مسئولیتی ندارد و مسئولیت او در اثر تعدی و تفریط حادث میشود و ضمان از مسئولیت مزبور قبل از تعدی و تفریط صحیح نمیباشد. مورد مزبور را با مورد غصب و مقبوض بعقد فاسد که ضمان از آن صحیح می‌باشد، نمیتوان قیاس نمود اگر چه در هر دو مورد، ضمان بدادن بدل از مثل و قیمت است، زیرا در مورد غصب و مقبوض بعقد فاسد در حین عقد ضمان، سبب مسئولیت که همان غصب و قبض مبیع بعقد فاسد است موجود می‌باشد. ولی در مورد عقود غیر مضمونه مانند عاریه و ودیعه در حین عقد ضمان، سبب مسئولیت موجود نشده زیرا سبب مسئولیت عمل تعدی و تفریط میباشد که بنابر فرض پیدایش نیافته است. بعضی از فقهای امامیه تمایل بصحت ضمان در موارد مزبور نموده‌اند. با توجه بمادهٔ «۱۰» ق. م. بنظر میرسد که تعهد مزبور الزام‌آور است مخصوصاً آنکه منطق سادهٔ اجتماع آن را می‌پذیرد.

مسائلی چند که در مورد ضمان از دین بحث میشود

الف- ضمان عهده نسبت بدرک مبیع یا ثمن

طبق مادهٔ «۶۹۷» ق. م

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۲

ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت بدرك مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر در آمدن آن جائز است» چنانکه از ماده «۳۹۰» و «۳۹۱» ق. م. معلوم میگردد در صورتی که مبیع مستحق للغیر در آید بایع باید ثمنی را که گرفته است بمشتری پس دهد، مسئولیت برد ثمن را در مورد مزبور ضمان درك مبیع گویند. و همچنین است ضمان درك نسبت بثمن یعنی هر گاه ثمن عین شخصی، مستحق للغیر در آید بایع باید ثمنی را که گرفته است بمشتری رد کند، این مسئولیت را ضمان درك ثمن گویند.

ضمان عهده از بایع نسبت بدرك مبیع و آن چنانست که کسی از بایع نزد مشتری ضمانت بنماید که هر گاه مبیع مستحق للغیر در آید، عین ثمنی را که بایع گرفته بمشتری رد کند و در صورت تلف بدل آن را از مثل یا قیمت بدهد.

ضمان عهده از مشتری نسبت بدرك ثمن، چنان است که کسی از مشتری نزد بایع ضمانت نماید که هر گاه ثمن عین شخصی مستحق للغیر در آید، ضامن، عین مبیع را ببایع مسرد کند و چنانچه تلف شده بود بدل آن را از مثل یا قیمت باو بدهد.

ضمان در دو مورد مزبور از اقسام ضمان اعیان مضمونه است زیرا در ضمان عهده نسبت بدرك مبیع، ضمانت از عین ثمنی میشود که ببایع داده شده که چنانچه مبیع مستحق للغیر در آید ضامن، عین آن ثمن را در صورت وجود و هر گاه تلف شده مثل یا قیمت آن را بمشتری رد نماید و در ضمان عهده نسبت بدرك ثمن، ضمانت از عین مبیع میشود که چنانچه ثمن مستحق للغیر در آید عین

مبیع در صورت وجود، و بـدل آن در صورت تلف ببایع داده شود قانون مـدنی در بیان ضـمان عهده در درک مبیع یا ثمن پیروی از عقیـده فقهـای امـامیه نموده است. حقوقیین مزبور بـا آنکه در صـحت ضـمان اعیـان مضـمونه اختلاف نظر دارنـد در مورد بالا متفق میباشـند ولی بعضـی از آنـان در مؤلفات خود ضـمان را پس از قبض مبیع یا ثمن گفته‌انـد، و بعض دیگر بطور مطلق ذکر نموده‌اند چنـانکه در مادهٔ «۶۹۷» ق. م. است و حکم صـحت ضـمان را منحصـر بمورد مسـتحق للغیر در آمـدن مبیع یا ثمن ننموده‌انـد بلکه در تمامی مواردی که در اثر فقدان یکی از شرایط صحت،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۳

عقد بیع باطل باشد ضـمان درک را صحیح دانسته‌اند. از نظر قضائی با توجه بوحدت ملاک که مبتنی بر علت مستنبطه میباشد حکم مادهٔ «۶۹۷» را در تمامی موارد ضمان درک مبیع یا ثمن میتوان تسری داد.

در صورتی که کسی ضامن عهده از بایع نسبت بدرک مبیع شود و بعضی از آن مستحقاً للغیر در آید و مشتری از خیار تبعض صفقه استفاده کرده و بیع را فسخ کند.

آیا مشتری میتوانـد نسبت بتمامی ثمن رجوع بضامن نمایـد و یا فقط میتوانـد نسبت بقسـمت باطل ثمن را مطالبه کنـد؟ شـیخ اجازه رجوع نسبت بتمـام ثمن بضـامن داده است، زیرا سـبب فسـخ عقـد، مسـتحق للغیر بودن بعض مـبیع است و آن در حین عقـد ضـمان موجود میباشـد. عـده‌ای از فقها بر آننـد که قسـمتی از ثمن که مبیع آن مسـتحق للغیر در آمـده موجب ضـمان عهـده است و مشتری میتواند آن مقدار از ثمن را از ضامن مطالبه کند، ولی نسبت بقسـمت دیگر از ثمن که بیع صحیح است، مشتری میتواند در اثر خیار تبعض صـفقه عقـد را فسـخ کند و یا بآن نسـبت مبیع را نگهدارد، و چنانچه آن را فسخ نمود نمیتواند نسـبت بثمن آن بضامن رجوع کند، زیرا ضمان عهده از درک مبیع شامل آن نمیگردد و بر فرض که در عقد ضمان تصریح شود ضمان از آن صحیح نمیباشد زیرا از اقسام ضمان ما لم یجب است.

این است که مـادهٔ «۷۰۸» ق. م. میگویـد: «کسـی که ضامن درک مبیع است در صورت فسـخ بیع بسـبب اقاله یا خیار از ضـمان بری میشود» بنابراین چنانکه در ضـمان عهده از بایع نسبت بدرک مبیع و یا ضـمان عهده از مشتری نسبت بدرک ثمن، عقد بیع بوسـیلهٔ اقاله یا فسخ منحل گردد، ضامن مسئول ثمن یا مبیع نخواهد بود، زیرا ضامن تعهد بتأدیه ثمن در مورد اول و مبیع در مورد دوم فقط در صورتی نموده که مبیع از نظر مسـتحق للغیر در آمـدن مورد، باطل باشـد و چنانچه عقـد بتراضـی طرفین اقاله گردد و یا بجهتی از جهات فسخ شود ضامن مسئولیتی ندارد و تعهدی نسبت بثمن یا مبیع ننموده است

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۴

ب- ضمان عهده از ثمن یا مثمن در صورت فسخ یا اقاله عقد بیع، و در صورت تلف مبیع قبل از قبض

مشهور نزد فقهای امامیه آن است که ضمان عهده از ثمن یا مثمن در صورت فسخ یا اقالهٔ بیع و همچنین در صورت تلف مبیع قبل از قبض الزام‌آور نمیباشد، مثلًا اگر کسـی نزد مشتری ضامن بایع گردد که چنانچه بیع اقاله یا فسخ گردید یا مبیع قبل از قبض تلف شد، ثمن و یا بـدل آن را بمشتری بدهـد، و یا آنکه کسـی نزد مشتری ضامن شود که چنانچه بیع فسخ یا اقاله گردید عین مبیع یا بدل آن را بمشتری بدهـد، ضـمان مزبور باطل است و ضامن هیـچ‌گونه مسـئولیتی نـدارد، زیرا دین نسـبت ثمن یا مثمن در حین عقد ضـمان موجود نیست و در اثر فسـخ یا اقاله یا تلف مبیع قبل از قبض حادث میشود بنابراین با توجه بقاعـدهٔ مـذکور در مادهٔ «۶۹۱» ق. م. که ضمانت از دینی را که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل میداند، ضمان در دو مورد مزبور باطل خواهد بود.

از نظر قانون مـدنی بایـد بر آن بود که در صورت اقاله و تلف مبیع قبل از قبض و همچنین در صورت فسخ بیع در مورد خیاراتی که سبب آن در حین عقـد موجود نبوده ماننـد خیـار تفلیس و خیار حیوان، ضـمان عهـده از ثمن جایز نمیباشـد، زیرا سـبب آنها بعـد از

ضمان حاصل میشود ولی در مورد خیاراتی که سبب آن در حین عقد موجود میباشد مانند خیار عیب، غبن و تدلیس، ضمان عهده از ثمن یا مثمن جایز است.

در ضمان از ثمن در مورد عیب سابق یا لاحق بر عقد فقها اختلاف نموده و مشهور قائل بعدم صحت آن میباشند.

بنظر میرسد که ضمان از ثمن در عیب سابق بر عقد چون سبب آن در حین عقد موجود میباشد از موارد ضمان عهده است و صحیح میباشد ولی ضمان از ثمن در عیب لاحق مانند تلف مبیع قبل از قبض است که سبب آن بعداً حادث میشود صحیح نخواهد بود.

فقها در شامل بودن ضمان عهده نسبت بارش در مورد خیار عیب، در صورتی که دارندهٔ خیار عقد را فسخ نکند و مطالبهٔ ارش بنماید اختلاف دارند، بنظر میرسد که چون سبب مطالبهٔ ارش وجود عیب، و آن در حین عقد موجود است و ارش قسمتی از ثمن میباشد که در مقابل نقص و عیب مبیع قرار دارد و چنانکه ضمان عهده نسبت بثمن در اثر فسخ

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۵

در مورد خیار عیب صحیح است نسبت بارش که قسمتی از ثمن است نیز صحیح میباشد.

ج- ضمان نفقه زوجهٔ دائمه و اقارب

ضمان از نفقه گذشته زوجهٔ دائمه صحیح میباشد، زیرا نفقه گذشته زوجهٔ دائمه طبق مفاد مادهٔ «۱۲۰۶» ق. م. دین ثابت بر ذمه زوج است. و اما نسبت بنفقهٔ آینده او بعضی گفته‌اند که چون نفقه آینده دین نمیباشد ضمان از آن صحیح نیست. بنظر میرسد چنانکه گذشت که وجود سبب دین در حین عقد ضمان، کافی برای صحت ضمان است و چنانکه مادهٔ «۱۱۰۶» ق. م. حاکی است در عقد دائم نفقه زن بعهدهٔ شوهر است و از این بیان معلوم میگردد سبب پرداخت نفقه زوجیت است که در حین عقد ضمان، موجود میباشد، بنابراین میتوان پس از انعقاد عقد نکاح از نفقه آینده زوجه ضمانت نمود و هرگاه بعدا ناشزه گردید بنابر مستفاد از ماده «۱۱۰۸» ق. م نفقه مدت نشوز ساقط میشود و در نتیجهٔ آن ضامن نسبت بمدت مزبور بری میگردد، زیرا مدیونیت ضامن در فرض بالا فرع بر پیدایش دین در ذمهٔ زوج است و در صورتی که زوجه ناشزه شود زوج ملتزم بتأدیهٔ نفقه نمیباشد تا ضامن ملتزم بپرداخت آن گردد.

ضمان از نفقهٔ گذشته اقارب صحیح نیست، زیرا بدستور مادهٔ «۱۲۰۶» ق. م نفقه گذشتهٔ اقارب دین بر ذمهٔ کسی که باید آن را بدهد نخواهد بود، و بدین جهت نمیتواند مورد ضمانت قرار گیرد. و اما ضمان نسبت بنفقه زمان آینده اقارب، عده‌ای از حقوقیین گفته‌اند که ضمانت از آن صحیح نمیباشد زیرا در حین عقد ضمان، مضمون عنه مدیون باقارب نمیباشد و از موارد ضمان ما لم یجب است، علاوه بر آنکه وجوب انفاق، حکم تکلیفی میباشد و بر ذمه کسی که باید آن را بدهد قرار نمیگیرد تا بتوان از آن ضمانت نمود.

بنظر میرسد که بنابر مستفاد از ذیل مادهٔ «۱۲۰۶» ق. م. که میگوید: «اقارب نسبت بآتیه میتوانند مطالبه نفقه نمایند» میتوان گفت سبب نفقه که قرابت و فقر باشد در حین عقد ضمان موجود است و این امر کافی برای صحت ضمان از نفقهٔ آینده اقارب میباشد اگر چه ذمه کسی که باید نفقه را بدهد در حال عقد مشغول نباشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۶

۳- مورد ضمان باید معین باشد

بدستور ذیل مادهٔ «۶۹۴» ق. م. که میگوید:

«... ضمانت یکی از چند دین بنحو تردید باطل است» مورد ضمان باید معین باشد.

مثلا هرگاه مدیون اصلی چندین دین مختلف بکسی داشته باشد یکی صد پوند، دیگری هزار فرانک سویس و سومی دو هزار ریال، نزد ضامن و مضمون له باید معلوم باشد که کدامیک از آنها مورد ضمان قرار میگیرد، زیرا معین نبودن مورد تعهد موجب غرر است و طبق شق «۳» مادهٔ «۱۹۰» ق. م. معین بودن یکی از شرائط اساسی صحت معامله شناخته میشود.

۴– علم اجمالی بمورد ضمان کافی است

بق قسمت اول مادهٔ «۶۹۴» ق. م.

«علم ضامن بمقدار و اوصاف و شرائط دینی که ضمانت آن را مینماید شرط نیست ...» و علم اجمالی بآن کافی میباشد بنابراین اگر کسی ضامن دیگری بشود بدون آنکه بداند دین او چه مقدار و از چه جنس و یا وصف است آن ضمان صحیح میباشد مثلا هرگاه کسی ببیند که دوستش را مأمور اجرا بهدایت طلبکار گرفته و ببازداشتگاه میبرد، اگر بگوید من ضامنم و او را آزاد نمائید و طلبکار قبول کند، عقد ضمان منعقد میشود و بعدا مقدار و جنس دین را معلوم مینمایند. عقد ضمان از قاعدهٔ (لزوم معلوم بودن مورد معامله) که یکی از شرائط اساسی صحت معامله است مستثنی میباشد، همچنانی که در بعض عقود دیگر مانند جعاله که مبنی بر ارفاق است نیز علم اجمالی را قانون مدنی کافی میداند.

۵– ضمان مؤجل از دین حال صحیح میباشد

طبق مادهٔ «۶۹۲» ق. م. «در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیهٔ آن اجلی معین کند، و همچنین میتواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید» از نظر تحلیلی عقد مزبور در حقیقت مرکب از دو امر است: یکی انتقال دین و دیگری قرار دادی نسبت بموعد پرداخت که طرفین توافق مینمایند دین مورد ضمان را در چه زمانی تأدیه بنماید. مثلا هرگاه کسی که پس از دو سال حق مطالبهٔ طلب خود را از مدیون دارد در مجلسی راجع بطلب خود از او انتقاد میکند، یکی از دوستان صمیمی مدیون که در مجلس

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۷

حضور دارد و این امر را بر خود گران ببیند، میتواند ضمانت مدیون را بدون اجل بنماید و فوری بپردازد، همچنانی که میتواند بدون تعهد دین او را تأدیه کند. بعض از فقهای امامیه در صحت ضمان حال از دین مؤجل اشکال نموده‌اند و دلیل آنان اینست که ضمان مزبور از اقسام ضمان ما لم یجب میباشد، زیرا در موقع عقد ضمان، طلبکار حق مطالبه از مدیون را ندارد. بطلان استدلال مزبور با مدیون بودن مضمون عنه در حین عقد ضمان، آشکار است.

۶– ضمان بکمتر یا بیشتر از دین صحیح میباشد–

ضامن میتواند بکمتر و یا بیشتر از دین از مدیون ضمانت کند، زیرا ضمان اگر چه انتقال دین میباشد ولی بوسیلهٔ تعهدی منتقل میگردد که بین ضامن و مضمون له واقع میشود و ضامن میتواند، با موافقت مضمون له هر مقداری تعهد کند. اشکال میشود که ضمان اگر چه تعهد است ولی تعهد مستقلی نمیباشد تا هر مقداری که ضامن بخواهد تعهد نماید، بلکه عقد تبعی و انتقال دین است و فقط ضامن میتواند آنچه را که در ذمه مضمون عنه است بعهده بگیرد و چنانچه کمتر از دین اصلی ضمانت شود بقیه آن بعهده مضمون عنه باقی میگردد و چنانکه زیادتر از دین اصلی ضمانت گردد نسبت بمقدار زائد تعهد مستقلی است و مربوط بدین اصلی نمیباشد. اشکال مزبور را بدین نحو پاسخ داده‌اند که آنچه ضمانت میشود، (کمتر یا زیادتر از دین) در مقابل تمامی دین اصلی است. پاسخ مزبور منطبق با قاعده انتقال دین بنظر نمیرسد و از نظر تحلیل حقوقی باید بر آن بود که هرگاه کمتر از دین ضمانت

شود با قبول مضمون له بقیه ساقط میگردد و هرگاه زیادتر ضمانت شود زائد تعهد مستقلی است.

۷- ضمان بغیر جنس دین صحیح میباشد-

گفته شده است که میتوان ضمانت بغیر جنس دین نمود همچنانی که میتوان از غیر جنس ایفاء دین کرد، مثلًا هرگاه کسی صد فرانک سویس مدیون است دیگری میتواند نزد طلبکار ضمانت او را بدو هزار ریال بنماید. از نظر تحلیل حقوقی عقد مزبور ضمانت ساده نمیباشد زیرا آنچه بر عهده

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۸

مدیون اصلی است فرانک سویس میباشد و در ضمانت ساده که انتقال دین است باید فرانک سویس از ذمه مدیون بذمه ضامن منتقل شود. بنابراین بنظر میرسد که عمل مزبور مرکب از دو امر است: یکی انتقال دین و دیگری تبدیل تعهد که بصورت عقد واحد جلوه مینماید.

آثار و احکام ضمان

اول- پس از آنکه عقد ضمان منعقد گردید طبق مادۀ «۶۹۸» ق. م. دین از ذمه مضمون عنه بذمه ضامن منتقل میشود و مضمون عنه بری میگردد،

و چنانچه شرط برائت او در عقد ضمان درج شود تأکیدی بیش نیست و اثری بیش از آنچه از عقد حاصل میشود نخواهد داشت، زیرا با انتقال دین، مدیون اصلی بری میگردد. و همچنین است هرگاه دائن بعد از ضمان مضمون عنه را بری کند مگر آنکه قصدش از ابراء او دینی باشد که بعهدۀ ضامن مستقر شده است و قبلًا مضمون عنه مدیون بوده که در این صورت ضامن بری میگردد.

دوم- طبق مادۀ «۷۰۱» ق. م. ضمان عقدیست لازم و هیچ‌یک از ضامن و مضمون له نمیتواند آن را فسخ کند اگر چه مضمون عنه موافقت بنماید

ولی ضامن و مضمون له میتوانند با توافق مضمون عنه آن را اقاله نمایند، اگر چه مضمون عنه هیچ‌گونه مداخله در انعقاد ضمان نداشته است و عقد بتراضی طرفین اقاله میشود، زیرا پس از ضمان ذمه مضمون عنه بری شده و نمیتوان در اثر اقاله بدون موافقت او را مدیون گردانید.

در موارد زیر عقد ضمان را میتوان بدستور مادۀ «۷۰۱» ق. م. فسخ نمود:

۱- در صورتی که مضمون له در حین عقد باعسار ضامن جاهل باشد-

مادۀ «۶۹۰» ق. م. مقرر میدارد اگر مضمون له در وقت ضمان بعدم تمکن ضامن جاهل باشد میتواند عقد ضمان را فسخ کند.

۲- در صورتی که نسبت بدین مضمون به حق فسخ باشد-

در عقد ضمان میتوان مانند کلیه معاملات دیگر بنابر مستفاد از مادۀ «۳۹۹» و ماده «۴۵۶» ق. م. شرط نمود

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۶۹

که در مدت معینی برای ضامن یا مضمون له یا شخص خارجی اختیار فسخ باشد. در این صورت کسی که حق فسخ ضمان را دارد

میتواند آن را فسخ نماید.

۳- در صورتی که از مقررات عقد تخلف شود-

منظور از مقررات عقد، شروطی است که ضامن و مضمون له ضمن عقد ضمان قرار میدهند. در صورتی که از شروط مندرج ضمن عقد ضمان تخلف شود، مشروط له طبق مقررات مذکور در مبحث احکام شروط، مواد «۲۳۷» تا «۲۳۹» ق. م. میتواند عقد ضمان را فسخ نماید. ممکن است فسخ بصورت شرط نتیجه ضمن عقد ضمان قرار گیرد، چنانکه در عقد ضمان شرط شود که هرگاه مضمون عنه قسط اول دین خود را که ضامن پرداخته تا تاریخ معین بضامن تأدیه نکند ضمان نسبت بتمامی دین فسخ گردد.

مسائلی چند:

الف- ضمن عقد ضمان میتوان شرط فعل یا شرط نتیجه نمود،

مثلًا میتوان در ضمان شرط کرد که یکی دیگری را در فلان امر وکیل بنماید و یا آنکه مال معین ضامن نزد مضمون له رهن باشد. احکام شروط ضمن عقد ضمان همانست که در شروط ضمن عقد بطور کلی، گذشت.

ب- در عقد ضمان می‌توان شرط نمود که ضامن مضمون به را از مال معین تأدیه نماید،

خواه این امر بصورت قید باشد چنانکه کسی ضامن شود که دین را از مال معین تأدیه کند و یا بصورت شرط فعل چنانکه کسی ضامن گردد و ضمن عقد بر او شرط شود که دین خود را از فلان مال معین بپردازد. امر مزبور خواه بصورت قید و خواه بصورت شرط باشد التزام در التزام است و طبق مادهٔ «۱۰» ق. م. الزام‌آور می‌باشد، و در هر دو صورت ضامن باید دین را از مال معین تأدیه کند. و چنانچه در صورت اول مال معین تلف شود عقد ضمان منفسخ میگردد و مضمون له برای مطالبهٔ طلب خود میتواند بمضمون عنه رجوع کند، همچنانی که هرگاه آن مال ناقص شود و یا کمتر از دین در آید بقیه آن بعهدهٔ مضمون عنه خواهد بود، زیرا بیش از آنچه تأدیه شده ضامن بر عهده نگرفته

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷۰

است و چون تمامی دین مدیون اصلی تأدیه نگردیده بقیه بعهدهٔ او خواهد بود. چنانچه در صورت دوم مال معین تلف شود کسی که شرط بنفع او شده است، خواه ضامن باشد یا مضمون له و یا هر دو آنها، میتواند عقد ضمان را فسخ نماید، زیرا مورد از موارد خیار تخلف شرط است و هرگاه فسخ ننمود دین از اموال دیگر ضامن ادا می‌شود. و در صورتی که آن مال ناقص و یا معیوب شود نقص و عیب بعهدهٔ ضامن است و از مال خود بقیه دین را می‌پردازد، زیرا ضامن عهده دار تمامی دین مدیون اصلی شده است و باید تمام آن را تأدیه کند.

ضمان در دو مورد بالا قرار دادن ضمان در مال نیست، زیرا ضمان انتقال دین است و مال نمیتواند منتقل الیه قرار گیرد.

ج- در صورتی که دین اصلی رهن داشته باشد، در اثر ضمان رهن فک نمیشود مگر آنکه در ضمان تصریح بعدم بقاء رهن گردد.

مثلا هرگاه کسی بدیگری صد هزار ریال مدیون باشد و خانهٔ او هم نزد دائن رهن است و شخص ثالث بطور مطلق ضمان دین مزبور شود رهن فك نمیشود و باقی خواهد ماند، زیرا رهن وثیقه دین است و در ضمان، دین باقی و محل خود را تغییر داده یعنی از ذمه مدیون اصلی بذمه مدیون جدید منتقل میشود و تضمینات نیز متابعت دین را مینماید. بر خلاف آنچه در تبدیل تعهد است که تضمینات باقی نمیماند زیرا در اثر تبدیل تعهد، تعهد سابق ساقط میگردد و تعهد جدیدی بوجود می‌آید و تضمیناتی که از توابع

تعهـد سابق است از بین خواهـد رفت. صاحب مسالك و جواهر و عده‌ای از فقهای دیگر بر آنند که در اثر ضـمان رهن فك میشود، مگر آنکه در عقد شـرط بقاء آن گردد، زیرا ضـمان بمنزله وفاء دین است. بنظر میرسد که در ضـمان، اگر چه باعتبار مدیون اصـلی که ذمـهٔ او بری شـده ماننـد وفاء دین میباشـد ولی باعتبار دائن دین باقی است و محل خود را از ذمه مـدیون اصـلی بذمه ضامن تغییر داده است. و نمیتوان ضـمان را من جمیع الجهـات بمنزله وفاء دین دانست، و الا سـبب جدیـدی برای مـدیونیت ضامن حادث نشـده است تا مضمون له از او طلبکار گردد. بنابراین با انتقال دین تضمینات باقی میماند. این امر یکی از فرقهای موجود بین تبدیل تعهد و انتقال دین است که در تبدیل تعهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷۱

شرح آن گذشت.

د- هر گاه عقدی که سبب پیدایش دین اصلی بوده بجهتی از جهات منحل شود، دین ناشی از ضمان ساقط میگردد،

مثلًا چنانکه کسی نزد بایع که مال خود را بنسیه فروخته است از مشتری نسبت بثمن آن ضامن شود و سپس در نتیجهٔ غبن یا عیب بیع فسخ شود دین ضامن ساقط میگردد، زیرا ضـمان چنانکه گـذشت عقد تبعی است و بقاء آن منوط ببقاء دین اصـلی میباشد یعنی در اثر آن، دینی که بر عهدهٔ مدیون اصـلی بوده بذمهٔ ضامن منتقل میشود و پس از آنکه بیع منحل گردد ثمنی که در ذمهٔ مشتری اسـت ناچار ساقط میشود و آن همان است که در اثر ضمان منتقل شده و در ذمهٔ ضامن قرار گرفته است.

مبحث دوم در اثر ضمان بین ضامن و مضمون له

۱- طبق مادهٔ «۶۹۸» ق. م: «بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد، ذمهٔ مضمون عنه بری و ذمهٔ ضامن بمضمون له مشغول میشود».

برائت ذمهٔ مضـمون عنه اثر مسـتقیم انتقال دین است که مبنای ضـمان بمعنی مطلق می‌باشد. این امر منافات ندارد که کسـی صـراحهٔ تعهد نماید در ردیف مضـمون عنه برای همان دین مدیون باشد، بدین معنی که مضمون له بتواند به هریك از ضامن و مضمون عنه که بخواهـد رجوع کند، و یا ترتیب در مطالبهٔ طلب، در عقد معین شود که پس از رجوع مضـمون له بمدیون اصـلی و عدم تأدیه، او بتوانـد بمتعهـد رجوع کند. بنابر مسـتفاد از ماده «۶۹۹» ق. م. ممکن است کسـی ضـامن شـود که اگر مـدیون دین خـود را ندهـد او بپردازد، یعنی عقد ضـمان منجز منعقد گردد ولی التزام بتأدیهٔ دین معلق باشد. ضـمان مزبور نیز ضمان اصطلاحی است و دین از ذمهٔ مضمون عنه بذمه ضامن منتقل میشود ولی قبلًا مضمون له باید بمضمون عنه رجوع کند که دین سابق خود را که از آن ضمانت شده بدهـد و هرگاه نپرداخت طلب کار میتوانـد از ضامن مطالبهٔ قانونی بنماید. میتوان گفت که تأدیهٔ دین از طرف مضـمون عنه در مورد مزبور مانند تأدیه دین از جانب غیر مدیون است، بخلاف صورت تضامن که مدیون اصلی و ضامن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷۲

هر دو در مقابل مضـمون له نسـبت بدین واحد در عرض یکدیگر مدیون میباشـند. بنظر میرسد که در مورد ترتیب در مطالبه. باید بر آن بود که مـدیونیت تضـامنی است ولی قرارداد اضافی موجود میباشـد و آن این است که مضـمون له حق مطالبهٔ از ضامن را وقتی پیدا مینماید که از مضمون عنه مطالبه کرده و او نپرداخته باشد و الا هرگاه مضمون عنه پرداخت دین فعلی خود را پرداخته است.

۲- ضامن باید دین خود را در موعدی که در عقد ضمان مقرر است بمضمون له تأدیه نماید

و مضـمون له نمیتوانـد قبل از سررسـید آن، طلب خود را از ضامن بخواهد اگر چه زمان تأدیه دین اصـلی گذشـته باشد، زیرا ضامن

بوسیلهٔ عقد ضمان تعهد پرداخت دین را در موعد مقرر بمضمون له نموده و در تعهدی که سبب پیدایش دین اصلی بوده مداخله نداشته است تا نسبت باو لازم الاتباع باشد. بنابراین هرگاه ضمان مدت داشته باشد طبق مادهٔ «۷۰۲» ق. م. مضمون له نمیتواند قبل از انقضاء مدت، طلب خود را از ضامن مطالبه کند اگر چه دین اصلی حال باشد. همچنانی که هرگاه ضمان حال باشد مضمون له میتواند بلافاصله پس از عقد ضمان طلب خود را از ضمان بخواهد اگر چه دین اصلی مدت داشته باشد، و ضامن نمیتواند باستناد آنکه موعد اصلی نرسیده از تأدیهٔ دین خود امتناع کند. این است که ماده «۷۰۳» ق. م. میگوید: «در ضمان حال مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد اگر چه دین مؤجل باشد». و این امر را قانون مدنی ببیان دیگری در ماده «۷۰۶» تکرار مینماید. ماده «۷۰۶» قانون مدنی: «هرگاه دین مدت داشته ولی ضمان حال باشد بعد از ضمان مضمون له حق مطالبه از ضامن دارد».

۳- ضمان مطلق طبق ماده «۷۰۴» ق. م. محمول بحال است مگر اینکه بقرائن معلوم شود که مؤجل بوده است،

مثلًا هرگاه دین اصلی موعد داشته باشد و ضامن پس از مذاکرات با مضمون له از آن دین ضمانت کند بدون آنکه صحبتی از مدت بمیان آید، مذاکرات مزبور و سکوت در مقام بیان در موقع عقد، قرینه بر آن است که ضمان نیز مؤجل و موعد آن موعد دین اصلی است. و اطلاق در این مورد منصرف بمؤجل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷۳

بودن ضمان است.

۴- طبق ماده «۷۰۵» ق. م: «ضمان مؤجل بفوت ضامن حال میشود».

حال شدن دیون مؤجله در اثر فوت مدیون از مسلمات حقوق امامیه است، زیرا در اثر فوت ذمهٔ میت که قائم بشخصیت حقوقی او است زایل میشود و دین او بترکه تعلق میگیرد، و چنانچه ورثه از تصرف در ترکه ممنوع شوند تا موعد پرداخت دیون برسد، موجب توجه ضرر بآنها خواهد بود، لذا برای جلوگیری از ضرر ورثه، دیون مؤجله متوفی حال میشود. در قانون مدنی مصوب «۱۳۰۷» ماده صریحی که حال شدن دیون متوفی را بطور مطلق بیان نماید موجود نیست. بنظر میرسد که برای این امر مادهٔ مورد بحث کافی باشد زیرا حال شدن دین ناشی از ضمان در اثر فوت ضامن، یکی از مصادیق حال شدن دیون متوفی است و خصوصیتی در ضمان موجود نیست تا موجب حکم مزبور شده باشد. قانون امور حسبی مصوب ۲ تیرماه «۱۳۱۹» در مادهٔ «۲۳۱» بحال شدن کلیه دیون متوفی تصریح مینماید و میگوید: «دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال میشود».

۵- طبق ماده «۷۰۷» ق. م: «اگر مضمون له ذمهٔ مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمیشود ...»

زیرا چنانکه گذشت در اثر ضمان، دین از ذمهٔ مدیون اصلی بذمهٔ ضامن منتقل میشود و بخودی خود ذمهٔ مدیون اصلی بری میگردد، بنابراین بری کردن ذمه مضمون عنه (مدیون اصلی) جز تأکید اثری ندارد مگر اینکه مقصود مضمون له از ابراء، ابراء، از اصل دین باشد و در حقیقت طلبکار قصد ابراء ذمهٔ ضامن را داشته است که در این صورت باید مقصود خود را اعلام دارد. بدین جهت است که ماده «۷۱۸» ق. م میگوید: «هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری میشوند» زیرا ضامن در اثر ابراء مضمون له بری میشود و مضمون عنه در اثر برائت ضامن، از دین خود بضامن در نتیجه ابراء او بری میگردد، زیرا استقرار دین در ذمه مضمون عنه منوط بتأدیه دین از طرف ضامن بمضمون له میباشد و با ابراء ضامن، دین مضمون عنه ساقط میشود. بنابر آنچه گذشت که در اثر ضمان ذمهٔ مضمون عنه از دین بری میگردد طبق ماده «۲۹۷» ق. م: «اگر بعد از ضمان مضمون له بمضمون عنه مدیون شود موجب

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۲۷۴

فراغ ذمه ضامن نخواهد شد» زیرا پس از ضمان، چنانچه مضمون له بمضمون عنه مدیون شود، از نظر آنکه مضمون عنه بری میباشد تهاتر که تساقط دو دین است حاصل نمیشود.

و بدین جهت این امر در دین ضامن بمضمون له که در اثر ضمان حاصل شده است تأثیری نخواهد داشت.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج ۲، ص: ۲۷۴

در صورتی که ضمان تضامنی باشد مانند مورد تعاقب ایادی در غصب، ابراء یکی از ضامنین موجب ابراء کلیه آنان خواهد بود. بنابراین پس از تلف مال مغصوب اگر مالك، ذمهٔ یکی از غاصبین را نسبت بمثل یا قیمت مال مزبور ابراء کند، طبق ماده «۳۲۱» ق. م. حق رجوع بغاصبین دیگر نخواهد داشت و همچنین است ابراء مدیون اصلی (در ضمان عقدی تضامنی) که موجب ابراء ضامن میگردد، زیرا در ضمان عقدی تضامنی و یا تعهد تضامنی، مانند مسئولیت تضامنی در مورد تعاقب ایادی در غصب، هر یك از مدیون اصلی و ضامن، مدیون دین واحد میباشند و ابراء یکی از آنان مانند اداء، از اسباب سقوط دین بشمار می‌آید.

مبحث سوم در اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه

در اثر ضمان، مضمون عنه بضامن مدیون میشود

اشاره

در حقوق امامیه در صورتی مضمون عنه مدیون ضامن میگردد که ضامن باذن او حاصل شده باشد، و الا هرگاه مدیون اذن بضمان نداده باشد ضمانت تبرعی محسوب میشود. این امر اجماعی میباشد ولی ماده‌ای در قانون مدنی که باین صراحت حکم را بیان نماید موجود نیست و بلکه بالعکس از ماده «۷۲۰» ق. م. که میگوید: «ضامنی که بقصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع بمضمون عنه ندارد». فهمیده میشود که اصل در ضمان مدیونیت مضمون عنه است، مگر آنکه قصد تبرع ضامن معلوم باشد. ولی با توجه بنحوهٔ بیان ماده «۲۶۷» ق. م. که میگوید: «... کسی که دین دیگری را ادا میکند اگر با اذن باشد حق مراجعه باو دارد و الا- حق رجوع ندارد». میتوان عبارت ماده «۷۲۰» را

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۲۷۵

نارسا برای بیان مقصود دانست، و بر آن بود که مدیونیت مضمون عنه بضامن فرع بر اذن در ضمان است.

فرع

چنانکه گذشت اذن مدیون اصلی در ضمان موجب مدیونیت او بضامن میگردد، چنانچه ضمان تبرعی محقق گردید اذن در تأدیه بضامن هیچگونه تأثیری در مدیونیت او نمیکند، زیرا ضمان هرگاه بدون اذن مضمون عنه واقع گردد او بری میشود و در مقابل ضامن نیز مسئول دین نخواهد شد، و سپس امر یا اذن مضمون عنه بتأدیه، نمیتواند ماهیت آن را تغییر دهد و این امر در حکم اذن و امر شخص اجنبی بمدیون میباشد که دین خود را بپردازد، که موجب تعهد اذن دهنده بدین نیز نمیشود. در صورتی که باذن مضمون عنه کسی ضامن شود و بدون اذن و یا مانع او مضمون به را بمضمون له بپردازد، دین مضمون عنه بضامن ساقط نمی‌گردد.

۱- زمان تأدیه دین بضامن

الف- ضامن پس از اداء مضمون به میتواند آن را از مضمون عنه بخواهد در تاریخ اشتغال ذمه مضمون عنه بضامن فقهای امامیه متفق نیستند و دارای سه قول می‌باشند:

اول- ظاهر قول مشهور بر آن است که مضمون عنه مدیون بضامن نمیشود مگر باداء دین بهمان مقداری که تأدیه مینماید.

دوم- مضمون عنه در اثر ضمان مدیون ضامن میشود بشرط آنکه دین را اداء نماید، بنابراین اداء دین کاشف از مدیونیت از حین ضمان است.

سوم- مضمون عنه در اثر ضمان، مدیون بضامن میشود ولی نمیتواند آن را مطالبه کند مگر پس از اداء آن بمضمون له.

بنابر هر یک از سه قول، ضامن قبل از اداء دین بمضمون له نمیتواند از مضمون عنه آنچه را که ضمانت نموده بخواهد. این امر بر خلاف قاعده انتقال دین است که ضمان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷۶

مبتنی بر آن میباشد، زیرا پس از انعقاد ضمان، دین از ذمهٔ مدیون اصلی بذمهٔ ضامن منتقل میشود و طبق قاعده در صورتی که ضمان تبرعی نباشد باید بهمان مقدار ذمهٔ مضمون عنه در مقابل ضامن مشغول گردد و میتواند آن را مطالبه نماید، خواه ضامن آن را بپردازد و یا مضمون له او را ابراء کند و حال آنکه ضامن فقط پس از اداء دین میتواند آنچه را که بمضمون له داده از مضمون عنه بخواهد. مستند حکم مزبور علاوه بر اجماع، روایت میباشد. اینست که مادهٔ «۷۰۹» قانون مدنی بپیروی از حقوق امامیه میگوید: «ضامن حق رجوع بمضمون عنه ندارد مگر بعد از اداء دین، ولی میتواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند. زیرا مضمون عنه تعهدی جداگانه در مقابل ضامن نموده است که تا تاریخ معینی آنچه ضمانت کرده باو بپردازد و تعهد مزبور طبق مادهٔ «۲۱۹» الزام‌آور است و پس از اداء دین از طرف ضامن هرگاه ضامن کمتر از آنچه گرفته بمضمون له پرداخته باشد. باقی را بمضمون عنه مسترد خواهد داشت.

الف- طبق مادهٔ «۷۱۵» ق. م.: «هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد مادام که دین حال نشده است نمیتواند از مدیون مطالبه کند». در این امر فرقی نمینماید که ضمان مانند دین مؤجل بوده و ضامن دین (مضمون به) را قبل از سررسید پرداخته باشد و یا ضمان بر خلاف دین حال باشد مگر اینکه تأدیه قبل از موعد بدرخواست مضمون عنه و یا اذن او باشد که در این صورت میتوان این امر را قرینه بر آن دانست که مضمون عنه مدت را خود ساقط نموده است.

ب- طبق مادهٔ «۷۱۶» ق. م.: «در صورتی که دین حال باشد هر وقت ضامن اداء کند میتواند رجوع بمضمون عنه نماید، هر چند ضمان مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد مگر آنکه مضمون عنه اذن بضمان مؤجل داده باشد». زیرا مدت معینهٔ در ضمان نسبت بضامن است و راجع بمدیون نمیباشد، چه دین اصلی که مورد تعهد مدیون بوده حال است و موعد در اثر ضمان پیدا شده و بدین جهت است که هرگاه ضامن مدت ضمان را

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷۷

ساقط بنماید و دین را قبل از موعد تأدیه کند، میتواند از مضمون عنه آن را بخواهد.

چنانچه مضمون عنه اذن بضمان مؤجل داده باشد معلوم میگردد که مدیون اصلی ضمان را مقید بآنکه دین خود را بضامن مؤجلا بپردازد قبول کرده است. گفته شده اذن بضمان مؤجل هم تأثیر در این امر نمیکند زیرا ضمان مؤجل دین حال را مؤجل نمیگرداند.

ج- در صورتی که بدستور مادهٔ «۷۰۵» ق. م. ضمان مؤجل بفوت ضامن حال شود و ورثهٔ ضامن آن را بپردازند، آنها نمیتوانند از مضمون عنه آن را مطالبه کنند مگر آنکه دین حال باشد، زیرا حال شدن دین در فرض مزبور در اثر فوت ضامن است و چنانکه گذشت این امر بنفع ورثه برای جلوگیری از ضرر ناشی از تاخیر تصرف آنها در ترکه میباشد و در اثر فوت مورث بوجود آمده

است، و امری که خارج از اختیار مضمون عنه میباشد، نمیتواند (بر ضرر او) موجب حال شدن دین او گردد و مانند آن است که ضامن دین را قبل از اجل بپردازد. بنابراین در صورتی که دین مؤجل باشد تا حلول اجل ورثه نمی‌توانند آنچه را که پرداخته‌اند از مضمون عنه مطالبه بنمایند.

۲- تأدیهٔ دین بمضمون له:

الف- ایفاء دین از طرف ضامن مستقیماً بمضمون له و یا بکسی که حق اخذ آن را از طرف او دارد بعمل می‌آید،

خواه شخص مزبور نماینده قانونی باشد مانند قیم و ولی و حاکم، و یا نماینده قراردادی باشد مانند وکیل. و در صورتی که ضامن دین را بغیر از اشخاص مزبور بدهد طبق مادهٔ «۲۷۲» ق. م. تأدیه وقتی صحیح است که دائن بآن راضی شود.

ب- طبق مادهٔ «۷۱۰» ق. م.: «اگر ضامن با رضایت مضمون له حواله کند بکسی که دین را بدهد و آن شخص قبول نماید مثل آن است که دین را ادا کرده است

و حق رجوع بمضمون عنه را دارد و همچنین است حواله مضمون له بعهدهٔ ضامن، چنانکه مضمون له بشخص ثالثی حواله دهد که از ضامن مورد ضمان را بگیرد و ضامن آن را قبول نماید، زیرا طبق مادهٔ «۷۳۰» ق. م.: «پس از تحقیق حواله ذمهٔ محیل از دینی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷۸

که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول میشود.» و مانند اداء دین بشمار میرود.

وکالت دادن مضمون له بشخص ثالث باینکه طلب او را از ضامن بگیرد، کافی برای مطالبه از مضمون عنه نخواهد بود، زیرا وکیل نماینده موکل است و مادام که ضامن مضمون به را بوکیل نپردازد حق مطالبه از مضمون عنه را ندارد.

ج- طبق مادهٔ «۷۱۲» ق. م.: «هرگاه مضمون له فوت شود و ضامن وارث او باشد حق رجوع بمضمون عنه دارد».

زیرا هرگاه وارث بمورث خود مدیون باشد، در اثر فوت مورث مالك ما فی الذمه خود میشود و دین ساقط میگردد و مالکیت ما فی الذمه مانند ایفاء دین میباشد و میتواند از مضمون عنه بخواهد.

در صورتی که ضامن فوت شود و مضمون له وارث او باشد مانند صورت قبل مضمون له حق رجوع بمضمون عنه را خواهد داشت، زیرا از نظر وراثت دائن از مدیون، مالکیت ما فی الذمه حاصل میگردد و در حکم ایفاء دین میباشد.

د- طبق مادهٔ «۷۱۱» ق. م.: «اگر ضامن دین را تأدیه کند و مضمون عنه آن را ثانیاً بپردازد،

ضامن حق رجوع بمضمون له نخواهد داشت و باید بمضمون عنه مراجعه کند و مضمون عنه میتواند از مضمون له آنچه را گرفته است مسترد دارد». زیرا با تأدیهٔ ضامن دینی را که بر عهده گرفته است، طلب مضمون له ساقط شده بوده و آنچه را که از مضمون عنه ثانیاً گرفته، مستحق نمیباشد و بدستور مادهٔ «۳۰۱» ق. م. باید چیزی را که بدون استحقاق گرفته بمالك آن تسلیم کند.

در صورتی که مضمون عنه قبلًا دین را پرداخته باشد و بعداً ضامن آن را بپردازد، او نمیتواند از مضمون عنه مطالبه آنچه پرداخته بنماید، زیرا با تأدیهٔ دین از طرف مضمون عنه، طبق مادهٔ «۲۶۷» ق. م. که میگوید: «ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است ...». دین ضامن ساقط میگردد. بنابراین مضمون له چیزی را که ثانیاً از ضامن گرفته مستحق نبوده و باید آن را بضامن رد کند و ضامن نمیتواند آن را از مضمون عنه بخواهد، زیرا ضامن از بابت دین او چیزی بمضمون له نداده است. در صورتی که بجهتی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۷۹

از جهات مانند اعسار ضامن نتواند آنچه بمضمون له ثانیا داده مسترد دارد بنظر میرسد که از بابت تسبیب ضامن بتواند آن را از مضمون عنه بخواهد، زیرا مضمون عنه دینی که بعهدهٔ ضامن بوده است بدون اطلاع او پرداخته است و عرفا چنین امری سبب خسارت بضامن شناخته میشود.

ه– هرگاه قبل از آنکه از طرف ضامن مال الضمان بمضمون له تأدیه شود، مضمون عنه بمقدار آنچه باید بمضمون له تأدیه گردد بضامن بدهد، آیا دین مضمون عنه بضامن ساقط میگردد؟

اشاره

پاسخ پرسش مزبور محتاج بدانستن عنوان تادیهٔ مال الضمان بضامن میباشد. تأدیهٔ مزبور بیکی از عناوین سه گانه زیر میباشد:

یک– امانت

چنانکه مضمون عنه مال را بعنوان امانت بضامن بسپارد تا پس از آنکه مال الضمان را تأدیه نمود، آن را بابت طلب خود احتساب نماید. در این صورت مال مزبور نزد ضامن امانت میباشد و چنانچه بدون تعدی و تفریط تلف یا ناقص شود ضامن نخواهد بود.

دو– وفاء دین

چنانکه مضمون عنه مال را بعنوان وفاء دین خود بضامن بدهد این امر طبق یکی از دو نظریه صحیح میباشد:
۱– اشتغال ذمهٔ مضمون عنه بضامن بوسیلهٔ عقد حاصل شود، اگر چه بتادیهٔ دین ملزم نباشد مگر پس از اداء آن از طرف ضامن.
۲– اشتغال ذمهٔ مضمون عنه بضامن بوسیلهٔ عقد حاصل شود، بشرط آنکه ضامن مال الضمان را تأدیه نماید، بصورت کشف (بنابر قول کشف باید بعداً ضامن مال الضمان را بمضمون له بپردازد). زیرا بنا بر دو نظریهٔ بالا در زمان تأدیهٔ مال بضامن مضمون– عنه باو مدیون است. اما بنابر نظریهٔ مشهور که ذمهٔ مضمون عنه بضامن مشغول نمیشود مگر باداء مال الضمان بمضمون له، نمیتوان آنچه قبل از تأدیهٔ بضامن داده میشود بابت دین او احتساب نمود، زیرا در آن زمان ضامن از او طلب ندارد و چون مضمون عنه آن را بقصد وفاء دین بضامن داده مانند مقبوض بعقد فاسد در دست ضامن خواهد بود و پس از اداء مال الضمان نمیتواند آن را احتساب کند مگر باذن جدید.

سه– قرض–

چنانکه مضمون عنه مال را بعنوان قرض بضامن بدهد، ضامن در اثر قرضی که نموده بمضمون عنه مدیون میگردد و بنابر نظریه‌ای که اشتغال ذمهٔ او بضامن
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۰
بوسیلهٔ عقد ضمان حاصل میشود پس از قرض تهاتر حاصل خواهد گردید و اما بنابر نظریهٔ آنکه اشتغال ذمهٔ مضمون عنه بضامن باداء مال الضمان است، پس از آنکه ضامن مال الضمان را بمضمون له تأدیه نمود از مضمون عنه طلبکار میگردد و در این زمان است که تهاتر حاصل می‌شود.

۳– مقداری که باید مضمون له بضامن بدهد.

اشاره

ضامن فقط میتواند آنچه را که بمضمون له تأدیه نموده از مضمون عنه بخواهد.
فلسفهٔ تأسیس ضمان کمک و احسان بمضمون عنه می‌باشد و بدین جهت مبتنی بر ارفاق است، لذا ضامن فقط میتواند آنچه را که بمضمون له میپردازد، یعنی بمقداری که ضامن خسارت‌دیده، مضمون عنه باید جبران بنماید و او نمیتواند از عمل ضمانت، منتفع گردد و بدین جهت است که:

الف– طبق مادهٔ «۷۱۳» ق. م.: «اگر ضامن بمضمون له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمیتواند از مدیون مطالبه کند

اگر چه دین را صلح بکمتر کرده باشد» مثلًا هرگاه کسی از مدیون یکصد هزار ریال ضمانت کند و بعداً طلبکار آن را بنود هزار ریال صلح نماید، ضامن فقط میتواند نود هزار ریال از مضمون عنه بخواهد.
چنانکه گذشت اگر چه مبنای ضمان بر ارفاق و کمک بمضمون عنه میباشد و ضامن بیش از آنچه بمضمون له داده به هیچ‌وجه نمیتواند از مضمون عنه مطالبه نماید، ولی در صورتی که مضمون له طلب خود را از ضامن بمقدار کمتری صلح نماید و یا بنحو دیگری انتقال دهد، احتمال داده می‌شود که ضامن در اثر صلح قائم مقام مضمون له قرار گیرد و بتواند بمقدار آنچه مضمون له طلبکار بوده و باو منتقل شده است از مضمون عنه بخواهد، این است که قانون مثال صلح را بکلمهٔ (اگر چه) بیان نموده است.
همچنین است هرگاه ضامن مالی از غیر جنس دین که کمتر از دین ارزش داشته باشد بمضمون له مصالحه نماید، چنانکه در مقابل یکصد هزار ریال دین، ضامن قالی که هفتاد هزار ریال ارزش دارد مصالحه نماید، در این صورت باید ارزش آن مال را تعیین نموده و بمقدار آن ضامن از مضمون عنه دریافت دارد. در مورد مزبور استدلال بآنکه ضامن در اثر صلح طلب
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۱
بمضمون له خود قائم مقام مضمون له شده و میتواند تمامی مقدار آن را از مضمون عنه مطالبه کند قوی بنظر میرسد اگر چه مشهور موافق با این امر نیست.

ب– طبق مادهٔ «۷۱۴» ق. م. «اگر ضامن زیادتر از دین بدائن بدهد حق رجوع بزیاده ندارد، مگر در صورتی که باذن مضمون عنه داده باشد»

که در این صورت مانند آنست که مضمون عنه تعهد پرداخت زائد را نموده است. بر خلاف آنکه مضمون عنه اذن در ضمان دین داده باشد و او بیش از مقدار دین ضمانت کند و بعداً مضمون عنه بضامن اذن دهد آنچه را ضمانت نموده بمضمون له بپردازد، زیرا اذن دادن مضمون عنه بضامن بآنکه آنچه قبلًا مدیون شده است بپردازد مانند اذن بشخص ثالث در تأدیهٔ دین خود میباشد. و همچنین است هرگاه ضامن مالی که بیش از دین ارزش دارد در مقابل دین بمضمون له مصالحه بنماید و یا بفروشد، که نمیتواند بیش از دین از مضمون عنه بخواهد.

ج– طبق مادهٔ «۷۱۹» ق. م.: «هرگاه مضمون له ضامن را ابراء کند یادگیری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع بمضمون عنه ندارد»

زیرا ضامن وقتی می‌تواند مالی را از مضمون عنه بخواهد که آن را بمضمون له تأدیه نموده باشد و چون متضرر نشده است و ضمان مبتنی بر ارفاق است مضمون عنه در مقابل او بری میباشد.

مبحث چهارم در اثر ضمان بین ضامنین

۱– طبق مادهٔ «۷۲۱» ق. م: «هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک قرض بنحو تسهیم ضمانت کرده باشند،

مضـمون له بهر یک از آنها فقط بقـدر سـهم او حق رجوع دارد و اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نمایـد بهر یک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشـد میتوانـد بقدر سـهم او رجوع کند». و بکسـی که اجازهٔ تأدیه نداده است نمیتواند رجوع نماید، زیرا در اثر ضـمان هر یک از ضامنین بقدر سـهم خود بمضمون له مدیون میشوند و طبق مادهٔ «۲۶۷» ق. م: «... کسـی که دین دیگری را اداء میکند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۲

اگر با اذن باشد حق مراجعه باو دارد و الا حق رجوع ندارد».

۲- طبق مادهٔ «۶۸۸» ق. م: «ممکن است از ضامن ضمانت کرد» و پس از تحقق ضمانت دوم ضامن اول بری میشود،

و ضامن دوم در مقابل مضمون له مدیون میگردد. همچنین است شخص سومی از ضامن مزبور ضمانت کند، زیرا در اثر ضمان، ذمهٔ ضامن اول بذمـهٔ ضامن دوم منتقل میگردد و ذمـهٔ ضان دوم بذمهٔ ضامن سوم منتقل میشود و چنانچه ضامن اخیر دین را بمضـمون له بپردازد بدستور ماده «۷۲۲» ق. م.: «ضامن حق رجوع بمـدیون اصـلی نـدارد و باید بمضـمون عنه خود رجوع کند و بهمین طریق هر ضامنی بمضـمون عنه خود رجوع میکند تا بمدیون اصلی برسد». زیرا مدیونیت مضمون عنه بضامن خود در اثر انتقال دینی است که از ذمـهٔ او بذمـهٔ ضامن حاصل شـده است و در فرض بالا دین از ذمهٔ مدیون اصـلی مسـتقیما بذمهٔ ضامن اخیر منتقل نشده است بلکه بذمهٔ ضامن اول بوده و از ذمه ضامن اول بذمهٔ ضامن دوم و از ذمهٔ ضامن دوم بذمهٔ ضامن بعد از او منتقل گردیده است، بنابراین هر ضامنی میتواند بکسی که دین او را بعهده گرفته رجوع بنماید.

ممکن است ضـمانت از ضـامن بصـورت دور درآیـد چنـانکه مضـمون عنه پس از تحقق ضـمان، از ضـامن خود نسبت بهمـان دین ضمانت کند. شیـخ در مبسوط بر آنست که این نحوهٔ ضـمان صحیح نمیباشد، زیرا لازم می‌آید اصل فرع گردد و بالعکس فرع اصل شود، علاوه بر آنکه فایـدهٔ عقلائی هم بر این امر مترتب نیست، چون دین پس از انتقال بحال اول خود عودت مینمایـد. چنانکه قول مشـهور میگوید اسـتدلال مزبور بنظر مردود میباشد زیرا مانعی ندارد که امری در زمانی اصل باشد و در زمان دیگر بجهتی از جهات فرع گردد و یـا بالعکس فرع بجهتی از جهات اصل شود و فایـده ضـمان دوری در اعسار و ایسار ضامن و حالّ و مؤجل بودن و یا با اذن و بدون اذن بودن ضمان است.

۳- مادهٔ «۷۲۳» ق. م میگوید: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی بتأدیهٔ دین دیگری ملتزم شود.

در این صورت تعلیق بالتزام مبطل نیست مثل اینکه کسـی التزام خود را بتأدیـهٔ دین مـدیون، معلق بعـدم تأدیـهٔ او نماید». قانون مدنی چون در مادهٔ «۶۹۹»

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۳

ضمان معلق را باطل دانست در مادهٔ «۷۲۳» حیله قانونی اندیشید که بوسیلهٔ آن التزام معلق را بپذیرد، تا بتواند نتیجهٔ ضمان تضامنی را بـدست آورد و آن حیله التزام بصورت شـرط معلق در ضـمن عقـد لازم میباشـد چنانکه کسـی کتاب خود را بیکصـد ریال بدیگری بفروشد و ضمن آن یکی از طرفین ملتزم شود که هرگاه شخص ثالث دین خود را تا دو ماه بطرف دیگر نپرداخت او بپردازد.

چنانکه در کتاب اول در اقسام عقود بیان گردیـد قانون مدنی طبق مادهٔ «۱۰» خود کلیه تعهداتی را که بر خلاف صـریح قانون نباشد صحیـح میداند، و عقد معلق را قانون بطور عموم باطل نشـناخته است. بنابراین باتکاء مادهٔ مزبور میتوان مسـتقلا تعهد تضامنی نمود و احتیاج بآنکه آن را بصورت شـرط معلق، ضمن عقد لازم قرار دهند نخواهد داشت. گمان میرود ذکر مادهٔ «۷۲۳» ق. م. برای آنست که ذهن نویسـندگان قانون مدنی متوجه قول مشـهور فقهای امامیه بوده که تعلیق در عقود را باطل میدانند و تعهدات بدوی و خارج

از عقود معینه را الزام‌آور نمیشمارند و الا با بودن مادهٔ «۱۰» و تصریح بآنکه «قراردادهای خصوصی نسبت بکسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». احتیاجی باین قبیل حیل قانونی نخواهد بود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۴

فصل پانزدهم در حواله

اشاره

حواله اسم مصدر است از احال بمعنی برگشتن از جائی بجائی و اصطلاحاً چنانکه ماده «۷۲۴» ق. م. میگوید: «حواله عقدی است که بموجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون بذمهٔ شخص ثالثی منتقل میگردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال علیه میگویند».

شرایط تحقق حواله

اشاره

حواله مانند ضمان یکی از عقود معینه است و برای تحقق آن علاوه بر شرائط عمومی مذکور در ماده «۱۹۰» ق. م. دارای شرایط مخصوص میباشد که ذیلًا بیان میگردد:

۱- مدیون بودن محیل بمحتال-

چنانکه از ماده بالا معلوم میشود و ماده «۷۲۶» ق. م. تصریح مینماید: «اگر در مورد حواله محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود». شرط تحقق حواله مدیون بودن محیل بمحتال میباشد. بنابراین موضوعی که لازم است معلوم شود آنست که حوالهٔ محیل بدون آنکه مدیون بمحتال باشد، از نظر حقوقی چیست؟ بنظر میرسد که عقد مخصوصی نباشد، و نوعاً این عمل در موردی پیش می‌آید که محتال از محیل قرض میخواهد و چون محیل نقداً ندارد باو بدهد، وکالت میدهد که از محال علیه بگیرد و بعنوان قرض مالک آن گردد.

۲- لازم نیست محال علیه مدیون بمحیل باشد-

ماده «۷۲۷» ق. م. میگوید:
«برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون بمحیل باشد، در این صورت محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است».
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۵
فقهای امامیه متفقند که حواله بربری، صحیح است ولی بعضی از آنان چنانکه حکایت شده است مانند شیخ، قاضی و ابن حمزه مدیونیت محال علیه را شرط حواله شناخته‌اند، و هرگاه محال علیه مدیون محیل نباشد آن را ضمان میدانند. قانون مدنی بپیروی از قول مشهور آن را حواله میداند، و محال علیه را در حکم ضامن میشمارد، بدین جهت تمامی احکام بین ضامن و مضمون عنه نسبت بمحیل و محال علیه جاری میگردد.

حواله از نظر تحلیل حقوقی

الف– در صورتی که محال علیه مدیون محیل باشد،

حواله عقـدی است مرکب از انتقال طلب و انتقال دین بدو اعتبار مختلف، یعنی از نظر دینی که بر ذمهٔ محیل است و بذمهٔ محال علیه منتقل میشود، حواله انتقال دین میباشد، و از نظر طلبی که محیل از محال علیه دارد و او را بمحتال حواله میدهد انتقال طلب است.

ب– در صورتی که محال علیه مدیون بمحیل نباشد،

حواله فقـط دارای یـک جنبه و آن انتقـال دین از ذمـهٔ محیل بذمـهٔ محال علیه است که بخواهش محیل بعمل می‌آیـد و بـدین جهت است که ماده «۷۲۷» ق. م. میگوید: «... محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است».

عقد حواله

چنانکه از ماده «۷۲۴» ق. م. معلوم میشود حواله عقدی است که بین محیل و محتال واقع میگردد، و طبق ماده «۱۹۱» ق. م. ناچار باید بوسیله قصـد انشـاء بشـرط مقرون بودن بچیزی که دلالـت بر قصـد کنـد بعمل آیـد و ایجاب از طرف محیل و قبول از طرف محتال خواهـد بود. محال علیه طرف عقـد نیست ولی رضایت او شـرط تحقق عقـد میباشد. این است که ماده «۷۲۵» ق. م. میگوید: «حواله محقق نمیشود مگر بـا رضـای محتـال و قبول محـال علیه». مـاده بالاـ از کلمه (قبول محـال علیه) درجه تأثیر رضایت محال علیه را در تحقق حواله متذکر میگردد و اصـطلاحاً هم عمل محال علیه را قبولی گویند، زیرا او رضایت خود را بوسـیلهٔ کلمه (قبول است) نوعاً اعلام میدارد مادام که محال علیه حواله را قبول نکند رابطهٔ بین او و محتال پیدا نمیشود و عقد حواله

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۶

محقـق نمیگردد، اگر چه محـال علیه مـدیون بمحیـل باشـد و در انتقـال طلب احتیـاج بقبول مـدیون نـدارد، زیرا حواله از عقود معینه میباشد و دارای شرائط مخصوص بخود است.

مادهٔ بالا در بیان مطلب خود از روش حقوقی دور افتاده و برای اداء مطلب نارسا میباشد.

بعضـی از فقهـای امـامیه احتمـال دادهانـد که قبول محـال علیه از ارکـان حواله است و عقـد حواله مرکب از یـک ایجـاب و دو قبول میباشد. بعضـی دیگر بر آنند که حواله ایقاع است و بوسـیله محیل انشاء میشود و رضایت محتال، یا او و محال علیه در صـحت ایقاع لازم میباشد، و صـرف لزوم رضایت آنان در صـحت حواله آن را از ایقاع بودن خارج نکرده و عقد نمیگرداند، بنابراین حواله نوعی از ایفاء تعهـد است و در اثر حواله دین از ذمه محیل بذمهٔ محال علیه انتقال می‌یابد و محیل بری میشود، با این فرق که در ایفاء تعهد (سقوط تعهد بطور ساده) دین اداء میگردد ولی در حواله (سقوط تعهد بطور غیر ساده) دین از ذمه‌ای بذمه دیگر انتقال پیدا میکند و بـدین جهت رضایت طلبکار شـرط صـحت است بلکه رکن اساسـی برای تحقق برائت مـدیون (محیل) میباشـد و مانند وفاء دین بغیر جنس است که رضـای دائن در برائت مـدیون شـرط میباشـد. بنـابراین اسـتدلال ضـمان نیز ایقـاع است و ممکن است گفته شـود که وکـالت نیز از آن قبیـل است همچنـانی که جعـاله از آن قبیـل میباشـد اگر چه رضـاء طرف لاـزم میباشـد. اینست که میگوینـد فرقی مشاهده نمیشود بین آنکه بکسـی گفته شود: اجازه دارای خانه مرا بفروشـی و یا وکیل میباشـی که خانه مرا بفروشی، در هر صورت آن کس بنمایندگی بیع را واقع میسازد. ایقاع بودن حواله با در نظر گرفتن لزوم رضایت محتال، بر خلاف نظر مشـهور میباشد و فرق بین اذن و وکالت واضح است، زیرا اذن فقط رخصت، اباحه و رفع منع از عمل میباشد، بخلاف وکالت که اعطای نمایندگی و دادن سلطه در انجام امر است، که بدون قبول وکیل محقق نمیشود چنانکه در تملیک مال و امثال آن میباشد. و شـباهت بین آثار آن دو با یکدیگر کشف از وحدت مؤثر نمینماید، بلکه کشف از شباهت جهت تأثیر میکند.

تأثیر رضای محال علیه در حواله-

اشاره

بنابر آنچه گذشت ثابت گردید که چون

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۷

در حواله محیل مدیون محتال میباشد و مدیون دین خود را بوسیلهٔ حواله (انتقال دین) که طریقه غیر ساده از سقوط تعهدات است ایفاء مینماید، قبول محتال که طلب کار است لازم میباشد، و عقد بین محیل و محتال واقع میگردد. اکنون باید دانست که نقش محال علیه در عقد حواله چیست؟

حواله دارای دو صورت است و نقش محال علیه در هر یک متفاوت میباشد.

الف- محال علیه مدیون محیل باشد-

در این صورت آنچه از محیل بمحتال انتقال داده میشود، طلبی است که او از محال علیه دارد و در این امر از نظر طبیعت انتقال طلب، رضایت مدیون را لازم ندارد، زیرا مالک میتواند هر تصرفی در مال خود بنماید که از آن جمله انتقال آن است، و تفاوت طلبکاران در مسامحه کاری یا سخت‌گیری در مطالبه، تأثیر در اصل استحقاق ندارد و الا باید در وکالت طلبکار بدیگری برای مطالبه و اخذ طلب خود نیز رضایت مدیون شرط باشد.

ب- محال علیه مدیون محیل نباشد-

در این صورت محال علیه تا قبل از حواله هیچ‌گونه رابطه حقوقی با محیل و محتال نداشته و در اثر تحقق حواله دین محیل بذمهٔ محال علیه قرار میگیرد، بدین جهت موافقت محال علیه در تحمل دین لازم خواهد بود، زیرا نمیتوان محال علیه بری را بدون رضایتش مدیون محتال قرار دارد، بلکه میتوان گفت که در این فرض قبول محال علیه یکی از ارکان تشکیل دهندهٔ عقد حواله است و تأثیر آن در انعقاد عقد حواله مانند تأثیر رضایت محتال است. و از مادهٔ «۷۲۷» ق. م.

که میگوید: «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون بمحیل باشد در این صورت محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است». میتوان قدم فراتر گذارده و گفت که عقد حواله بین محتال و محال علیه واقع میگردد، همچنانی که عقد ضمان بین ضامن و مضمون له منعقد میشود و مدیون اصلی هیچ‌گونه نقشی در عقد ضمان بازی نمیکند.

قول مشهور فقهای امامیه که مورد پیروی قانون مدنی قرار گرفته است، رضایت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۸

محال علیه را شرط تحقق حواله میداند بدون آنکه فرقی بین دو صورت بالا بگذارد.

شیخ طوسی دعوی اجماع بر این امر کرده است. بنابر قول مزبور عقد حواله بوسیله ایجاب از طرف محیل، و قبول از طرف محتال بعمل می‌آید و رضایت محال علیه شرط تحقق عقد است، خواه رضایت مقدم بر عقد باشد یا مقارن، و خواه مؤخر باشد. شرط قرار دادن رضایت محال علیه در تحقق حواله، در صورتی که محال علیه مدیون محیل باشد، هیچ‌گونه اشکالی نخواهد داشت، زیرا حواله یکی از عقود معینه است که بر اساس انتقال دین قرار گرفته و میتواند دارای شرائط و احکام خاص باشد. قول غیر مشهور، قبول محال علیه را فقط در صورتی لازم میداند که او مدیون محیل نباشد.

اطراف عقد حواله

اطراف عقد حواله باید دارای اهلیت برای معامله باشند، زیرا در عقد حواله هر یک از محیل و محتال و محال علیه تصرف در اموال خود مینمایند و طبق مواد «۲۱۰»- الی «۲۱۲» ق. م. آنها باید عاقل و بالغ و رشید باشند و الا حواله باطل است و همچنین است فلس، مگر در مورد حواله بربری که محیل هرگاه مفلس باشد حواله او صحیح است و مانند قرض کردن مفلس میباشد. اهلیت در اطراف عقد حواله همان است که در قسمت تعهدات گذشت.

طبق مادهٔ «۷۲۸» ق. م: «در صحت حواله ملائت محال علیه شرط نیست».

ولی هرگاه محتال جاهل باعسار او در حین عقد باشد طبق مادهٔ «۷۲۹» ق. م. میتواند حواله را فسخ و بمحیل که مدیون اصلی است رجوع کند.

مورد حواله

اشاره

حواله، مانند ضمان مبتنی بر انتقال دین است، و از نظر وحدت ملاک حواله با ضمان، همانطوری که در ضمان گفته شد دینی میتواند مورد حواله قرار گیرد که دارای شرایط زیر باشد:

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۸۹

۱- دین مورد حواله باید در ذمه محیل ثابت باشد خواه مستقر باشد یا متزلزل،

و همچنین است دینی که سبب آن موجود شده باشد. بعضی از فقهاء بر آنند که در حواله و ضمان، دینی که سبب آن در حین عقد موجود نشده باشد میتواند مورد انتقال قرار گیرد مانند حوالهٔ دینی که بعداً قرض گرفته میشود، چنانکه کسی بدیگری بگوید: بمن فلان مبلغ قرض بده و عوض آن را از فلان شخص بگیر و قرض دهنده و شخص ثالث (محال علیه) حواله را قبول کنند. در این فرض پس از قرض گرفتن، ذمهٔ محیل بری و ذمهٔ محال علیه مشغول میشود. ولی بنابر قول مشهور چنانکه در ضمان گذشت، دین مورد حواله (محال به) باید در حین عقد در ذمه محیل ثابت باشد خواه مستقر باشد و خواه متزلزل، و دین غیر ثابت نمیتواند مورد حواله قرار گیرد، خواه سبب آن موجود شده و یا نشده باشد.

۲- مورد حواله مانند مورد ضمان باید مالی باشد در ذمهٔ محیل،

خواه عین کلی باشد، مانند صد کیلو قند و یا منفعت باشد مانند منفعت یک روز بنّا در مورد اجیر مطلق، و یا عمل باشد مانند استنساخ کتاب معینی، عملی میتواند مورد حواله قرار گیرد که قید مباشرت شخص معین در آن نشده باشد، زیرا عملی که دارای خصوصیت مباشرت باشد قابل انتقال از ذمهٔ شخص متعهد بذمهٔ دیگری نمیباشد. چنانکه چنین عملی مورد حواله قرار گیرد، عقد مزبور مرکب از تبدیل تعهد و حواله است ولی هرگاه در عمل شرط مباشرت شده باشد آن عمل میتواند مورد حواله قرار گیرد، و شرط بنفع هر یک از محیل و محتال که باشد با انعقاد حواله از حق شرط صرف نظر نموده‌اند.

۳- مورد حواله باید نزد طرفین عقد (محیل و محتال)

و همچنین محال علیه معین باشد، زیرا یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله چنانکه شق ۳ مادهٔ «۱۹۰» ق. م. میگوید معین بودن

مورد معامله است و حواله نیز یکی از معاملات بمعنی اعم میباشد. و تردید در مورد معامله موجب غرر است بنابراین نمیتوان یکی از دو دین را بطور تردید حواله نمود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۰

۴- مورد حواله باید در حین عقد نزد طرفین عقد (محیل و محتال)

و همچنین محال علیه معلوم باشد، زیرا طبق ماده «۲۱۶» ق. م. مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موردی که علم اجمالی بآن کافی است. حواله اگر چه مانند ضمان مبتنی بر انتقال دین است و از نظر وحدت ملاک علم اجمالی بآن باید کافی باشد، ولی قانون مدنی تصریح بکفایت علم اجمالی ننموده است و با توجه بمادۀ «۲۱۶» ق. م. و نبودن مادۀ صریح نمیتوان بوحدت ملاک استناد جست، بنابراین حواله دین مجهول باطل میباشد، مثلا کسی نمیتواند بتاجری حواله دهد که هر چه دین او است بطلبکارش بپردازد نظریۀ بالا قول مشهور فقهای امامیه است، ولی بعضی از فقهای دیگر بر آنند که هر گاه مورد حواله در حقیقت مجهول نباشد ولی طرفین در حین عقد جاهل بآن هستند و بعداً میتوانند جنس و مقدار آن را معلوم نمایند، حواله صحیح خواهد بود، چنانکه در دفتر تجاری دائن و مدیون جنس و مقدار دین ثبت شده است ولی آنان آگاه بر آن نیستند و باید بدفتر مراجعه نمایند. در این صورت محیل میتواند بدیگری حواله بدهد که آنچه در دفتر تجاری من ثبت است بفلان کس بده و او قبول کند.

۵- دین و مورد حواله باید متحد الجنس باشد

بعضی از فقهاء لازم دانسته‌اند که دین و آنچه مورد حواله قرار میگیرد از حیث جنس و نوع متحد باشند، چنانکه هر گاه کسی از جنس ریال بدیگری مدیون است فقط میتواند از جنس ریال بر شخص ثالث حواله دهد که بپردازد، و الا چنانچه از جنس فرانک سوئیس حواله بدهد آن حواله را صحیح ندانسته‌اند، زیرا حواله نقل ذمه است و لازمۀ آن وحدت مورد انتقال میباشد. بعضی از فقهای دیگر اتحاد دین و مورد حواله را لازم نمیدانند.

تحلیل حقوقی- در صورتی که منظور فقهاء از متحد الجنس بودن دین محیل بمحتال با آنچه حواله میشود باشد، محیل و محتال میتوانند دین را از جنسی بجنس دیگر و یا نوع دیگر بوسیلۀ تبدیل تعهد تبدیل بنمایند، و پس از تبدیل، محیل آن را حواله کند.

در این صورت هر گاه محال علیه بری باشد و آن را قبول نماید اشکالی متصور نیست تا از نظر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۱

علمی مورد اختلاف قرار گیرد و هر گاه محال علیه بمحیل مدیون باشد، چنانچه از جنس آنچه مدیون است حواله داده شده، نیز اشکالی نخواهد داشت، مثلا محال علیه یکصد هزار ریال بمحیل مدیون است و محیل حواله ریالی بر او میدهد، و چنانچه محیل از غیر آن جنس حواله دهد، چنانکه محیل هزار دلار حواله بدهد، محال علیه مدیون آن را مانند شخص بری قبول مینماید و میپردازد و بعداً با محیل در تسعیر آن توافق نموده و تهاتر اختیاری بعمل می‌آورد، در این فرض نیز اشکالی متصور نیست. آنچه مورد اشکال میباشد آن است که محال علیه یکصد هزار ریال بمحیل مدیون باشد، و محیل باو حواله دهد که یکصد دلار از بابت یکصد هزار ریال بدهی خود، بمحتال بپردازد، زیرا محال علیه مدیون را نمیتوان بپرداخت چیز دیگری غیر از آنچه بر عهده دارد ملزم نمود.

بنظر میرسد که هر گاه محال علیه قبول بنماید بابت چیزی که مدیون است چیز دیگری را بپردازد اشکال مزبور رفع میگردد، بدین نحو که فرض میشود محیل، در حواله خود، وکالت ضمنی بمحال علیه میدهد که از بابت مقدار ریالی که باو مدیون است، دلار بحساب محیل، از خود بخرد، و در رضایتی که محال علیه در قبول حواله دلار میدهد عمل انجام میگیرد و چنانچه محال علیه در موقع قبول حواله، معاملۀ خرید دلار را از خود انجام ندهد، در قبول حواله ضمناً تعهد مینماید که بعداً طبق درخواست محیل عمل

کنـد. بنابر آنچه گـذشت در مثال بالا عملی که انجام میگیرد عبارت است از دو امر: یکی وکالت از طرف محیل در تبـدیل تعهـد و دیگری حواله.

محیل میتواند دین خود را بطور مطلق حواله دهد همچنانی که میتواند برای تأدیهٔ آن مدت قرار گذارد، چنانکه محیل در حواله خود بنویسـد که فلان مبلغ پس از ده روز از تاریـخ رؤیت بمحتال بدهد و محتال علیه میتواند برای تأدیهٔ آن مدت قرار دهد و یا حواله را بطور مطلق قبول کند همچنانکه او میتواند پرداخت مورد حواله را معلق بر عدم پرداخت محیل بمحتال بنماید، قبولی مزبور طبق مادهٔ «۱۰» ق. م صحیح و الزام‌آور خواهد بود.

محیل میتواند دین محتال را بدو یا چند نفر بطور تضامن حواله دهد و آنان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۲

حواله را بهمین نحو قبول نمایند، زیرا مادهٔ «۱۰» ق. م. قراردادهای خصوصـی را نسبت بکسانی که آن را منعقد مینمایند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ میداند و قانون هم چنین حواله را منع ننموده است.

آثار و احکام عقد حواله

اشاره

قبـل از آنکه آثـار و احکام عقـد حواله بیان شود، لازم است فرق بین حواله و ضـمان معلوم گردد. از نظر تحلیل حقوقی حواله مانند ضمان است و هر دو مبتنی بر انتقال دین میباشند، زیرا همچنانی که در اثر ضمان، دین از ذمهٔ مضمون عنه بذمهٔ ضامن منتقل میشود، در اثر حواله، دین از ذمـهٔ محیل بذمهٔ محال علیه انتقال می‌یابد. ولی از نظر صوری اختلاف فاحشـی بین آن دو موجود است چنانکه در ضـمان، عقـد بین طلبکار (مضـمون له) و ضامن که منتقل الیه است منعقد میشود بدین نحو که ضامن دین مضـمون عنه را بعهده میگیرد و طلبکار (مضمون له) آن را قبول مینماید، و در حواله عقد بین مدیون (محیل) و طلبکار (محتال) واقع میشود، بدین نحو که محیل دین را انتقال میدهـد و محتال (طلبکار) قبول مینماید. اختلاف مزبور سـبب اختلاف عنوان و آثار و احکام هر یک از دیگری شده است.

۱- طبق مادهٔ «۷۳۰» ق. م: «پس از تحقق حواله ذمهٔ محیل از دینی که حواله داده بری و ذمهٔ محال علیه مشغول میشود»

و احتیاج با براء محتال نخواهد بود، و هرگاه محتال محیل را ابراء کند تأکیدی بیش نیست چنانکه در ضمان گذشت.

بنابراین در نتیجـهٔ حواله رابطهٔ حقوقی که بین محیل و محتال موجود بود قطع میشود و بجای آن رابطه نوینی بین محتال و محال علیه ایجاد میگردد و آن مدیونیت محال علیه بمحیل است.

۲- حواله عقدی است لازم و طبق مادهٔ «۷۳۲» ق. م. هیچ‌یک از محیل و محتال و محال علیه نمیتواند آن را فسخ کند مگر در موارد ذیل:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۳

الف- چنانکه در ضمان گذشت طبق مادهٔ «۷۲۹» ق. م. «هرگاه در وقت حواله محال علیه معسر بوده و محتال جاهل باعسار او باشد،

محتال میتواند حواله را فسخ و بمحیل رجوع کند» علت پیدایش حق فسخ، جهل باعسار محال علیه در حین عقد است.

بنابراین هرگاه محتال بر اعسار او آگاه باشد نمیتواند آن را فسخ نماید، زیرا حواله را بدین نحو پذیرفته است. و در صورتی که محال علیه در حین عقد ملی بوده و بعداً معسر شده باشد، محتال حق فسخ عقد را نخواهد داشت زیرا عقد حواله صحیحاً واقع شده و اعسار مؤخر در امر مقدم تأثیر نمینماید، همچنانی که هرگاه محال علیه در حین عقد معسر بوده و بعداً ملی شده باشد حق فسخ ساقط نمیگردد، زیرا حق فسخ پیدایش یافته و با تردید در زوال آن بقایش استصحاب میشود.

خیار فسخ فوری نیست و مادام که بجهتی از جهات ساقط نشده باشد محتال میتواند عقد حواله را فسخ بنماید، زیرا از تأخیر در فسخ زیانی متوجه محیل و محال علیه نمیگردد.

ب– در صورتی که در عقد حواله شرط فسخ شده باشد،

چنانکه مادهٔ «۷۳۲» ق. م. میگوید: «حواله عقدی است لازم و هیچ‌یک از محیل و محتال و محال علیه نمیتواند آن را فسخ کند مگر در مورد مادهٔ «۷۲۹» و یا در صورتی که خیار فسخ شرط شده باشد». در عقد حواله که بین محیل و محتال منعقد میشود طبق مادهٔ «۳۹۹» ق. م.

میتوان شرط نمود که در مدت معین برای محیل و محتال یا هر دو یا شخص ثالث اختیار فسخ حواله باشد، همچنانی که محال علیه میتواند در قبول حواله برای خود و یا شخص ثالث حق فسخ قرار دهد. در این صورت هر یک از آنان که شرط فسخ بنفع او شده باشد میتواند از حق خود استفاده کرده عقد حواله را فسخ بنماید.

ج– در صورتی که در ضمن عقد حواله شرط فعل بنفع یکی از طرفین عقد یا محال علیه و شخص ثالث شده باشد

و مشروط علیه از انجام آن تخلف کند، مشروط له میتواند در حدود مواد «۲۳۷– ۲۴۰» ق. م. عقد حواله را فسخ بنماید، مادهٔ صریحی راجع باین امر در قانون مدنی یافت نمیشود ولی طبق قاعدهٔ کلی طرفین میتوانند در ضمن عقد هر شرطی را بنمایند مگر آنکه از شرائط فاسده و یا مفسده عقد باشد که در مادهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۴

«۲۳۲» و «۲۳۳» ق. م. ذکر گردیده است. و بنابر مستفاد از مادهٔ «۷۳۲» ق. م. چون رضایت محال علیه شرط اساسی برای تحقق حواله میباشد او نیز میتواند در ضمن قبول حواله، شرط (خواه شرط نتیجه باشد یا شرط فعل) بنفع خود بنماید چنانکه حواله را قبول کند بشرط آنکه محتال عمل معینی را برای او انجام دهد، در این صورت محال علیه مانند یکی از طرفین عقد میتواند در صورت تخلف، اثر عقد حواله را ملغی نماید.

د– در صورتی که در ضمن عقد حواله شرط نتیجه بنفع یکی از محیل و محال علیه شود

اشاره

و پس از عقد معلوم گردد که حین العقد پیدایش نتیجه ممتنع بوده است، طبق مستفاد از مادهٔ «۲۴۰» ق. م. چنانچه مشروط له محیل یا محتال باشد میتواند عقد را فسخ کند و چنانچه محال علیه باشد اثر عقد حواله را ملغی بنماید.

تبصره

طرفین عقد حواله (محیل و محتال) میتوانند آن را اقاله نمایند، زیرا اقاله یکی از اقسام سقوط تعهدات است و اثر آن مانند فسخ میباشد و پس از اقاله محتال میتواند بمحیل رجوع کند و طلب خود را بخواهد، ولی محتال و محال علیه نمیتوانند با توافق یکدیگر

حواله را اقاله کنند، زیرا اقاله بین طرفین عقد ممکن است واقع شود، و محال علیه چنانکه گذشت طرف عقد نمیباشد اگر چه رضایت او در تحقق حواله شرط است.

در مواردی که عقد حواله بجهتی از جهات فسخ شود و یا بتراضی طرفین اقاله گردد، دین محتال بحالت اول عودت می‌یابد، یعنی محیل مدیون محتال میشود همچنانی که ذمهٔ محال علیه بری میگردد.

۳- در صورتی که دین اصلی دارای رهن باشد در اثر حواله آن بدیگری، رهن فک نمیشود،

زیرا چنانکه در ضمان گذشت رهن وثیقهٔ دین است و در اثر حواله دین ساقط نشده بلکه از ذمهٔ مدیون بذمهٔ محال علیه منتقل گردیده و تغییر محل دین موجب زوال رهن نخواهد بود، بخلاف آنچه در تبدیل تعهد است که تضمینات تعهد سابق طبق مادهٔ «۲۹۳» ق. م. بتعهد لاحق تعلق نمیگیرد، زیرا در تبدیل تعهد چنانکه شرح آن بیان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۵

گردید تعهد سابق ساقط میشود و تعهد جدید دیگری جای گزین آن میگردد.

۴- محال علیه پس از قبولی میتواند دین خود را بدیگری حواله دهد،

چنانکه محیل باو حواله داده بوده است- ترامی در حواله (یعنی کسی دین خود را بدیگری حواله دهد و دومی آن را بسومی حواله نماید و سومی بچهارمی آن را حواله کند و همین قسم چندین مرتبه یک دین محل خود را تغییر دهد و مورد حواله قرار گیرد) و همچنین دور آن (چنانکه پس از تحقق حواله، در اثر حواله دیگری و یا چند حواله دیگر مدیون اصلی محال علیه دینی قرار گیرد که حواله داده است) صحیح است و امری عقلائی و دارای آثار حقوقی میباشد چنانکه در ضمان گذشت.

اثر حواله بین محیل و محال علیه

اشاره

چنانکه در مبحث سوم در اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه گذشت، محال علیه در صورتی که مدیون بمحیل نباشد بعد از اداء مورد حواله طبق مادهٔ «۷۳۱» ق. م. میتواند بهمان مقداری که پرداخته است رجوع بمحیل بنماید، زیرا حواله مانند ضمان مبتنی بر ارفاق است و هر مقدار که محال علیه از بابت پرداخت دین مورد حواله خسران ببیند، میتواند جبران آن را از محیل بخواهد. و همچنین در صورتی که محال علیه مدیون محیل بوده نمیتواند بیش از آنچه در اثر حواله پرداخته با محیل احتساب نماید بنابراین:

الف- در صورتی که محتال، محال علیه را از دین مورد حواله ابراء، نماید

و یا شخص ثالثی طلب محتال را بپردازد، بنابر مستنبط از مادهٔ «۷۱۹» ق. م. محال علیه نمیتواند از محیل چیزی بخواهد، زیرا چیزی نپرداخته تا خسران آن جبران شود.

ب- در صورتی که محال علیه کمتر از مورد حواله بمحتال بدهد،

بنابر مستنبط از مادهٔ «۷۱۳» ق. م. فقط آن مقدار را میتواند از محیل بخواهد اگر چه این امر در نتیجهٔ صلح یا معامله دیگری باشد. و چنانچه محال علیه بیشتر از آن مقدار که حواله شده بمحتال بپردازد، حق مطالبه زاید را از محیل ندارد، مگر پرداخت زائد بامر و یا

اجازه محیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۶

باشد و از آن فهمیده شود که او تعهد در پرداخت زائد را نموده است.

ج- در صورتی که محتال طلب خود را بمحال علیه واگذار نماید

و یا فوت کند و محال علیه وارث منحصر او باشد مالکیت ما فی الذمه حاصل میشود و این امر مانع از آن نخواهد بود که محال علیه بتواند از محیل مطالبهٔ مورد حواله را بنماید، اگر چه در ظاهر این امر با ابراء از نظر سقوط حق یکسان است. (مستنبط از مادهٔ «۷۱۲» ق. م از نظر وحدت ملاک حواله و ضمان)

د- در صورتی که محال علیه پس از اداء دین، حق خود را که نزد محیل دارد بمحتال واگذار نماید

و یا محال علیه فوت کند و محتال وارث منحصر او باشد، محتال بعنوان قائم مقام از محال علیه میتواند مورد حواله را از محیل بخواهد.

ه- موعد مطالبهٔ محال علیه از محیل پس از اداء مورد حواله بمحتال است

در صورتی که محال علیه مدیون محیل نباشد پس از آنکه مورد حواله را بمحتال پرداخت میتواند آن را از محیل مطالبه نماید و چنانچه محال علیه قبل از موعدی که محیل معین نموده است حواله را بپردازد نمیتواند آن را از محیل بخواهد مگر آنکه پرداخت باجازه محیل باشد و از آن امر فهمیده شود که محیل تعهد بپرداخت پس از تادیه نموده است و الا اجازه در پرداخت بخودی خود نمیتواند الزام‌آور باشد.

در صورتی که محیل ملتزم شده باشد که در مدت معین برائت محال علیه را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، محال علیه پس از موعد مزبور میتواند از محیل مطالبه مورد حواله را بنماید اگر چه هنوز آن را بمحتال تأدیه نکرده باشد.

چنانکه از مادهٔ «۷۰۹» ق. م. این امر استنباط میشود. حکم مورد مزبور طبق صریح مادهٔ «۷۲۷» ق. م. مانند حکم ضمان است

و- چنانکه از مادهٔ «۷۱۰» ق. م. از نظر وحدت ملاک میتوان استنباط نمود اگر محال علیه دین را حواله کند بکسی که بدهد و آن شخص قبول کند،

مثل آن است که دین را پرداخته و حق رجوع بمحیل را دارد، و همچنین است هرگاه محتال بکسی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۷

حواله دهد که محال علیه دین را باو بدهد و محال علیه قبول کند

ز- در ترامی حواله چنانکه محال علیه دین را بدیگری حواله کند و او بشخصی ثالث حواله نماید،

هر یک از محال علیهم پس از تادیه دین، بمقدار آنچه پرداخته بمحیل خود رجوع کند

ح- در صورتی که محال علیه بقصد تبرع حواله را پذیرفته باشد

بنابر مستنبط از مادهٔ «۷۲۰» ق. م. حق رجوع بمحیل ندارد.

بطلان حواله

اشاره

در صورتی که عقد حواله یکی از شرائط اساسی برای صحت معامله را که در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. مذکور است و یا یکی از شرائط مختصه را که شرح آن گذشت در حین عقد فاقد باشد، عقد حواله باطل خواهد بود و کشف میشود که دین از ذمهٔ مدیون اصلی بذمهٔ محال علیه منتقل نشده و بحال سابق خود باقی است. بنابراین در صورتی که پس از انعقاد حواله کشف شود که دین اصلی بجهتی از جهات وجود نداشته است حواله باطل میباشد، زیرا حواله مبتنی بر انتقال دین است و با نبودن دین، انتقال حاصل نمیشود. این است که مادهٔ «۷۳۳» ق. م. میگوید: «اگر در بیع بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را بشخصی بدهد، یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد، حواله باطل میشود و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد ولی اگر بیع بواسطهٔ فسخ یا اقاله منفسخ شود، حواله باطل نبوده، لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری میتواند بیکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود».

مادهٔ بالا بطلان حواله را در دو صورت فرض نموده است:

الف- در صورتی که بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را بشخص ثالث بدهد،

مثلًا بایع خانه خود را فروخته بیکصد هزار ریال و چون بشخص ثالث همان مقدار مدیون بوده بمشتری حواله داده که مبلغ یکصد هزار ریال را بشخص ثالث تأدیه نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۸

در مورد مزبور حواله بایع بر مشتری باعتبار آن است که ثمن در ذمهٔ او در اثر بیع مستقر شده و پس از آنکه کشف شود که بیع باطل بوده و مشتری دینی ببایع نداشته است، کشف میشود که حواله نیز باطل است در صورتی که گفته شود بطلان بیع موجب بطلان حواله نخواهد بود، زیرا حواله بربری جایز میباشد، و چنانچه بطلان بیع کشف شود و معلوم گردد که مشتری ببایع مدیون نبوده است، کشف میشود که محال علیه حواله را مانند شخص بری قبول نموده و پرداخته است. در پاسخ گفته میشود که در فرض مزبور بایع معنا آنچه در ذمهٔ مشتری ثابت بوده حواله داده است و مانند آن است که بمشتری بگوید آنچه در ذمهٔ تو است بشخص ثالث بپرداز، نه آنکه بایع حواله را بطور مطلق داده و مشتری آن را مانند بری پذیرفته است تا در صورت بطلان بیع، حواله صحیح باشد.

ب- در صورتی که مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد.

در فرض مزبور چنانچه کشف شود بیع باطل است کشف میشود که حواله نیز باطل میباشد، زیرا حواله مبتنی بر انتقال دین است و با بطلان معامله کشف میشود که دینی در ذمهٔ مشتری (محیل) نبوده است تا بذمهٔ شخص ثالث (محال علیه) منتقل شود، لذا حواله بتبع بیع باطل میباشد.

آنچه گذشت در مورد بطلان بیع میباشد، ولی چنانچه ذیل مادهٔ بالا- متذکر است، اگر بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را بشخص ثالث بدهد و یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بیع بواسطهٔ فسخ یا اقاله منحل شود، حواله باطل نمیباشد، زیرا حواله در زمانی واقع شده که ذمهٔ مشتری نسبت بثمن، ببایع مشغول بوده است و در اثر تحقق حواله ذمهٔ مشتری در مقابل بایع بری میشود. و چون فسخ و اقاله از زمان اراده و اعلام آن، عقد را منحل میگرداند و اثر قهقرائی نمیکند، بنابراین در

صورتی که پس از تحقق حواله، بیع بوسیله فسخ یا اقاله منحل شود، تأثیر در انتقال دینی که بعمل آمده نمینماید، و حواله بحال خود باقی خواهد ماند، و چنانچه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۲۹۹

محال علیه مورد حواله را نپرداخته باید آن را بپردازد. و حوالهٔ ثمن مانند اتلاف آن میباشد که طبق مستفاد از مادهٔ «۲۸۶» ق. م. باید بدل آن داده شود.

شیخ و بعضی از فقهای امامیه بین موردی که بایع حواله دهد که مشتری ثمن را بشخص ثالث بدهد و موردی که مشتری حواله دهد بایع ثمن را از شخص ثالث بگیرد، فرق گذارده‌اند، و در صورت اخیر حواله را بتبع بیع منفسخ میدانند زیرا حواله بین متبایعین واقع‌شده و چون آنان عقد بیع را فسخ و یا اقاله کنند حواله بتبعیت بیع منحل میگردد، بخلاف صورت اول که حواله بین بایع و شخص ثالث منعقد شود، که نمیتواند جریانی که بین متبایعین واقع‌شده (فسخ و یا اقاله) نسبت بشخص ثالث که هیچگونه مداخله‌ای در آن نداشته تسری نماید. فرقی که بین دو مورد بالا بیان گردید موجب اختلاف حکم آن دو نمیگردد، زیرا تبعیت حواله از بیع در مورد فسخ و اقاله که مانند امر مسلم تلقی گردید صحیح نمیباشد و بر خلاف قاعده است چه فسخ اثر قهقرائی ندارد و از زمان اعلام ارادهٔ انحلال، عقد منحل میشود، و در هر دو فرض حواله نسبت بثمن داده شده که در ذمه مشتری ثابت بوده است، و پس آنکه حواله بطور صحیح واقع شد، نمیتواند انحلال بیع در اثر فسخ و اقاله در عقد حواله تأثیر بنماید، خواه عقد حواله، بین متبایعین منعقد گردد و یا بین بایع و شخص ثالث بنظر میرسد که میتوان بر آن بود که هرگاه حواله بین متبایعین واقع شود و مشتری ببایع حواله دهد ثمن را از شخص ثالث بگیرد، چون متبایعین بیع را اقاله کنند ضمنا حواله را هم اقاله نموده‌اند، بخلاف مورد فسخ که نمیتواند کسی که بیع را بجهتی از جهات فسخ نموده بآن جهت حواله را فسخ کند، زیرا حواله عقد مستقلی است و جهتی که موجب فسخ عقد بوده در حواله موجود نیست و مانند صورت قبل تراضی هم ضمنا بین طرفین عقد در انحلال بعمل نیامده است.

در ذیل مادهٔ «۷۳۳» ق. م. دو جمله است که باید شرح داده شود:

۱- شرح جملهٔ «... لیکن محال علیه بری ...»

با توجه بعبارت قبل آن که میگوید «حواله باطل نبوده ...»، قانون مدنی خواسته است بوسیلهٔ عبارت مزبور یکی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۰

از آثار صحت حواله را بیان نماید و آن بری شدن محال علیه است در اثر حواله از دینی که قبل از حواله بمحیل داشته است (این امر در صورتی است که حواله بر مدیون باشد که فرد کامل حواله است) بنابراین در فرض اول که بایع حواله داده، مشتری ثمن را بشخص ثالث بدهد، محال علیه که مشتریست در مقابل محیل از دینی که بابت ثمن داشته بری میگردد ولی در مقابل محتال مدیون میشود و باید ثمن را بمحتال بدهد. و در فرض دوم که مشتری حواله داده بایع ثمن را از کسی بگیرد، محال علیه در مقابل مشتری بمقدار ثمن که حواله شده بری میگردد و باید آن را ببایع بدهد (در این فرض ماده ناظر بموردیست که شخص ثالث مدیون مشتری باشد یعنی حواله بر مدیون شده است) ولی در صورتی که عقد حواله باطل باشد ذمهٔ محال علیه مشغول بمحتال نشده و همچنانی که قبلا بمحیل مدیون بوده دین بحال خود باقی است.

۲- جملهٔ «... و بایع و یا مشتری میتواند بیکدیگر رجوع کند ...»

اشاره

قانون مدنی بوسیلهٔ عبارت مزبور خواسته است یکی از آثار دیگر صحت حواله را بیان نماید.
در آثار اقاله و فسخ بیان گردید، که هرگاه پس از قبض مبیع و تأدیهٔ ثمن، عقد بیع اقاله یا فسخ شود، مشتری برای استرداد ثمن به بایع و بایع برای استرداد مبیع بمشتری رجوع میکند، و چنانچه مبیع یا ثمن تلف شده باشد بدل آن را از مثل یا قیمت مسترد میدارد.
در جملهٔ بالا دو امر بیان شده است.

الف- رجوع مشتری به بایع برای استرداد ثمن

رجوع مشتری به بایع برای مطالبهٔ ثمن در اثر اقاله یا فسخ بیع، در دو فرض بالا که ثمن بوسیلهٔ حواله بایع بشخص ثالث پرداخت شده و یا آنکه مشتری حواله داده که بایع ثمن را از کسی گرفته است، از نظر آن است که چون عقد حواله بتبع بیع منحل نمی‌شود مانند آن خواهد بود که ثمن به شخص بایع تأدیه گردیده و تلف شده است، بنابراین مشتری میتواند بدل آن را از او بخواهد، و الا هرگاه عقد حواله به تبع بیع منحل میگردید در صورتی که بحوالهٔ بایع، ثمن بشخص ثالث تأدیه شده باشد مشتری باید آن را از شخص ثالث محتال بخواهد
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۱

ب- رجوع بایع بمشتری برای استرداد مبیع

استرداد مبیع از مشتری با توجه بدو فرض بالا در حواله ثمن، اثر اقاله و فسخ بیع است و هیچ‌گونه رابطه‌ای با حوالهٔ ثمن ندارد و در صورتی که پس از انعقاد بیع حواله‌ای هم پیدایش نمییافت و بیع فسخ یا اقاله میگردید بایع برای استرداد مبیع بمشتری رجوع میکرد.
بنابراین بیان رجوع بایع بمشتری برای استرداد مبیع طردا للباب میباشد.

حوالهٔ عین معین

چنانکه گذشت مورد حواله باید دین باشد تا بتواند از ذمهٔ محیل بذمهٔ محال علیه منتقل شود ولی در عبارات بعضی از فقهای امامیه دیده میشود که عین معین نیز میتواند مورد حواله قرار گیرد. عمل مزبور اگر چه حواله بمعنی اصطلاحی نمیباشد ولی از معنی لغوی تجاوز نشده است، زیرا چنانکه گذشت حواله اسم مصدر از احال میباشد و بمعنی برگشتن از جائی بجائی آمده است، و در مورد مزبور در اثر حواله عین معین از نزد کسی بنزد دیگری میرود.
در صورتی که عین معین نزد کسی بوکالت یا ودیعه یا عقد دیگری امانت باشد و صاحبش حواله دهد که شخص ثالث آن را بگیرد و محتال و محال علیه آن را قبول کنند، محال علیه باید آن را بمحتال بدهد و چنانچه محال علیه از دادن آن امتناع کند محتال میتواند بمحیل رجوع نماید، زیرا حواله در مورد عین معین، انتقال دین نیست تا ذمهٔ محیل در اثر قبول محال علیه بری شده باشد و هرگاه در اثر تأخیر یا ندادن مال مزبور خسارتی متوجه محیل و یا محتال گردد محال علیه مسئول آن میباشد، زیرا مال در دست او امانت است و باید بمالک یا قائم مقام مالک بدهد و در صورت امتناع یا تأخیر در حکم غاصب است و غاصب مطلقا مسئول میباشد. از نظر تحلیل حقوقی باید فرض نمود که مالک بشخص ثالث نمایندگی میدهد که مال او را از متصرف بگیرد
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۲

فصل شانزدهم در کفالت

اشاره

کفالت مصدر و مشتق از کفل است یعنی بر عهده گرفتن و در اصطلاح چنانکه مادهٔ «۷۳۴» قانون مدنی میگوید «کفالت عقدی است که بموجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد میکند.
متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را موکول له میگویند».
کفالت مانند ضمان و حواله یکی از عقود معینه است و علاوه بر شرائط عمومی برای صحت معامله دارای شرایط خاصه است که با اجتماع آنها عقد کفالت محقق میگردد.

طرفین عقد کفالت

عقد کفالت طبق مادهٔ «۱۹۱» قانون مدنی بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد بنماید محقق میشود، و ایجاب از طرف کفیل و قبول از طرف مکفول له به عمل می‌آید، بدین نحو که کفیل تعهد مینماید مکفول را در موقع مقرر حاضر بنماید و مکفول له آن را قبول میکند. این است که مادهٔ «۷۳۵» ق. م. میگوید: «کفالت برضای کفیل و مکفول له واقع میشود».
مکفول هیچ‌گونه مداخله‌ای در تحقق عقد ندارد بدین جهت حضور او در جلسه عقد لازم نمیباشد و عدم رضایت او نیز تأثیری در عقد نمیکند، این است که قانون مدنی در مادهٔ «۷۳۵» نامی از مکفول نبرده است. عده‌ای از فقهاء بنابر آنچه از شیخ و قاضی و ابن حمزه و ابن ادریس حکایت شده است، رضایت مکفول را در انعقاد کفالت لازم میدانند و حتی بعضی از فقهاء بر آنند که عقد کفالت با یک ایجاب و دو قبول منعقد میگردد.
مبنای اختلاف نظر در لزوم رضایت مکفول، ظهور ادلهٔ کفالت و عدم ظهور آن در این امر است، و آنچه گفته شده که تعهد باحضار مکفول حضور او را در موعد مقرر لازم دارد و مادام که مکفول رضایت بر آن امر ندهد، ملزم بحضور نخواهد بود، نمیتواند
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۳
دلیل بر لزوم رضایت مکفول قرار گیرد، زیرا حضور مکفول در صورت احضار از طرف مقامات صالحه الزامی است و صلاحیت کفیل برای احضار مکفول کمتر از وکیل مکفول له، یا مأمور احضار نمیباشد.
طرفین کفالت باید دارای اهلیت برای معامله باشند، زیرا آنان غیر مستقیم در امور مالی خود تصرف مینمایند، و طبق مادهٔ ۷۴۰ قانون مدنی: «کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید و الا باید از عهدهٔ حقی که بر عهدهٔ مکفول ثابت میشود بر آید». ولی در مکفول اهلیت شرط نیست و میتوان از محجور، مانند سفیه و مفلس کفالت نمود زیرا مکفول هیچ‌گونه مداخله‌ای در انعقاد عقد کفالت ندارد.

مکفول

در عقد کفالت از کسی میتوان کفالت نمود و تعهد باحضار او کرد که حقی مکفول له بر عهده او داشته یا دعوی حقی بر او شده باشد، این است که مادهٔ «۷۳۶» ق. م. میگوید: «در صحت کفالت علم کفیل بثبوت حقی بر عهدهٔ مکفول شرط نیست بلکه دعوی حق از طرف مکفول له کافی است اگر چه مکفول منکر آن باشد».
طبق مادهٔ «۷۳۷» ق. م: «کفالت ممکن است مطلق باشد ...» چنانکه کسی کفیل دیگری گردد بدون آنکه وقت احضار مکفول تعیین گردد در این صورت هر زمان بکفیل اطلاع دهند باید مکفول را حاضر نماید، و ممکن است کفالت «موقت (باشد) و در صورت موقت بودن باید مدت آن معلوم باشد». مدت در عقد کفالت باید طوری معین شود که احتمال زیاده و نقصان در آن نرود چنانکه

بگوید: کفیل فلان‌کس هستم که در روز دهم فروردین و یا از اول سال آینده تا ده روز هر روز بخواهید او را حاضر بنمایم.

کفالت ممکن است حال باشد چنانکه کفیل تعهد نماید که از تاریخ امروز تا یک سال دیگر هر زمان مکفول را بخواهند حاضر نماید، و یا مؤجل باشد چنانکه کفیل تعهد کند از اول فروردین سال آتی تا سه ماه هر زمان حضور مکفول لازم باشد او را حاضر کند در صورتی که کفالت مطلق گذارده شود محمول بر حال است یعنی از تاریخ کفالت هر زمان حضور مکفول لازم باشد کفیل باید او را احضار بنماید، زیرا اطلاق عرفا منصرف بآن میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۴

محل احضار مکفول چنانچه در عقد ذکر نشده باشد، در محل انعقاد عقد کفالت خواهد بود، زیرا اطلاق عقد اقتضای آن را مینماید.

مورد کفالت

اشاره

کفالت چنانکه از مادهٔ «۷۳۴» ق. م. معلوم میشود عقدی است عهدی و غیر معوض یعنی دارای یک مورد میباشد و آن احضار مکفول است. جزاء تعهد کفیل در صورت عدم احضار مکفول در زمان و مکانی که تعهد کرده است طبق مادهٔ «۷۴۰» ق. م. ایفاء حقی است که بر عهدهٔ مکفول میباشد. آنچه از مادهٔ مزبور استنباط میشود آن است که کفالت باید مجانی باشد ولی ممکن است بداعی تملیک مال یا تعهدی باشد که بوسیلهٔ مکفول یا شخصی ثالثی بعمل آید، چنانکه مکفول یا دیگری با پرداخت مبلغی بکفیل، از او بخواهد که از او کفالت کند.

کفالت عقدی است که از طرف کفیل لازم میباشد و فقط ایجاد تعهد برای مکفول له مینماید بدین جهت او میتواند حق خود را ساقط و عقد کفالت را منحل نماید.

میتوان ضمن عقد کفالت شرط خیار برای کفیل قرار داد که در مدت معین بتواند آن را فسخ نماید، میتوان ضمن آن نیز شرط فعل و یا شرط نتیجه بنفع هر یک از طرفین یا شخص ثالث نمود، زیرا کفالت عقد است و مقررات مربوطه بشروط عمومیت دارد و در هر یک از عقود جاری است مگر قانون صریحا منع کرده باشد، چنانکه طبق ماده «۱۰۶۹» ق. م: «شرط خیار فسخ نسبت بعقد نکاح باطل است ...» بنابراین هر گونه شرطی را میتوان ضمن عقد کفالت درج نمود مگر آنکه از شروط فاسده یا مفسده عقد باشد.

کفیل میتواند چنانکه مادهٔ «۷۴۱» ق. م. حاکی است ملتزم شود در صورت عدم احضار مکفول در موعد مقرر، مالی معین بمکفول له بدهد. تعهد مزبور طبق مبنای مادهٔ «۱۰» ق. م. التزام‌آور است و وجه التزام فقط برای عدم احضار مکفول است و چنانچه مکفول له حقی بر مکفول داشته باشد آن حق بحال خود باقی خواهد ماند و وجه التزام از آن بابت احتساب نمیشود و مکفول له میتواند حق خود را از مکفول بخواهد.

مکفول له و کفیل میتوانند عقد کفالت را اقاله بنمایند زیرا اقاله یکی از اسباب

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۵

سقوط تعهدات است و در کلیه عقود لازمه جاری میگردد مگر قانون صراحتا منع کرده باشد، چنانکه در نکاح است.

تبصره

طبق مادهٔ «۷۴۵» ق. م: «هر کس شخصی را از تحت اقتدار ذی حق یا قائم مقام او بدون رضای او خارج کند در حکم کفیل است و باید آن شخص را حاضر کند و الا باید از عهدهٔ حقی که بر او ثابت شود بر آید» زیرا در اثر خارج نمودن شخص مزبور از دست

ذی حق، سبب توجه خسارت باو شده است و از باب تسبیب مسئول خسارات وارده میباشد. مادهٔ بالا مسئولیت را بطور مطلق بیان نموده ولی باید بر آن بود که حق نماید، رفع مسئولیت از او میگردد و چنانچه قدرت بر این امر نداشته باشد باید از عهدهٔ حقی که بر شخص فراری در مقامات صالحه ثابت میشود بر آید، زیرا طبق قاعدهٔ کلی هر کسی تجاوز بحق دیگری کند باید آن را جبران بنماید، بدین گونه که مادام وضعیت اولیه قابل عودت باشد، متجاوز باید آن را عودت دهد و الا بدل آن را تأدیه نماید. بدین جهت کسی که دیگری را از دست ذی حق رهانیده باید آن را بگیرد و باو رد کند و چنانچه نتواند باید حقی که بر عهده شخص فراری ثابت است بدهد.

تکالیف کفیل

۱– طبق مادهٔ «۷۴۰» ق. م: «کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید

اشاره

و الا باید از عهدهٔ حقی که بر عهدهٔ مکفول ثابت می‌شود برآید».

در مادهٔ بالا دو امر قابل توجه است:

الف– زمان تسلیم

در صورتی که برای احضار مکفول موعدی معین شده باشد کفیل باید او را در آن زمان احضار نماید و طبق مادهٔ «۷۳۹» ق. م: «در کفالت مطلق مکفول له هر وقت بخواهد میتواند احضار مکفول را تقاضا کند (و کفیل باید او را حاضر نماید) ولی در کفالت موقت قبل از رسیدن موعد حق. مطالبهٔ (احضار مکفول را)

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۶

ندارد» همچنانکه پس از انقضاء مدت نمیتواند احضار او را بخواهد، زیرا مورد تعهد حاضر کردن مکفول در وقت معین است.

ب– مکان تسلیم

در صورتی که محلی برای احضار مکفول معین شده باشد کفیل باید او را در آن محل حاضر نماید و اگر در کفالت محلی برای تسلیم معین نشده باشد طبق ماده ۷۴۲ ق. م: «... کفیل باید مکفول را در محل عقد تسلیم کند، مگر اینکه عقد منصرف بمحل دیگر باشد» چنانکه مأمور اجرا مدیونی را گرفته که باداره اجرا برای بازداشت ببرد، یکی از رفقای مدیون در راه باو بر میخورد و در مقابل طلبکار، کفیل مدیون میشود که در روز معین او را حاضر کند، قرائن موجود حاکی است که مکفول باید در اداره اجرای ثبت در موعد مقرر حاضر گردد نه در وسط خیابان که محل انعقاد عقد کفالت است.

۲– در صورتی که کفیل تعهد باحضار مکفول در روز معین نموده باشد باید او را در آن روز حاضر نماید

و لازم نیست که از طرف مکفول له قبلا باو اطلاع داده شود و یا احضار مکفول خواسته شود، زیرا مورد تعهد حاضر کردن مکفول در روز معین است. و هرگاه حاضر کردن مکفول منوط بمطالبهٔ مکفول له باشد (چنانکه در قرار داد این امر قید شود) و یا عقد کفالت مدت نداشته و مطلق باشد، باید مکفول له قبل از موعد در فاصله‌ای که عادتاً بتوان مکفول را حاضر نمود، بکفیل اطلاع دهد تا او بتواند مکفول را یافته در وقت معین حاضر کند، و چنانچه در فرض مزبور مکفول غائب باشد بطوری که کفیل نتواند

عادتاً او را در روز معین حاضـر نماید مثلًا مکفول برای انجام امور شخصـی از شـهری که محل حضور او است خارج شده باشد طبق مادهٔ «۷۴۳» ق. م: «... بکفیل مهلتی که برای حاضـر کردن مکفول کافی باشد داده میشود» چنانکه هرگاه مکفول بیکی از کشورهای بیگـانه مسـافرت کرده است بایـد مهلتی بکفیل داده شود که عادتاً بتوان برای مکفول نامه‌ای نوشت که او وسائل حرکت خود را در محل فراهم آورد و مدتی که از کشور مزبور بمحل احضار، بیاید.

مکفول ملزم نیست از شـهری که باید احضار شود خارج نگردد و انتظار بکشد که چه زمان مکفول له حضور او را خواهد خواست. بنظر میرسد که این امر در صورتی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۷

است که کفـالت بطور مطلق و یا احضار او منوط بمطالبهٔ مکفول له باشـد و الا چنانچه در کفالت حضور او را برای روز معینی قرار داده باشند مکفول نمیتواند عملی نماید که در موعد مقرر نتواند حاضر گردد.

۳- طبق مادهٔ «۷۴۴» ق. م: «اگر کفیل مکفول را در غیر زمان و مکان مقرر یا بر خلاف شرائطی که کرده‌اند تسلیم کند،

قبـول آن بر مکفـول لـه لازم نیسـت لیکـن اگر قبـول کرد کفیـل بری میشـود. و همچنین اگر مکفـول له بر خلاـف مقرر بین طرفین تقاضای تسلیم نماید کفیل ملزم بقبول نیست». زیرا طبق قاعدهٔ حقوقی مذکور در مادهٔ «۲۷۵» ق. م: «متعهد له را نمیتوان مجبور نمود که چیز دیگری بغیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگر چه آن شیء قیمهٔ معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد».

۴- طبق مادهٔ «۷۴۷» ق. م: «هرگاه کفیل مکفول را مطابق شـرائط مقرره حاضـر کند و مکفول له از تسلیم او امتناع نماید کفیل با اشهاد یا مراجعه بحاکم بری میشود».

زیرا کفیل تعهد خود را انجام داده است و خارج از مورد تعهد مکلف بانجام امری نمیباشد، بنابراین هرگاه کسـی کفیل شود که در روز معین مکفول را در ادارهٔ اجرای ثبت حاضر نماید و در آن روز از اول تا آخر وقت اداری او را بادارهٔ مزبور ببرد و رئیس اجرا یا قائم مقام او نباشـد و یا باو بگویـد امروز برویـد و فردا او را بیاورید، کفیل میتواند آن را قبول نکند، در این صورت کفیل تعهد خود را انجام داده و کفالت منتفی میشود. در مادهٔ بالا کلمهٔ تسـلیم در عبارت (مکفول له از تسـلیم امتناع نماید) اشـتباه است و باید تسلیم باشد، زیرا تسـلیم عملی است که از کفیل ناشـی میشود و تسـلم عملی است که از مکفول له سـر میزند، و یا آنکه کلمه قبول، قبل از تسلیم بوده و ساقط شده است.

۵- در صورتی که کفیل مکفول را مطابق شرائط مقرره حاضر نکند

طبق ذیـل مادهٔ «۷۴۰» ق. م. بایـد از عهـدهٔ حقی که بر مکفول ثابت میشود برآیـد. کفیل بوسـیلهٔ عقـد کفالت تعهـد باحضار مکفول نموده است و باید تعهد خود را در موقع معین طبق

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۸

شرائط مقرره انجـام دهـد و چنـانچه امتنـاع نمایـد، بنحوی که در تعهـدات دیگر نیز جاری است، بـدرخواست مکفول له کفیل الزام میشـود که مکفول را حاضـر نمایـد و میتوان او را نیز بـازداشت نمود، و هرگـاه الزام کفیـل ممکن نباشـد بایـد از عهـدهٔ حقی که بر مکفول ثابت میشود برآید.

در صورتی که کفیل بخواهد بدون آنکه مکفول را حاضر بنماید، از عهدهٔ حقی که بر او ثابت است برآید، قبول آن منوط بموافقت مکفول له میباشـد، زیرا ممکن است حقی که بر عهدهٔ مکفول است مقید و یا بشـرط مباشـرت او باشد، چنانکه مکفول نقاش ماهری

باشد که تعهد بکشیدن پردهٔ معینی نموده است و چنانچه کفیل او را حاضر کند بمیل خود پرده را میکشد و یا میتوان او را اجبار بایفاء تعهد نمود. بنظر میرسد باید بین موردی که مباشرت مکفول قید یا شرط در تعهد نباشد، و بین موردی که مباشرت مکفول قید یا شرط در تعهد باشد فرق گذارد، و در صورت اول بر آن بود که کفیل بتواند مکفول را حاضر بنماید و یا حقی که بعهدهٔ اوست ایفاء بکند اگر چه مکفول له هم موافقت بر این امر نداشته باشد، زیرا طبق قاعدهٔ کلی مذکور در مادهٔ «۲۶۷» ق. م.
«ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است» بخلاف موردی که مباشرت متعهد در انجام تعهد، قید یا شرط باشد که حاضر کردن مکفول لازم است زیرا طبق مادهٔ «۲۶۸» ق. م.: «انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد بوسیلهٔ دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له، و در صورتی که حاضر کردن مکفول ممکن نباشد کفیل باید حقی که بر عهدهٔ او است بپردازد اگر چه بدل اضطراری تعهد باشد، مانند خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد

اثر کفالت بین کفیل و مکفول

۱- در اثر عقد کفالت کفیل متعهد میشود که در حدود شرائط مقرره مکفول را حاضر نماید.

و مکفول ملزم است در سر موعدی که کفیل باطلاع او میرساند در محل معین حاضر گردد، زیرا مکفول له هر زمان مکفول را میخواست باید حاضر شود و
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۰۹
اثر کفالت کمتر از وکالت نمیباشد ولی مکفول هیچگونه الزام مالی در مقابل کفیل ندارد همچنانی که کفیل نیز تعهد مالی در مقابل مکفول له ننموده است

۲- طبق ذیل مادهٔ «۷۴۰» ق- م در صورتی که کفیل مکفول را مطابق شرائط مقرره حاضر ننماید باید از عهدهٔ حقی که بر مکفول ثابت میشود بر آید

اشاره

ولی میتواند فقط در دو مورد ذیل طبق مادهٔ «۷۵۱» ق. م. بمکفول رجوع کرده و آنچه را که بمکفول له داده اخذ کند:

الف- هرگاه کفالت باذن مکفول بوده و کفیل با عدم تمکن از احضار او حقی را که بعهدهٔ مکفول است ادا نماید.

اذن مکفول بکفالت خواه مقدم باشد و خواه مقارن و یا مؤخر، در حکم قبول نمودن کلیهٔ اثراتی است که بر آن مترتب میشود، و مانند اذن مضمون عنه در ضمان است. بنابراین هرگاه کفیل نتواند مکفول را آنگونه که تعهد کرده است حاضر نماید. چنانکه با وجود اخطار کفیل، مکفول حاضر نشود و یا خود را پنهان نماید که کفیل دسترسی باو پیدا نکند، مانند آنکه بدون اطلاع کفیل محل اقامت خود را ترک نماید یا مسافرت بنقطه غیر معلومی بکند و مکفول له حقی را که بر عهده مکفول است از کفیل دریافت دارد، کفیل میتواند آن را از مکفول بخواهد. ولی چنانکه کفیل با توانائی بآگاه نمودن مکفول بتاریخ حضور، او را اطلاع ندهد و حقی را که بر عهده او است بمکفول له بپردازد حق رجوع بمکفول را ندارد، زیرا آنچه مورد تعهد در عقد کفالت است احضار مکفول است که کفیل باو اعلام نداشته و طبق ذیل مادهٔ «۲۶۷» ق. م. کسی که دین دیگری را بدون اجازهٔ مدیون تأدیه میکند حق رجوع باو را ندارد.

ب- کفیل باذن مکفول حقی را که بر عهدهٔ او است ادا بنماید

در مورد مزبور مکفول صریحاً بکفیل اذن بتأدیهٔ دینی که بر عهده داشته است داده و طبق مادهٔ «۲۶۷» ق. م. هرگاه مدیون اجازهٔ پرداخت دینی که بعهدهٔ او است بدهد، دهنده حق مراجعه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۰

بمدیون را دارد. اذن مکفول در ادای حق بدو نحو ممکن است صورت گیرد. یکی آنکه کفالت نیز باذن او باشد و پس از اخطار کفیل، مکفول باو اذن دهد که پیشنهاد پرداخت حق را بمکفول له نماید و آن را تأدیه کند. و دیگر آنکه مکفول اذن در کفالت نداده باشد و کفالت بدون موافقت مکفول بعمل آمده است ولی بعداً بکفیل اذن دهد حقی که بر عهدهٔ او است بپردازد، در صورت مزبور نیز پس از پرداخت، کفیل میتواند بمکفول مراجعه کرده آنچه پرداخته بخواهد. این مورد را نمیتوان با ضمان مقایسه نمود و گفت: همچنانی که هرگاه ضمان بدون اذن باشد، و ضامن باجازهٔ مضمون عنه دین را تأدیه کند، نمیتواند آنچه پرداخته از مضمون عنه مطالبه نماید، در مورد کفالت نیز کفیل نمیتواند پس از پرداخت رجوع بمکفول کند. زیرا کفالت تعهد باحضار شخص مکفول است و شامل پرداخت حقی که بعهدهٔ او است نمیشود، بنابراین هرگاه مکفول پس از کفالت بکفیل خود اذن دهد دینی که بعهدهٔ او است بپردازد طبق مادهٔ «۲۶۷» ق. م. پس از تأدیه میتواند از مدیون بخواهد، بخلاف ضمان که ضامن در اثر عقد ضمان، دین مدیون را بر ذمه میگیرد و در مقابل مضمون له مدیون میگردد و چنانچه ضمان بدون اذن مدیون باشد مضمون عنه در مقابل ضامن هیچ‌گونه تعهدی ندارد، و اذن مضمون عنه در تأدیه مانند اذن شخص ثالث بمدیون است که دین خود را بپردازد، و این امر بتنهائی موجب تعهد اذن دهنده بپرداخت آنچه مأذون میدهد نمیگردد.

۳- طبق مادهٔ «۷۴۶» ق. م: «در موارد ذیل کفیل بری میشود:

۱- در صورت حاضر کردن مکفول بنحوی که متعهد شده است، زیرا مورد تعهد حاضر نمودن مکفول بوده و آن انجام شده است و ایفاء تعهد ساده‌ترین اسباب سقوط تعهدات است.

۲- در صورتی که مکفول در موقع مقرر شخصاً حاضر شود. منظور از کفالت حضور مکفول در حدود شرائط مقرره است و پس از آنکه مکفول خود حاضر گردید نتیجهٔ تعهد حاصل شده است زیرا احضار او بوسیلهٔ کفیل جنبهٔ طریقیت داشته و مستقلا

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۱

مورد نظر مکفول له نمیباشد. ولی هرگاه مکفول قبل از موقع معین خود را بمکفول له معرفی کند یا در غیر محل مقرر حاضر شود، تعهد کفیل ساقط نمیگردد و باید در حدود شرائط مقرره مکفول را حاضر نماید زیرا تعهد باقی است.

۳- در صورتی که ذمهٔ مکفول بنحوی از انحاء از حقی که مکفول له بر او دارد بری شود، زیرا احضار مکفول برای ادای حقی بوده که بعهده داشته است و چون ذمهٔ او بوسیلهٔ مکفول له بری شود حق ساقط میگردد و حضور او لازم نخواهد بود، چنانچه مکفول له مکفول را ابراء بنماید و یا شخص ثالث حقی را که بر عهده او است بمکفول له تأدیه کند.

۴- در صورتی که مکفول له کفیل را بری نماید. برای مکفول له در اثر کفالت حقی بر کفیل ثابت میگردد و مکفول له میتواند حق خود را ساقط نماید. ابراء کفیل موجب ابراء مکفول نمیشود، زیرا مورد تعهد هر یک امر خاصی است، چنانکه مورد تعهد کفیل، حاضر کردن مکفول و مورد تعهد مکفول دینی است که بمکفول له دارد

۵- در صورتی که حق مکفول له بنحوی از انحاء بدیگری منتقل شود. چنانکه مکفول له حق خود را بر مکفول بدیگری بفروشد و یا صلح کند و یا حواله دهد.

بنابراین هرگاه مکفول له بوسیلهٔ انتقال طلب حق خود را بدیگری واگذار بنماید کفیل بری میشود، مثلًا کسی بوسیلهٔ ادارهٔ اجرای ثبت از دیگری یکصد هزار ریال مطالبه مینماید، برادر مدیون برای آنکه او بازداشت نشود، کفیل مدیون در اداره اجرای ثبت

میگردد. سپس طلب کار طلب خود را بجهتی از جهات بشخص ثالث واگـذار مینمایـد، کفیل مزبور بری میگردد. و همچنین است هرگاه حقی که مکفول له دارد مورد تبـدیل تعهـد قرار گیرد، خواه بوسیلهٔ تبـدیل مدیون باشد و خواه بوسیلهٔ تبدیل دین، زیرا طبق مادهٔ «۲۹۳» ق. م: «در تبـدیل تعهـد، تضـمینات سابق بتعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صـراحتاً شـرط کرده باشند» و کفالت مانند رهن و ضمان تضامنی از تضمینات تعهد بشمار میرود و پس از تبدیل تعهد کفیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۲

بری خواهد بود.

۶- در صورت فوت مکفول، مورد تعهـد کفیـل احضـار مکفول میباشـد تا مکفول له بتوانـد مطالبهٔ حق خود را از او بنمایـد و چون مکفـول فوت کنـد مورد تعهـد کفیـل منتفی میشود و نـتیجه تعهـد او ساقط میگردد، زیرا حقی که بر عهـدهٔ مکفول بوده مکفول له میتوانـد از ورثه مکفول بخواهـد و کفیل تعهـد باحضار ورثـهٔ او ننموده است. برای اثبات فوت مکفول، کفیل باید ادلهٔ مثبته‌ای مانند گواهی اداره متوفیات یا اداره آمار و ثبت احوال را ابراز دارد و یا آنکه گواهانی مستقیماً بر این امر در دادگاه اقامه کند.

طبق مادهٔ «۷۴۸» ق. م.: «فوت مکفول له موجب برائت کفیل نمیشود» و او باید مکفول را بدرخواست ورثه مکفول له در موعد مقرر حاضـر بنماید، زیرا ورثه مکفول له قائم مقام قانونی مورث خود میباشند و در اثر فوت او کلیه اموال مورث بورثه او منتقل میگردد و حقی که مکفول له نسبت بمکفول داشته از آن ورثه میشود و کفالت که از تضمینات طلب است از آن متابعت میکند.

از نظر تحلیل حقوقی چنانکه در تبدیل تعهد گذشت، تضـمینات هر تعهدی از قبیل ضـمان و رهن از متعلقات حقوقی تعهد میباشد و مادام که تعهد باقی است تضـمینات که جنبهٔ فرعی را دارند باقی خواهند بود مگر آنکه آن تضمینات بجهتی از جهات مستقلًا منحل گردنـد. در تبـدیل تعهد که تعهد سابق ساقط میشود و تعهد نوینی جایگزین او میگردد ناچار طبق مادهٔ «۲۹۳» ق. م. تضمینات تعهد سـابق بتعهـد لاـحق تعلق نمیگیرد، ولی در انتقـال طلب و انتقـال دین (خواه قهری باشـد چنانکه در مورد فوت است و خواه اختیاری باشد چنانکه در مورد بیع و صـلح و ضـمان و حواله است) که تعهد بحال خود باقی است و فقط دائن و یا مدیون تغییر میکنند، یعنی طلب و دین محـل خـود را تغییر میدهنـد، تضـمینات بـاقی خواهنـد بـود و زایـل نمیگردد و بـدین جهت است که مـاده «۷۴۸» ق. م. میگوید.

«فوت مکفول له موجب برائت کفیـل نمیشود» بنـابراین از نظر حقوقی مشـکل است که بین مورد مزبور که انتقـال قهری حق است و بین موردی که مکفول له بنحوی از

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۳

انحاء حق خود را بدیگری منتقل نماید که انتقال اختیاری میباشد فرق گذاشت چنانکه قانون مدنی فرق گذارده و در مادهٔ «۷۴۶» ق. م. انتقـال اختیاری را از موارد برائت کفیل دانسـته است. آنچه میتوان ماننـد دلیل بر این امر اقامه نمود آنست که گفته شود در انتقال اختیـاری عرف بر آنست که کفـالت متـابعت از حق مورد انتقال نمینمایـد و طبق مادهٔ «۲۲۵» ق. م. متعـارف بـودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف بآن باشد بمنزلهٔ ذکر در عقد است.

راجع بفوت کفیل قانون مـدنی ساکت است، فقهای امامیه بر آننـد که بفوت کفیل تعهـد ساقط میگردد، زیرا تعهـد ناشـی از کفالت قائم بشخص کفیل میباشد و احضار مکفول محتاج باطلاعات لازم از شناسائی مکفول و دانستن مسکن و خصوصیات اوست و دیگر آنکه تعهـد مزبور ایجاد حق مالی مسـتقیما برای مکفول له نمینماید تا بفوت کفیل، دین او طبق مقررات مربوطه بارث بر عهده ورثه قرار گیرد، بنظر میرسد که چنانچه مکفول له احضار مکفول را در حدود شرائط مقرره از کفیل خواسته باشد و او با تمکن از احضار او اهمال کنـد و سـپس فوت شود، ورثه کفیل، بایـد از عهـدهٔ حقی که بر عهـدهٔ مورث است برآیند، زیرا در حین فوت کفیل، مورد تعهد که حاضر کردن مکفول بوده، بپرداخت حقی که بر عهدهٔ مکفول است، تبدیل شده و مانند تعهدات مالی دیگر متوفی میباشد.

۴- همچنانی که میتوان از کسی در مقابل دیگری کفالت کرد، میتوان کفالت او را در مقابل چند نفر نمود.

در این صورت عقد کفالت در حقیقت بعدهٔ افراد مکفول لهم بعقود متعدده منحل میشود و هر یک از آنان متعهد له تعهد جداگانه قرار میگیرد، زیرا هر یک از آنان مدعی حقی جداگانه بر مکفول میباشند. بنابراین احضار مکفول برای یکی از آنان موجب سقوط کفالت نسبت بهمان فرد میباشد و طبق مادهٔ «۷۴۹» ق. م کفیل در مقابل مکفول لهم دیگر بری نمیشود مگر آنکه مکفول را بهر یک از آنان تسلیم نماید.

۵- در صورتی که چند نفر کفیل یک نفر شوند، چنانکه سه نفر کفیل گردند که مکفول را در موعد مقرر حاضر کنند،

هر یک از آنان که ایفاء تعهد نماید و مکفول

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۴

را تسلیم کند، تعهد کفیلهای دیگر ساقط میشود، زیرا تمامی آنان تعهد باحضار مکفول برای یک مرتبه نموده‌اند، و آن تعهد انجام شده است.

۶- طبق مادهٔ «۷۳۸» ق. م. در صورتی که کسی کفیل شده باشد، دیگری میتواند کفیل او بشود

و همچنین شخص ثالثی میتواند کفالت از شخصی اخیر بنماید در این صورت هر کفیلی باید مکفول خود را حاضر بنماید، زیرا تعهدی که او نموده است حاضر کردن مکفول معین است و هر فردی در حدود تعهدی که نموده ملزم میباشد. بنابراین نمیتوان از حدود تعهد تجاوز کرده و کفیل اخیر را الزام باحضار مکفول اصلی یا مکفول مکفول نمود، ولی هر کدام از کفیلها که مکفول اصلی را حاضر کرد او و سایر کفیلها بری میشوند، همچنانی که هرگاه مکفول اصلی خود حاضر می‌گردید، زیرا منظور غائی از سلسله مراتب کفالت، حضور مکفول اصلی میباشد و او حاضر گردیده است، بنابراین تمامی تعهدات کفیلها ساقط میگردد. هر کدام از کفیلهای سلسله مراتب از احضار مکفول خود بری شود، چنانکه مکفول او بمیرد و یا از احضار مکفول بری گردد، تمامی کفیلهای بعدی بری میشوند، زیرا احضار کفیلهای بعدی برای احضار مکفول مزبور بوده است

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۵

فصل هفدهم در صلح

اشاره

صلح مصدر است و بمعنی آشتی و تسالم و توافق میباشد و اصطلاحا صلح عبارت از تراضی و تسالم بر امری است، خواه تملیک عین باشد یا منفعت و یا اسقاط دین و یا حق و یا غیر آن

صلح بر دو قسم است: صلح بر دعوی و صلح بدوی:

۱- صلح بر دعوی

اشاره

صلح ممکن است در مورد رفع تنازع موجود واقع شود، مانند آنکه کسی پس از اقامه دعوی مالکیت نسبت بزمینی بر دیگری، دعوی را با او صلح نماید و مبلغی بعنوان مال الصلح دریافت کند، و ممکن است برای جلوگیری از تنازع احتمالی منعقد گردد، مانند آنکه کسی ملکی را از دیگری میخرد و کلیه حقوق فرضیه و احتمالیه خود را از هر جهت نسبت بمورد معامله با بایع بیک سیر نبات صلح میکند.

فرقی نمینماید که منشأ تنازع که رفع و یا جلوگیری از آن سبب صلح شده است، معامله باشد یا غیر آن مانند اختلاف راجع بشرکت در اموال یا ارث، چنانکه یکی از ورثه با ورثه دیگر در نصیب خود از ترکه مورث، اختلاف داشته باشد و آن را در مقابل مقدار معینی صلح کند، اینست که مادهٔ «۷۵۲» ق. م. میگوید: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

۱– طبق مادهٔ «۷۵۵» ق. م: «صلح با انکار دعوی نیز جایز است،

بنابراین درخواست صلح اقرار محسوب نمیشود» ذکر مادهٔ مزبور برای رفع توهمی است که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۶

بعضی از فقهای عامه بمتابعت از امام شافعی نموده‌اند که صلح را با انکار جایز نمیداند، یعنی امام شافعی در موردی صلح را صحیح میداند که مدعی دعوی خود را ناروا بداند و مدعی علیه را محق بشناسد و الا هرگاه مدعی که دعوی حق بر دیگری مینماید در واقع خود را محقق بداند و حقانیت مدعی علیه را انکار کند، و مدعی علیه دعوی او را نیز نپذیرد، صلحی که بین آن دو واقع میشود صحیح نمیباشد امام شافعی میگوید: هرگاه کسی مدعی عینی که در دست دیگری است و یا مدعی دینی در ذمهٔ او بشود و مدعی علیه منکر آن گردد، سپس مدعی، دعوی خود را در مقابل مالی که توافق نمایند مصالحه کند، آن صلح صحیح نیست و مدعی مالك مالی که از مدعی علیه گرفته، نمیشود و مدعی علیه میتواند باو رجوع کرده آن را بخواهد و مدعی باید آن را رد کند، و دعوی مدعی چنانکه قبلا بوده باقی میماند. بنابراین در صورتی که مدعی تصریح بابراء مدعی علیه از آنچه ادعا میکرده نموده و حق خود را بر او اسقاط کرده است، تا آنچه گرفته از آن او باشد، چون آنچه میگیرد نزد او سالم نمیماند بآنچه بر ضرر او است ملزم نمیشود.

علت این امر آنست که، چنانچه مدعی نسبت بآنچه دعوی مینماید مدعی علیه را در واقع محق بداند، میتواند باو بگوید آنچه متعلق بتو است بمن تملیك کن و آن صلح صحیح است و الا هرگاه مدعی آنچه نزد مدعی علیه است و نسبت بآن دعوی مینماید ملك خود بداند و مالکیت مدعی علیه را منکر باشد، درخواست صلح (تملیك) تحصیل حاصل است و چنین صلحی باطل میباشد.

بنابراین چون صلح در مورد اطلاق، منصرف بصلح صحیح است، و آن در صورتیست که مدعی در واقع مدعی علیه را محق بداند، لذا درخواست صلح اقرار بمالکیت مدعی علیه است، بدین جهت است که هرگاه کسی دعوی مالکیت ملکی را که در تصرف دیگری است بنماید و باو بگوید با من صلح کن، مانند آن است که باو گفته باشد آن را بمن تملیك بنما.

امام ابو حنیفه و امام مالك، بر خلاف امام شافعی بر آنند که صلح در مقام انکار صحیح میباشد (یعنی صلح در موقعی صحیح است که مدعی، حقانیت مدعی علیه را در واقع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۷

منکر باشد و مدعی علیه دعوی او را رد کند).

قانون مدنی چنانکه مادهٔ «۷۵۵» متذکر است به پیروی از حقوق امامیه صلح را با انکار دعوی صحیح دانسته است همچنانکه با اقرار دعوی صحیح میداند. اینست که در مادهٔ «۷۵۲» ق. م. میگوید «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از

تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود» از نظر تحلیلی صلحی که در مقام تنازع بین دو نفر واقع میشود، چنانچه مدعی در ادعائی که مینمایـد طرف خود را در واقع محق نداند و همچنین مدعی علیه در انکاری که میکند در واقع مدعی را محق نشناسـد آن صلح در ظاهر و واقع صحیح میباشد و چنانچه مدعی در واقع مدعی علیه را محق بداند و یا مدعی علیه در واقع مدعی را ذیحق بشناسد، صلح فقط در ظاهر صحیح میباشد، این است که گفته شده صلح در صورت انکار (انکار مدعی در واقع بحقانیت خود یا انکـار مـدعی علیه در واقع بحقـانیت خود) ظـاهری است نه واقعی، زیرا هرگاه کسـی دعوی حقی عینی یا دینی بر دیگری بنمایـد و مـدعی علیه منکر آن باشـد در صورتی که مـدعی واقعا محق باشـد، مـدعی علیه حق نـدارد قسـمتی از مورد ادعای او را نگهدارد و قسـمت دیگر را باو رد کنـد، و یا تمامی آن را نگهـدارد و مال دیگری باو بدهـد. بنابراین در صورتی که مال الصلحی غیر از مورد ادعـا بمـدعی داده شـده، مـدعی مالک آن نمیگردد و آنچه نزد مـدعی علیه میمانـد او نیز مالک آن نمیشود، زیرا معامله در حقیقت باطل است مگر اینکه واقعا مدعی راضـی بدادن مال خود بمدعی علیه و مدعی علیه راضی بدادن مال خود بمدعی باشد. و همچنین است هرگاه حقیقتاً مال مورد ادعا متعلق بمدعی علیه باشد، زیرا مدعی بدون حق، مزاحم مدعی علیه شده و مال او را گرفته است.

۲– در صورتی که طرفین بطور کلی تمامی دعاوی واقعیه و فرضیه خود را بصلح خاتمه داده باشند

طبق مادهٔ «۷۶۶» ق. م. کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است اگر چه منشأ دعوی در حین صلح معلوم نباشـد، مگر آنکه صلح بحسب قرائن شامل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۸

آن نگردد. مثلا هرگاه طرفین، دعاوی مختلفی از منشأهای مختلف ماننـد ارث، معاملات تجاری و خرید املاک با یکدیگر دارند، و برای آنکه کلیه اختلافات رفع گردد و محاکماتی با یکدیگر نداشته باشند همدیگر را دعوت بصلح مینمایند، و کلیه دعاوی واقعیه و فرضـیه را با یکدیگر صلح میکنند، بعدا کشف میشود که در معاملهٔ خانه که یکی با دیگری نموده مغبون است، منشأ دعوی که غبن است در حین انعقاد صلح معلوم نبوده و بعدا کشف شده است، ولی چون منشأ مزبور قبل از تاریخ صلح بوده اطلاق صلح شامل آن میشود و اقامهٔ دعوی غبن دیگری مسـموع نخواهـد بود بخلاف آنکه بین دو نفر راجع بترکه مورث دعاوی متعـددی در دادگاههای مختلف جریـان داشـته باشـد و برای رفع اختلافات راجعه بترکه، آنان دعوت بصـلح بشونـد و کلیه دعاوی واقعیه و فرضـیه خود را با یکدیگر صلح کنند، و بعدا کشف شود که در معامله ملکی که آنان با یکدیگر نموده‌اند یکی مغبون بوده است. وجود دعاوی ارثی و نبـودن اختلافـات دیگر و پیشـنهاد رفع آن دعـاوی بوسـیله صـلح، میتوانـد از قرائنی قرار گیرد که صـلح را منصـرف از دعوی غبن بداند، و دعوی مزبور در دادگاه قابل رسیدگی باشد.

منظور مـادهٔ بالاـ که میگویـد «... کلیه دعاوی داخل در صـلح محسوب است ...» دعاوی است که منشأ آن قبل از صـلح موجود بوده اگر چه متصالحین اطلاع از آن نداشـته باشـند و الا هرگاه منشأ دعوی بعد از انعقاد صـلح حاصل شده باشد مشـمول صـلح نمیباشد، مثلا هرگاه دو نفر تمامی اختلافات خود را بصـلح خاتمه دهند، بعدا یکی از دیگری خانه‌ای بخرد و پس از تسلیم آن مشتری در آن عیبی مشاهده کند و راجع باین امر بین آنان اختلاف پیدا شود، صـلح قبلی شامل آن نمیگردد، زیرا منشأ دعوی که خیار عیب اسـت پس از انعقاد صلح حادث شده است.

۳– مادهٔ «۷۶۵» ق. م: «صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است، ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است».

اشاره

مادهٔ مزبور دارای دو قسمت است:

قسمت اول– صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است–

و آن در موردی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۱۹

است که طرفین در صحت معامله متفق میباشد و در متفرعات آن با یکدیگر اختلاف پیدا نمایند و آن را صلح کنند مثلا هرگاه مشتری باستناد عیبی که در مبیع بوده بیع را فسخ کند و مطالبه ثمن را از بایع بنماید و بایع منکر وجود عیب گردد و در نتیجه، اختلاف را متبایعین صلحاً خاتمه دهند و بایع مبلغی بعنوان مال الصلح بمشتری تأدیه کند و بعداً کشف شود که بیع بجهتی از جهات باطل بوده است، ناچار صلحی که مبتنی بر صحت معامله مزبور منعقد شده است نیز بتبع بیع باطل است و بایع باید ثمن را بمشتری و مشتری مبیع و مال اصلح را ببایع مسترد دارد، زیرا وجود خیار فسخ بیع، فرع بر صحت بیع است و صلحی که در مقام دعوی خیار غبن بعمل آمده بنابر فرض صحت بیع میباشد و پس از کشف بطلان آن، معلوم میشود موضوع خیار فسخ منتفی بوده است.

قسمت دوم– صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است–

و آن در صورتی است که در صحت معامله بین طرفین اختلاف باشد چنانکه یکی از آن دو بجهتی از جهات دعوی بطلان معامله را بنماید و دیگری منکر آن باشد، مثلا بایع باستناد آنکه معامله صوری بوده و قصد بیع نداشته است و یا آنکه در حین معامله مجنون بوده است مدعی بطلان معامله شود و مشتری منکر آن گردد و متبایعین دعوی مزبور را بصلح خاتمه دهند و بایع مبلغی بعنوان مال الصلح از مشتری دریافت دارد. صلحی که بعمل آمده مبتنی بر ادعای بطلان معامله میباشد و چنانچه بطلان آن کشف گردد تأثیری در صلح ندارد، زیرا مصالح حق اقامهٔ دعوای خود را بمتصالح صلح نموده است و بطلان فرع بر صحت معامله نیست، تا کشف بطلان معامله موجب کشف بطلان صلح گردد. نتیجهٔ صلح مزبور آن است که مصالح دیگر نمیتواند در دادگاه اقامهٔ دعوی بطلان آن معامله را بنماید، ولی چنانکه دیگری اقامه دعوی بطلان معامله را بنماید و حکم بطلان آن صادر شود مصالح نیز از آن منتفع میگردد، مثلا کسی خانهٔ خود را میفروشد و فروشنده بطرفیت خریدار بجهتی از جهات دعوی بطلان بیع را بنماید و بالاخره دعوی مزبور بصلح خاتمه پیدا کند، سپس طلبکاران فروشنده باستناد مادهٔ «۲۱۸» ق. م. بعنوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲۰

آنکه معامله برای فرار از دین بوده دعوی بنمایند، دادگاه حکم ببطلان معامله میدهد و خانه ملك فروشنده شناخته میشود و چنانچه طلبکاران از طریق قانونی خانه را بازداشت و بفروش رسانند پس از اداء حق طلبکاران، مازاد از آن مالك خواهد بود.

۲– صلح بدوی

صلح بدوی، معاملهٔ مستقلی است که مبتنی بر تسالم میباشد و در ردیف بیع، هبه و اجاره یکی از عقود معینه است. این است که مادهٔ «۷۵۸» ق. م. میگوید:

«صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله‌ای را که بجای آن واقع شده است میدهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد، بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود». بدین جهت طبق مادهٔ «۴۵۶» ق. م. خیارات مختصه (خیار مجلس، خیار حیوان، خیار تاخیر ثمن) و انفساخ در مورد تلف مبیع قبل از قبض، در آن موجود نمیگردد، زیرا آنها از احکام خاصه بیع میباشند و همچنین طبق مادهٔ «۷۵۹» ق. م: «حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد» زیرا حق شفعه طبق مادهٔ «۸۰۸» ق. م. اختصاص ببیع دارد. هرگاه منافع برای

مدت معینی در مقابل عوض معینی صلح شود اگر چه نتیجهٔ اجاره را دارد ولی اجاره نیست و هرگاه صلح بر استیفاء منافع مجانی واقع شود نتیجه عاریه را میدهد ولی عاریه نمیباشد، و هرگاه صلح اسقاط حق باشد نتیجهٔ ابراء را دارد و حال آنکه ابراء نیست، زیرا ممکن است دو عقد مختلف دارای نتیجهٔ و آثار واحد باشند. بنابراین وحدت نتیجه و مقتضاء کاشف از وحدت سبب و نوع عقد نیست، زیرا ممکن است دو شیئی مختلف دارای اثر شبیه بیکدیگر باشند. مادهٔ «۷۵۸» ق. م. پیروی از عقیده مشهور فقهای امامیه نموده است قول غیر مشهور بر آن است که صلح همان عقدی است که نتیجهٔ آن را میدهد، و عقد مستقلی در ردیف عقود معینه دیگر نمیباشد، بنابراین در صورتی که انتقال عین در مقابل عوض معین بصورت صلح واقع شود بیع میباشد و هرگاه انتقال منافع در مقابل عوض معین بصورت صلح واقع گردد اجاره است.

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۳۲۱

حقوق اسلام مانند بسیاری از حقوق ملل قدیمه دارای عقود معینه است و متعاملین هر معامله‌ای را که بخواهند انجام دهند بصورت یکی از آن عقود در می‌آورند و هرگاه انجام آن بصورت یکی از عقود معینه ممکن نباشد، بصورت شرط ضمن عقد لازم واقع میسازند. صلح در ابتدا فقط در مورد رفع اختلافات بکار میرفت، ولی بتدریج ماهیت خود را تغییر داد و مانند معاملهٔ مستقلی در ردیف عقود معینه دیگر در آمد و توانست مانند شروط ضمن عقد در مقام معاملات مختلفه، در رفع احتیاجات اجتماعی بکار رود. شرط بدوی (تعهد خارج از عقود معینه) چنانکه از کتب فقهاء متقدمین معلوم میشود الزام‌آور نبوده، و در طی سیر تاریخی بعضی از فقهاء متمایل شدند که آن را تا حدودی الزام‌آور بدانند. از زیر سطور مصنفات و مؤلفات بعضی از فقهاء متأخرین استنباط میشود که این فکر نزد اینان تقویت پیدا نموده و باستناد عموم (المؤمنون عند شروطهم) در بسیاری از موارد تعهدات بدوی را لازم الاتباع دانسته‌اند، بدون آنکه باین امر تصریح بنمایند.

شرایط و احکام عقد صلح

۱- صلح، خواه در مقام تنازع باشد یا بدوی، باید مانند عقود دیگر دارای شرائط صحت مذکوره در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. باشد،

زیرا صلح معامله است و شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق. م ببعد شرایط اساسی برای صحت کلیه معاملات میباشد مگر قانون در مورد خاصی بر خلاف آن تصریح نماید.

طبق مادهٔ «۱۹۱» ق. م. صلح محقق میشود بقصد انشاء بشرط آنکه مقرون باشد بچیزی که دلالت بر قصد کند. و طبق مادهٔ «۷۶۳» ق. م: «صلح باکراه نافذ نیست».

همچنانی که در مادهٔ «۱۹۹» نیز بطور کلی عدم نفوذ معامله مکره را بیان نموده است.

طبق مادهٔ «۷۶۲» ق. م: «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است». مادهٔ مزبور اگر چه مطلق است ولی منظور قانون مدنی همان است که در مادهٔ «۲۰۰» و «۲۰۱» ق. م. گفته و شرح آن در قسمت تعهدات بیان گردید. مختصراً آنکه هرگاه کسی مالی را بقصد آنکه از فلان جنس است قبول نماید و بعد معلوم شود از آن جنس نیست معامله باطل میباشد، چنانکه کسی شمعدانی را بقصد

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۳۲۲

نقره بودن در مقابل یک هزار ریال قبول نماید و بعد معلوم شود ورشو است. و همچنین است در موردی که شخصیت طرف علت عمده معامله باشد مانند صلح محاباتی که منظور مصالح انتقال مورد صلح بپسر خود باشد و بعداً معلوم شود که آن شخص پسر او نیست چون شخصیت متصالح علت عمده در صلح بوده و در شخصیت او اشتباه شده است صلح باطل میباشد.

۲– طبق مادهٔ «۷۶۰» ق. م.: «صلح عقد لازم است اگر چه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد و بر هم نمیخورد مگر در موارد فسخ بخیار یا اقاله».

مثلا چنانچه انتفاع از مالی مجاناً بوسیلهٔ صلح بکسی داده شود آن عقد لازم است اگر چه بوسیله عقد عاریه داده میشد جایز میبود و هر یک از طرفین میتوانست آن را بر هم زنـد. صلح در مقام تنازع موجود یا جلوگیری از تنازع احتمالی نیز ماننـد صلح بدوی لازم است و بایجاب از طرف مصالح و قبول از طرف متصالح محقق میگردد، خواه در مقام یکی از عقود معینه واقع شود چنانکه نتیجهٔ بیع یا هبه را دهـد، یا در مقام ایقاع قرار گیرد مانند اسقاط حق و ابراء مدیون هر چند اگر دو مورد اخیر بصورت صلح واقع نمیشد احتیاج بقبول نداشت.

عقد صلح طبق مادهٔ «۷۶۰» ق. م. در موارد زیر بر هم میخورد:

اول– فسخ بخیار –

در صلح ماننـد عقود لازمهٔ دیگر ممکن است هر یک از خیارات غیر از خیارات مختصه ببیع جاری شود، چنانکه مادهٔ «۴۵۶» ق. م. میگویـد: «تمـام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشـد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است». قانون مـدنی در فصل صلح فقط از خیار تدلیس نام برده مادهٔ «۷۶۴» میگوید: «تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است». منظور قانون مـدنی از ذکر خیار تدلیس نفی خیارات دیگر در صلح نمیباشد، بلکه چون متصالحین برای پنهان نمودن حقیقت امر و نمایانـدن خلاف واقع، بجای عقود دیگر از عقـد صلح اسـتفاده مینمایند، بدین جهت قانون خیار تدلیس را که بیشتر مورد ابتلا قرار میگیرد، نام برده است. و الا ممکن است هر یک از خیارات مشترکه مانند: خیار عیب، خیار تبعض صفقه، خیار شرط، خیار

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲۳

اشتراط، خیـار غبن، خیار رؤیت و تخلف وصف و هم چنین خیار تفلیس در صلح جاری گردد و همان شرائط و احکام و آثاری را که در خیارات بیان گردید دارا میباشد.

قـانون مـدنی صلح دعاوی و همچنین صلحی که مبتنی بر تسامح است از قاعـده بالا اسـتثناء نموده و در ماده «۷۶۱» ق. م میگویـد: «صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشـد قاطع بین طرفین است و هیـچ‌یک نمیتوانـد آن را فسخ کنـد اگر چه بادعاء غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار». زیرا صلح دعاوی برای قطع و فصل دعاوی و رفع اختلاف میباشد و صلحی که مبنی بر تسامح است که گاه در مقام هبه بکار میرود، در حقیقت معامله تجاری نیست تا خیاراتی که معیار تعدیل حقوق متعاملین در دادوستد میباشد در آن جاری بشود. و فسخ عقد صلح بوسیلهٔ خیار تخلف شرط در نتیجهٔ تخلف از شروطی است که در عقد صلح درج نموده‌انـد، همچنانی که فسخ در نتیجهٔ خیار اشتراط مورد نظر و مقصود متصالحین در حین عقد بوده است و خارج از خیاراتی میباشد که قانون برای تعدیل عوضین در معاوضه قرار داده است.

دوم– اقاله

عقـد صلح یکی از معاملات است و طرفین میتواننـد طبق مقررات مربوط باقاله آن را بتراضـی تفاسخ کنند، زیرا افراد در ادارهٔ امور مالی خود دارای آزادی اراده هستند، و محدود نمودن آنان جز در مواردی که مصالح اجتماعی اقتضا نماید بر خلاف اصول حقوقی میباشـد، اینست که مادهٔ «۲۸۳» ق. م. میگویـد: «بعـد از معامله طرفین می‌تواننـد بتراضـی آن را اقاله و تفاسخ کنند». تمامی احکام و آثار مذکور در باب اقاله در مورد اقالهٔ صلح جاری می گردد.

طرفین معامله

عقد صلح دارای دو طرف است: مصالح و متصالح. مصالح کسی است که مالی یا امری را بدیگری واگذار می‌نماید و متصالح کسی است که آن را قبول می کند. عقد صلح یکی از تعهدات است و طرفین معامله باید طبق شق ۲ مادهٔ «۱۹۰» ق. م دارای اهلیت باشند، این است که مادهٔ «۷۵۳» ق. م. می گوید «برای صحت صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند». یعنی باید طبق مادهٔ «۲۱۱» ق. م. طرفین بالغ و عاقل و رشید باشند مگر در مورد تملک
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲۴
بلاعوض که صغیر ممیز و سفیه نیز میتواند قبول صلح بنماید (مادهٔ «۱۲۱۲» و «۱۲۱۴» ق. م.) و همچنین باید متصالحین در صورتی که مالی تملیک مینمایند بتوانند در مورد صلح تصرف ناقل نمایند و الا هرگاه مالی در اثر ورشکستگی یا جریان اجرائی و یا قرار تأمین بازداشت شده باشد، نمیتواند مورد صلح قرار گیرد و همچنین است هرگاه مال مورد صلح متعلق حق دیگری قرار داده شده باشد مانند عین مرهونه که متعلق حق مرتهن میباشد و چنانچه راهن بخواهد نسبت بعین مرهونه معامله بنماید صحت آن منوط باجازه مرتهن خواهد بود.

مورد صلح

اشاره

چنانکه گذشت عقد صلح میتواند در مقام هر یک از عقود معینه قرار گیرد و همچنانی که میتواند معوض منعقد گردد، میتواند طبق مادهٔ «۷۵۷» ق. م.
بلاعوض نیز واقع شود، مانند آنکه کسی مالی را بدیگری بدون عوض صلح بنماید که نتیجهٔ آن مانند نتیجهٔ هبه است.

۱- صلح معوض ممکن است بدو صورت منعقد شود:

یکی مانند عقد معوض که دارای دو مورد باشد و یکی در ردیف دیگری قرار گیرد مثل بیع، و دیگری آنکه دارای یک مورد باشد و مانند هبه معوض شرط عوض در آن شود.
در صلح معوض که دارای دو مورد میباشد متصالحین ممکن است رعایت تناسب ارزش عوض را با معوض بنمایند و ممکن است عوض را ناچیز در نظر بگیرند که صلح بصورت معوض در آید تا بتوانند از مزایای معامله معوض استفاده نمایند، مثلا کسی خانهٔ خود را بیک ریال یا یک سیر نبات چنانکه اکنون معمول است، صلح کند که آن را صلح محاباتی گویند. (حبا یحبو حبوة- اعطاه. الحباء و الحبوة العطیة. و حابی محاباة و حباء- الرجل: نصره، مال الیه، اختصه دون سواه) بنابراین صلح محاباتی صلحی است که در اثر ناچیز بودن عوض در حقیقت اعطائی است مانند هبه که از طرف مصالح بعمل آمده ولی در ظاهر معوض میباشد. بنظر نمیرسد که با لازم بودن عقد صلح انعقاد صلح محاباتی آثار مخصوصی را بتواند بدست آورد. احتمال میرود که معمول
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲۵
بودن عقد محاباتی بین مردم، برای رعایت عقیدهٔ شیخ و عده‌ای از فقهای دیگر است که عقد صلح را فرع عقود معینه میدانند، زیرا بنابراین عقیده چنانچه عین بدون عوض بکسی صلح بشود اثر هبه بر آن مترتب میگردد و مصالح میتواند در موارد غیر هبه بذی رحم با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند، ولی هرگاه بصورت صلح محاباتی در آید نسبت بطرفین لازم است و مصالح نمیتواند از آن رجوع کند.

۲– مورد صلح ممکن است عین باشد

مانند خانه، یا منفعت باشد مانند منافع شش ماه خانه، یا دین باشد مانند آنکه کسی از دیگری طلبی دارد و طلب خود را بشخص ثالث یا بخود مدیون صلح میکند که نتیجهٔ آن در اثر مالکیت ما فی الذمه اسقاط دین خواهد بود، و یا حق قابل انتقال باشد مانند حق تحجیر در حیازت مباحات یا حق اختصاص مانند حق کسی که متصرف در مشترکات عمومی است، مثلاً کسی که روی نیمکت باغ ملی نشسته، مادام که نشسته است دارای حق اختصاص نسبت بآن محل است و دیگری نمیتواند او را بلند کند، و صاحب حق اختصاص میتواند حق خود را بدیگری صلح بنماید و همچنین است در حجرات مدارس و مساجد. گفته شده که اولویت در مشترکات عمومی قابل انتقال بغیر نمیباشد ولی صاحب آن اولویت میتواند در مقابل گرفتن مالی از مال مشترك رفع ید نموده و چون مال آزاد گردید، دیگری مانند فردی از افراد میتواند از آن بهره‌مند شود. بنظر میرسد اولویت در انتفاع از مشترکات عمومی، توانائی در ادامهٔ انتفاع است و این امر در حقیقت حقی است قابل انتقال و میتواند مورد صلح قرار گیرد.

حق قابل اسقاط و غیر قابل انتقال مانند حق خیار و حق شفعه، میتواند بکسی که حق مزبور بر علیه او اجرا میشود انتقال داده شود، زیرا دیگری از آن منتفع نمیشود و برای او مالیت ندارد ولی حقوقی که غیر قابل اسقاط و غیر قابل انتقال میباشد نمیتواند مورد صلح قرار گیرد مانند حق مطالبه دائن در طلب و حق رجوع زوج در طلاق رجعی و حق رجوع برای زوجه‌ای که بطلاق خلعی طلاق داده شده است. ممکن است مورد صلح مجرد انتفاع از مال غیر قرار گیرد چنانکه کسی بدیگری انتفاع عبور

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲۶

از منزل یا باز کردن پنجره و یا بردن آب و گذاردن ناودان را صلح کند، و همچنین است انتفاع از فضای زمین چنانکه کسی با دیگری صلح کند که متصالح بتواند ایوان اطاق خود را در فضای زمین او بسازد و امثال آن.

۳– چنانکه از مادهٔ «۷۵۲» ق. م. که میگوید: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی ... واقع شود»

استنباط میشود که لازم نیست مورد صلح من جمیع الجهات معلوم باشد بلکه علم اجمالی بآن برای صحت صلح کافی میباشد، این است که ماده «۲۱۶» ق. م. میگوید: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی بآن کافی است» این امر در صورتیست که دانستن آن ممکن نباشد، چنانکه مقداری از گندم شخصی با مقداری از گندم دیگری مخلوط شود و ندانند چه مقدار از گندم بهر یك از آنان تعلق دارد مثلا دو خرمن گندم که نزدیك یکدیگر جمع‌آوری شده است بوسیله باد سخت مخلوط شود. و یا آنکه علم تفصیلی بآن در آن حال ممکن نیست ولی میتوان بعداً آن را معلوم نمود چنانکه کسی با دیگری مطابق دفاتر تجاری خود که در شهر دور دست است و دست رسی بآن نیست محاسباتی دارد که در زمان عقد صلح مقدار آن را نمیدانند ولی میتوان پس از دسترسی بدفاتر، بوسیلهٔ رسیدگی بمحاسبه، مقدار حقیقی طلب را معین نمود. اما در صورتی که مورد صلح معلوم نباشد ولی بتوان بسهولت آن را دانست چنانکه دفاتر تجاری در دست رس است و احتیاج بچند ساعت محاسبه داشته باشد، گفته شده علم اجمالی بآن برای صحت صلح کافی نیست.

بنظر میرسد که بنابر مستنبط از مواد مربوطه بشرائط اساسی صحت معاملات چنین صلحی صحیح نباشد زیرا دلیلی که علم اجمالی را بطور مطلق در مورد صلح کافی بداند موجود نیست، بدین جهت است که عده‌ای از فقها تصریح مینمایند که مال الصلح باید مانند مورد تعهدات دیگر مبهم نباشد و چنانکه در مورد صلح است، علم اجمالی بآن کافی برای صحت صلح نمیباشد.

طبق مادهٔ «۷۵۶» ق. م.: «حقوق خصوصی که از جرم تولید میشود ممکن است مورد صلح واقع شود». منظور از حقوق خصوصی ضرر و زیان ناشی از جرم است که مجرم باید آن را جبران نماید. خسارات مزبور مانند دیون ناشی از تعهدات قابل اسقاط است و میتواند مورد صلح قرار گیرد، بنابراین چنانچه در اثر تصادف اتومبیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲۷

دست نجاری ناقص شود که قادر بر ادامه شغل نباشد، نجار میتواند ضرری که در اثر نقص عضو باو متوجه شده در مقابل مبلغی با رانندهٔ اتومبیل مصالحه نماید.

۴- مورد صلح باید معین باشد،

زیرا معین بودن موضوع معامله طبق شق ۳ مادهٔ «۱۹۰» یکی از شرائط اساسی برای صحت هر معامله میباشد. بنابراین نمیتوان یکی از دو شیئی را بطور تردید مورد صلح قرار داد (شرح این امر در تفسیر ماده مزبور گذشت).

طبق ماده «۷۶۷» ق. م. «اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل است». چنانکه در تعهدات گذشت، وجود مورد تعهد در حین عقد یکی از شرائط اساسی برای صحت عقد تملیکی میباشد، مثلًا هرگاه طرفین تعهد، تصور نمایند مورد معامله موجود است و آن را انتقال دهند و بعداً کشف شود که قبل از عقد تلف شده است و آنان اشتباه کرده بودند آن تعهد باطل میباشد، مثلًا کسی اسب خود را بدیگری میفروشد و یا صلح مینماید و بعداً معلوم میشود که چند روز قبل از عقد اسب مرده است، بیع و یا صلح باطل میباشد.

در این امر فرق نمیکند صلح معوض باشد یا بلاعوض مثلًا هرگاه کسی طلب خود را که از دیگری دارد در مقابل مبلغی بشخص ثالثی صلح بنماید، پس از مراجعه بمدیون معلوم گردد که مدیون بدهی خود را قبل از انتقال پرداخته بوده و یا هیچ زمان بدهی نداشته است، آن صلح از نظر فقدان موضوع باطل میباشد. در صورتی که عقد صلح بصورت معامله معوض واقع شود انتفاء مال الصلح مانند انتفاء مورد صلح موجب بطلان عقد میباشد، زیرا تأثیر هر یک از عوضین در عقد مانند تأثیر دیگری است و هرگاه مال الصلح مورد شرط ضمن عقد صلح قرار داده شود و معلوم گردد که در حین عقد موجود نبوده شرط باطل است ولی خللی بصحت صلح وارد نمیآورد و و مشروط له طبق ماده «۲۴۰» ق. م. میتواند عقد صلح را فسخ بنماید.

۵- طبق مادهٔ «۷۵۴» ق. م: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد».

صلح یکی از تعهدات است و طبق ماده «۲۱۵» ق. م. باید مورد آن مالیت داشته و متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد، بنابراین هرگاه منافع قمارخانه‌ای برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲۸

مدت معین مورد صلح قرار گیرد آن صلح باطل است. و همچنین است هرگاه منافع آن مورد اجاره واقع شود. منظور ماده از کلمه (نافذ) صحیح میباشد زیرا در مواردی کلمه نافذ بجای صحیح استعمال میشود.

طبق ماده «۷۶۸» ق. م: «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال- الصلحی که میگیرد متعهد شود که نفقهٔ معینی همه‌ساله یا همه‌ماهه تا مدت معین تأدیه کند. این تعهد ممکن است بنفع طرفین مصالحه یا بنفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود». مثلًا کسی خانه خود را بدیگری صلح نماید در مقابل آنکه متصالح متعهد شود تا شصت سال، سالی فلان مبلغ یا ماهی فلان مبلغ باو بدهد. در صلح مزبور تمامی شرائط اساسی برای صحت معامله موجود است. همچنانی که ممکن است تعهد بنفع یکی از طرفین عقد مصالحه باشد، ممکن است تعهد بنفع شخص یا اشخاص ثالث بر قرار شود، چنانکه در مثال بالا متصالح تعهد نماید که مال الصلح را، بابت نفقه بزوجهٔ مصالح تأدیه کند. ماده «۷۶۹» ق. م. میگوید: «در تعهد مذکور در ماده قبل بنفع هر کس که واقع شده باشد ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع، نفقه بوراث او داده شود» نفقه مزبور بعنوان ارث بورثه نمیرسد بلکه مستقیماً از طرف مشروط علیه بنفع ورثه تعهد شده است و از قبیل شرط بنفع شخص ثالث میباشد. طبق ماده «۷۷۰» ق. م. «صلحی که بر طبق دو

ماده فوق واقع میشود بورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه، فسخ نمیشود مگر اینکه شرط شده باشد». در این صورت طبق قاعدهٔ مذکور در ماده «۲۲۹» ق. م. عقد مزبور بین متعاملین یا قائم مقام آنها لازم الاتباع است. در اثر فسخ مورد صلح بمالک آن برمی‌گردد و نفقاتی که متصالح تا زمان مزبور دریافت داشته بمصالح مسترد میگردد.

بر تعهد بتأدیهٔ نفقه در مقابل مال الصلح، در صورتی که بنفع یکی از طرفین مصالحه باشد اشکالی متصور نیست، ولی در صورتی که تعهد مزبور بنفع شخص ثالث باشد ایراد شده که عوض در مقابل معوض قرار نگرفته و مفهوم معاوضه محقق نمیگردد و عقد صلح باطل خواهد بود. برای تشریح ایراد مزبور متذکر میشود که تعهد یکی از متصالحین بنفع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۲۹

شخص ثالث در مقابل مال الصلحی که میگیرد بیکی از دو صورت فرض میشود:

الف- بصورت شرط ضمن العقد- بدین نحو که یکی بدیگری مال معینی مصالحه مینماید و ضمن عقد مزبور متصالح تعهد میکند که نفقهٔ معین را بمصالح یا شخص ثالث بدهد، تعهد مزبور طبق ماده «۱۹۶» ق. م. که میگوید: «... ممکن است در ضمن معاملهٔ که شخص برای خود میکند تعهدی هم بنفع شخص ثالث بنماید». صحیح میباشد.

برای آنکه شخص ثالث بتواند اقامهٔ دعوی نموده و آن را مطالبه کند، باید بر آن بود که شرط مزبور اگر چه در عقد بین متصالحین قرار گرفته و شخص ثالث مداخله‌ای در آن نداشته است ولی بطور ایقاع برای او ایجاد حق مینماید که میتواند از مشروط علیه آن را بخواهد و جعل حق مزبور احتیاج بقبول شخص ثالث ندارد در صورت تخلف مشروط علیه از ایفاء تعهد (انفاق بشخص ثالث) مشروط له میتواند طبق مقررات مربوط بخیار تخلف شرط، عقد صلح را فسخ بنماید. (در تعهد بنفع شخص ثالث در جلد اول مراجعه شود).

ب- بصورت صلح معوض- بدین نحو که عقد صلح معوض منعقد گردد و مانند عقود معوضه دارای دو مورد باشد یکی مال الصلح و دیگری تعهد بنفقهٔ معین که باقساط بشخص ثالث تأدیه شود تعهد مزبور بر خلاف ملاک مادهٔ «۱۹۷» ق. م. است که میگوید:

«در صورتی که ثمن یا مثمن معامله عین متعلق بغیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود» زیرا مال الصلح نمیتواند از ملکیت مصالح خارج شود و عوض که نفقه است برای شخص ثالث تعهد گردد، مگر اینکه فرض شود که تعهد بپرداخت مبلغی در مقابل متصالح شده است و مورد ایفاء آن نفقه شخص ثالث میباشد ایراد نشود که ماده «۱۹۷» ق. م. چنانکه از عبارت (در صورتی که ثمن یا مثمن معامله عین متعلق بغیر باشد) هویدا است، اختصاص ببیع دارد و آن هم در موردی که آنها عین خارجی باشند و نمیتوان در مورد صلح که معاملهٔ مستقلی است بآن استناد جست همچنانی که نمیتوان در مورد کلی فی الذمه و تعهد از ماده مزبور کمک خواست. زیرا در پاسخ گفته میشود حکم مذکور در ماده مبتنی بر مقتضای طبیعت معاوضه است چه حقیقت و مفهوم معاوضه،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳۰

قرار گرفتن هر یک از عوضین بجای عوض دیگر میباشد و بدین جهت قانون مدنی ماده مزبور را در فصل تعهدات بطور کلی بیان نموده است.

قاعدهٔ مذکور در ماده «۱۹۷» که از قواعد مبنائی قانون مدنی میباشد صحیح بنظر نمیرسد، زیرا اقتضاء طبیعت معاوضه، عوض و معوض قرار گرفتن هر یک از دو مورد معامله در مقابل دیگری میباشد و این امر ایجاب نمینماید که عوض بجای معوض قرار گیرد یعنی عوض از ملکیت هر کس خارج شود معوض در ملکیت او داخل گردد، اگر چه طرفین توافق کنند که عوض از آن شخص ثالث باشد بنابراین تحقیق، باید بر آن بود چنانچه عقد بطور اطلاق واقع شود طبق مده «۱۹۷» ق. م. معامله برای صاحب عین خواهد

بود، و چنانچه تصریح شود که عوض از آن شخص ثالث باشد عقد بدون هیچ اشکالی صحیح است و متعهد در مقابل مال الصلحی که باو واگذار میشود بنفع شخص ثالث تعهد مینماید و بطور ایقاع ایجاد حق برای او میگردد و احتیاج بقبول او هم ندارد، چنانکه در تعهد بنفع شخص ثالث گذشت.

ذوق سلیم و منطق حقوقی موافقت دارد که بوسیلهٔ ایقاع ایجاد حق برای شخص ثالث بشود. سابقه نداشتن چنین قاعده‌ای در حقوق مدنی در ادوار گذشته، مانع صحت آن نخواهد بود و استغراب هم ارزش حقوقی ندارد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳۱

فصل هیجدهم در رهن

اشاره

رهن مصدر است و در لغت بمعنی ثبوت و دوام آمده و ببازداشتن نیز گفته میشود و در اصطلاح رهن عبارت از عقدیست که بموجب آن مالی وثیقه دین قرار میگیرد. اصطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیفتاده، زیرا در عقد رهن، عین مرهونه از نقل و انتقال بازداشته میشود و مالک نمیتواند تصرفات مالکانه خود را بطور کمال نسبت بآن انجام دهد.

قانون مدنی در مادهٔ «۷۷۱» خود میگوید: «رهن عقدیست که بموجب آن مدیون مالی را برای وثیقه بداین میدهد. رهن دهنده را راهن، و طرف دیگر را مرتهن میگویند» و مالی که برهن گذارده میشود مورد رهن، مال مرهون یا عین مرهونه مینامند چنانکه از مادهٔ بالا معلوم میگردد رهن یکی از عقود معینه میباشد و باید علاوه بر شرایط اساسی برای صحت معامله مذکور در مادهٔ «۱۹۰» ببعد، شرائط مخصوص دیگری را حائز باشد. و بدستور مادهٔ «۱۹۱» قانون مدنی عقد رهن بوسیلهٔ قصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند منعقد میگردد. ایجاب از طرف راهن و قبول از طرف مرتهن ادا میشود. و ممکن است هر یک از آنها بلفظ، یا فعل یا نوشته باشد.

بوسیله یک عقد میتوان چند معامله نمود-

معاملات مزبور ممکن است مختلف باشد چنانکه بوسیلهٔ یک عقد خانه‌ای را فروخت و باغی را باجاره داد مانند آنکه مالک بگوید خانه‌ام را فروختم و باغ شمیرانم را یک ساله اجاره دادم بیک میلیون ریال و طرف دیگر قبول کند عقد مزبور صحیح است و بیع و اجاره منعقد میشود، زیرا تمامی شرایط اساسی برای صحت معامله از توافق قصد و رضا و ایجاب و قبول در آن موجود میباشد و آنچه مورد قبول قرار میگیرد بیع و اجاره است و همچنین میتوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳۲

نکاح و بیع را بوسیلهٔ یک عقد منعقد نمود چنانکه کسی بزنی که شرایط صحت نکاح را دارد بگوید، ترا برای خود نکاح کردم و خانه‌ام را هم بتو فروختم بیک ملیون ریال و زن قبول نماید و ممکن است آن معاملات از یک نوع باشند، این است که مادهٔ «۷۷۶» ق. م. میگوید: «ممکن است یک نفر مالی را در مقابل دو یا چند دین که بدو یا چند نفر دارد رهن بدهد ...»

دوام شرط صحت رهن میباشد-

فقهاء امامیه دوام را شرط صحت عقد رهن دانسته‌اند. منظور از دوام عدم تعیین مدت برای رهن میباشد، زیرا رهن برای وثیقه دین است و مادام که دین باقی است رهن باقی خواهد بود و چنانچه در عقد رهن مدت معین گردد عقد مزبور باطل است زیرا فلسفه

وضع و تأسیس عقد رهن تضمین دین مدیون میباشد و مادام که مدیون بنحوی از انحاء از دین بری نشود رهن فک نمیگردد و بدین جهت آن را عقد تبعی نامند. چنانچه مدت در رهن معین شود منظور متعاقدین یا بر آنست که در انقضاء مدت رهن فک شود، اگر چه دین پرداخت نشده باشد و یا آنکه پس از پرداخت دین، تا انقضاء مدت رهن باقی بماند و آن دو بر خلاف فلسفه تأسیس رهن میباشد.

بنظر میرسد که متعاقدین میتوانند برای رهن مدتی که طولانی تر از مدت دین باشد قرار دهند که چنانچه در مدت معین در اثر عدم پرداخت دین، مرتهن از حق خود استفاده ننموده و درخواست فروش عین مرهونه را نکرد، رهن فک شود و دین بدون وثیقه باقی بماند، زیرا نظر مزبور عقلائی و با منطق حقوقی سازگار است و منافاتی با فلسفه رهن نیز ندارد.

قبض شرط تحقق رهن میباشد-

برای تحقق رهن ایجاب و قبول کافی نیست بلکه محتاج بقبض مال مرهون بوسیلهٔ مرتهن میباشد اینست که مادهٔ «۷۷۲» قانون مدنی میگوید: «مال مرهون باید بقبض مرتهن یا بتصرف کسی که بین طرفین معین میگردد، داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست».

چنانکه از مفهوم مادهٔ مزبور فهمیده میشود، قبض در عقد رهن مانند قبض

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳۳

در عقد حق انتقاع، وقف و هبه جزء سبب است و شرط صحت و تحقق عقد میباشد و چنانچه عین مرهونه بقبض مرتهن داده، نشود عقد بدون اثر خواهد بود. اینست که بعضی از فقهای امامیه میگویند شرط صحت رهن سه امر است: ایجاب، قبول و قبض برضای راهن. قول دیگر فقهای امامیه آنست که قبض شرط لزوم عقد رهن میباشد، یعنی عقد رهن بوسیلهٔ ایجاب و قبول محقق میشود ولی مادام که عین مرهونه بقبض مرتهن داده نشده جائز است و راهن میتواند آن را بر هم زند و چنانچه بقبض مرتهن یا قائم مقام او داده شود رهن لازم میگردد. قول سوم بر آنست که قبض عین مرهونه تأثیر در صحت و لزوم عقد رهن ندارد بلکه عقد رهن بوسیلهٔ ایجاب و قبول بطور لزوم محقق میشود و راهن در اثر عقد مزبور ملزم میباشد عین مرهونه را بمرتهن تسلیم نماید، مستند اینان عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ است و آن قول ابن ادریس و شیخ در مختلف و در موضعی از کتاب مبسوط میباشد. بنابر قول مزبور پس از عقد هرگاه راهن مال مرهون را بقبض مرتهن ندهد، مرتهن میتواند اجبار او را بر این امر بخواهد و چنانچه اجبار او ممکن نباشد مرتهن میتواند عقد را فسخ نماید.

قبض باید بوسیلهٔ راهن بعمل آید، یعنی راهن باید عین مرهونه را بقبض مرتهن بدهد و یا باو اجازه دهد که آن را قبض نماید. در صورتی که مرتهن بدون اذن راهن عین مرهونه را تصرف و قبض کند عقد رهن منعقد نمیشود و راهن میتواند استرداد آن را بخواهد و همچنین است هرگاه راهن بمرتهن اذن دهد که عین مرهونه را قبض بنماید ولی قبل از قبض از اذن خود عدول کند، زیرا آثار اذن برجوع از آن، مرتفع میگردد و قبض بدون اجازه راهن، تصرف در ملك غیر بدون اذن مالك میباشد و فاقد اثر قانونی است. در تمامی عقودی که قبض شرط صحت و تحقق آنست این حکم جاری میباشد.

در صورتی که عین مرهونه بسببی از اسباب مانند ودیعه، عاریه یا اجاره در تصرف مرتهن بوده و یا آنکه مرتهن غصباً بر آن استیلا یافته باشد و بعداً عقد رهن منعقد گردد، احتیاج بقبض جدید نیست بلکه تغییر عنوان متصرف کافی برای تحقق قبض میباشد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳۴

چنانکه بعضی بر آنند، احتیاج باذن مجدد و یا گذشتن مدتی که بتوان آن را قبض مجدد نمود نمیباشد. بنظر میرسد که لازم است راهن قصد نماید که ادامهٔ تصرف آنان بعنوان رهن میباشد.

در صورتی که یکی از شرکاء سهم خود را از مال مشاع برهن گذارد، نظر بوحدت ملاك مادۀ «۴۷۵» که میگوید: «اجارۀ مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است باذن شریك» قبض دادن عین مرهونه بمرتهن منوط باجازه شرکای دیگر میباشد، زیرا تصرف در مال مشترك بدون اجازه تمامی شرکاء تصرف در مال غیر بدون اجازۀ مالك است و ممنوع قانونی در عالم حقوق مانند ممنوع عقلی میباشد. بعضی از فقهاء در موردی که قبض مال، تخلیۀ بین آن و مرتهن باشد مانند زمین، قبض مال مشاع را بدون اجازه سائر شرکاء اجازه دادهاند، زیرا این امر موجب تصرف در سهام شرکاء دیگر نمیگردد چنانکه در تسلیم مورد اجاره مشاع گذشت. عدهای از حقوقیین بر آنند که قبض مال مشاع بمرتهن اگر چه موجب تصرف در مال سائر شرکاء بدون اذن آنان میگردد ولی این امر نمیتواند اثر وضعی قبض عین مرهونه را برطرف گرداند، زیرا مورد رهن غیر از سهم سائر شرکاء میباشد که تصرف در آن از طرف قانون ممنوع است. قول مزبور از نظر حقوقی بیشتر سازگار است.

در صورتی که یکی از طرفین عقد رهن قبل از قبض عین مرهونه بمیرد و یا مجنون شود عقد رهن بلا اثر میگردد، زیرا ادله، ظاهر در شرط بودن اختیار در تمامی مدت تحقق رهن است و رهن عبارت از ایجاب و قبول و قبض میباشد و اختیاری که راهن در زمان عقد دارا بوده، قبل از قبض عین مرهونه بموت و جنون احد طرفین زائل میگردد.

بعضی از فقهاء بین راهن و مرتهن در مورد فوت فرق گذارده و گفتهاند که در صورت فوت مرتهن ورثه قائم مقام طلبکار میباشند و عین مرهونه را میتوانند قبض بنمایند، ولی در صورت فوت راهن چون مال مرهون متعلق حق ورثه و طلبکاران دیگر او میگردد، قبض آن بمرتهن منوط باجازه آنان خواهد بود، علاوه بر آنکه دین مدیون

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۳۳۵

حال میشود و باید مال مرهون بفروش رود منظور از عبارت ماده «۷۷۲» ق. م. که میگوید: «مال مرهون باید بقبض مرتهن یا بتصرف کسی که بین طرفین معین میگردد داده شود ...» آنست که مرتهن میتواند با موافقت راهن بشخص ثالث نمایندگی دهد که مال مرهون را قبض بنماید.

شخص ثالث نسبت بمال مرهون امین است و نمیتواند آن مال را به هیچ‌یك از راهن و مرتهن بدون موافقت دیگری بدهد، زیرا مال مرهون ملك راهن و متعلق حق مرتهن میباشد و بدین جهت از ناحیه طرفین بسمت امانت منصوب گردیده است. و همچنین مرتهن میتواند براهن وکالت دهد که مال مرهون را از طرف او قبض نماید، در این صورت قبض بوسیلۀ قصد راهن بادامۀ تصرف در عین مرهونه بعنوان نمایندگی از از طرف مرتهن حاصل میشود.

چنانکه ذیل مادۀ «۷۷۲» ق. م. تصریح مینماید استمرار قبض شرط صحت معامله نیست. بنابراین برای صحت عقد رهن کافی است که پس از عقد لحظهای مال مرهون بقبض مرتهن و یا قائم مقام او در آید اگر چه بعداً از تصرف او خارج گردد، خواه اخراج مال مزبور باجازه مرتهن باشد یا بدون اجازه او بوسیلۀ راهن بعمل آید یا بوسیلۀ شخص ثالث. اخراج مال مرهون از تصرف مرتهن موجب زوال حق رهن نمیگردد زیرا رهن بوسیلۀ قبض محقق گشته است و موجبی برای زوال آن نیست. راهن مادام که دین خود را نپرداخته نمیتواند عین مرهونه را استرداد بنماید مگر آنکه مرتهن موافقت بکند و یا آنکه ضمن عقد شرط شده باشد که در تمامی مدت یا برای مدت معینی متصل بعقد یا منفصل از آن، عین مرهونه درید راهن باشد که در این صورت طبق تعهدی که بعمل آمده است راهن حق دارد اجبار مرتهن را باسترداد عین مرهونه بخواهد.

ابو حنیفه و احمد حنبل و مالك استدامۀ در قبض را مانند قبض در ابتداء شرط صحت رهن دانستهاند و بعضی از فقهای امامیه نیز بر آنند که در تمامی مدت باید مال مرهون در تصرف مرتهن باقی بماند، زیرا قبض دادن مال مرهون بمرتهن برای وثیقه دین او

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۳۳۶

است و مادام که دین باقی است وثیقه باید باقی باشد، بنابراین نظریه راهن نمیتواند استرداد عین مرهونه را از مرتهن بخواهد مگر

آنکه ضمن عقد رهن شرط شود که مال مرهون در مدت رهن در تصرف راهن و یا شخص ثالث باشد.

طرفین عقد رهن–

رهن یکی از معاملات است و طرفین آن باید طبق مادهٔ «۲۱۰» ق. م. دارای اهلیت برای معامله باشند و الا طبق مادهٔ «۲۱۲» ق. م. رهن باطل خواهد بود.

بنابر آنچه گذشت که قانون مدنی طبق مادهٔ «۱۲۱۲» و مادهٔ «۱۲۱۴» بصغیر ممیز و سفیه اجازه قبول صلح و هبهٔ بلا عوض داده است، معلوم میشود آنان میتوانند طرف عقد قرار گیرند و هر معاملهٔ غیر معوض که احتمال ضرر در آن نمیرود بنمایند. بنابراین بنظر میرسد صغیر ممیز و سفیه بتوانند قبول رهن نمایند و برای طلبی که دارند مالی را بعنوان وثیقه بپذیرند زیرا با جایز بودن عقد رهن از طرف مرتهن هیچ گونه ضرری برای صغیر و سفیه متصور نیست. آنچه گذشت از نظر اصول مدنی میباشد و الا طبق صریح مادهٔ «۳۴» قانون اصلاحی ثبت (اصلاحی ۲۰ مرداد ۱۳۲۰» که عقد رهن نسبت بمرتهن نیز لازم است (و مرتهن ملزم میباشد فقط استیفای طلب خود را از عین مرهونه بنماید و نمیتواند از رهن صرف نظر کند و مانند طلبکاران عادی از فروش دارائی دیگر مدیون حق خود را بخواهد) صغیر ممیز و سفیه نمیتوانند رهن را قبول نمایند. ولی و قیم میتوانند با ملاحظه غبطه مولی علیه در حدود مقررات مربوطه باداره اموال او مال مولی علیه را رهن گذارند.

مورد رهن

اشاره

مورد رهن مانند مورد معاملات دیگر طبق مادهٔ «۲۱۵» ق. م. باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد. برای صحت عقد رهن علاوه بر شرایط عمومی، مورد رهن باید دارای شرایط خاصی باشد که ذیلا بیان میشود:

الف– مورد رهن طبق صریح مادهٔ «۷۷۴» ق. م. باید معین باشد

و نمیتواند یکی از دو یا چند مال قرار داده شود زیرا طبق شق «۳» مادهٔ «۱۹۰» ق. م. موضوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳۷

معامله باید معین باشد و الا موجب غرر معامله میگردد و معامله غرری باطل خواهد بود. اما راجع بمعلوم بودن آن بعضی از حقوقیین تصریح نموده‌اند که لازم نیست عین مرهونه من جمیع الجهات معلوم باشد بلکه علم اجمالی بآن کافی است بنابراین هرگاه جنس و نوع مالی معلوم باشد ولی مقدار آن غیر معلوم، رهن صحیح است مثلًا میتوان قطعه زمینی که مساحت آن معلوم نیست و یا انباری از گندم که مقدار آن مجهول است برهن گذارد، ولی هرگاه عین مرهونه من جمیع الجهات مجهول باشد مانند جعبهٔ در بسته‌ای که محتوی آن معلوم نیست، رهن آن باطل میباشد: بنظر میرسد که با توجه بمادهٔ «۲۱۶» ق. م. که شرط اساسی صحت معامله را مبهم نبودن مورد آن دانسته مگر در موارد خاصه‌ای که علم اجمالی بآن کافی است و ماده‌ای هم در قانون مدنی دیده نمیشود که علم اجمالی را در مورد رهن کافی بداند، از نظر قضائی مشکل است رهنی که مورد آن من جمیع الجهات معلوم نباشد صحیح دانست

ب– مورد رهن باید عین باشد

طبق مادهٔ «۷۷۴» ق. م: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است» چنانکه گذشت شرط تحقق رهن قبض دادن عین مرهونه بمرتهن است و کلی فی الذمه پس از عقد دین میباشد و دین نمیتواند وثیقه دین قرار گیرد چون نمیتوان آن را

بقبض مرتهن داد و آنچه بعداً در اثر ایفاء تعهد حاصل میشود دین نیست بلکه یکی از افراد و مصادیق کلی میباشد و بودن کلی در ضمن فرد اشکال عدم قابلیت قبض دین را رفع نمینماید. اما از نظر قضائی با تصریح مادهٔ «۷۷۴» ق. م. بعدم صحت رهن دین، استدلال بجواز رهن آن اجتهاد در مقابل نص است.

و همچنین است منفعت مانند سکونت خانه، سواری اسب و اتومبیل زیرا منفعت امریست تدریجی الحصول و در حین عقد موجود نمیباشد تا بتوان آن را بقبض مرتهن داد، و وجود تبعی تصوری منفعت در عین، کافی برای تحقق قبض آن نمیباشد. با توجه باستدلال مزبور در هر معامله‌ای که قبض شرط صحت آنست باید مورد آن عین باشد تا بتوان بقبض داد. در فقه امامیه عمده دلیلی که برای عین بودن مورد رهن بیان میشود، اجماع و ظهور نصوص است نه آنچه راجع بلزوم قبض مال مرهون ذکر شد و بدین جهت فقهائی که قبض را شرط صحت عقد نمی‌شمارند، رهن دین و منفعت را نیز صحیح نمیدانند.

برای آنکه بتوان از دین و منفعت در مقام رهن استفاده نمود، میتوان بمرتهن

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳۸

وکالت داد که دین را از مدیون وصول بنماید و منفعت را بدیگری انتقال دهد و آنچه در عوض بدست می‌آورد وکالتاً از طرف مالک نزد خود رهن گذارد. عین مرهونه ممکن است منقول یا غیر منقول باشد همچنانی که ممکن است مفروز یا مشاع باشد. مشاع بودن مال مانع از رهن گذاردن آن نخواهد بود، اگر چه قبض دادن مال مشاع چنانکه گذشت منوط باجازهٔ تمامی مالکین میباشد زیرا قبض دادن مال مشترک بدون اجازهٔ تمامی شرکاء تصرف در مال غیر است. بنظر میرسد که چنانچه راهن بدون اجازهٔ بقیه شرکاء مال مشاع را بتصرف مرتهن بدهد قبض صحیح میباشد اگر چه ملازمه با تصرف در مال شرکاء دیگر دارد. همچنانی که ممکن است عین معین مورد رهن قرار گیرد میتوان کلی در معین (مقدار معین بطور کلی از شیء متساوی الاجزاء) را در مورد رهن قرار داد، مانند یک خروار گندم از گندمهای موجود در انبار، که در این صورت پس از قبض دادن آن بمرتهن رهن تحقق می‌یابد. قبض مال مزبور یا بقبض تمامی شیء متساوی الاجزاء میباشد و پس از جدا نمودن مقدار یک خروار و قبض دادن آن بمرتهن.

ج- مال مرهون باید قابل نقل و انتقال باشد

اشاره

منظور از رهن، وثیقه قرار دادن مال نزد مرتهن میباشد تا هرگاه راهن دین خود را نپردازد مرتهن بتواند از ثمن فروش آن استیفاء طلب خود را بنماید و چنانچه مورد رهن قابلیت نقل و انتقال را نداشته باشد منظور از رهن حاصل نمیگردد، این ستکه مادهٔ «۷۷۳» ق. م. میگوید:

«هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمیتواند مورد رهن واقع شود» بنابراین مشترکات عمومی و همچنین مورد حبس مؤبد یا وقف را نمیتوان مورد رهن قرار داده و در مواردی که قانون اجازهٔ فروش مورد حبس مؤید و وقف را داده، باید از ثمن آن مال دیگری خریده تا بجای آن مورد حبس و وقف باشد. اما مالی که مورد حبس موقت است مانند مورد عمری، رقبی و سکنی، میتوان بوسیلهٔ مالک برهن گذارد، همچنانی که مالک میتواند مالی که در اجارهٔ غیر است مورد رهن قرار دهد، زیرا در اثر حبس موقت مال مورد حبس از ملکیت حبس‌کننده خارج نمیشود و موقتاً حق انتفاع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۳۹

از آن بمنتفع واگذار میشود و مالک باعتبار ملکیت عین آن را رهن میدهد. اموال مباحه قبل از تملک قابل نقل و انتقال نمیباشند، زیرا قبل از حیازت اراضی موات، وضعیت تمامی افراد نسبت بآنها مساوی و یکسان است و هر کس میتواند آنها را حیازت بنماید، بنابراین انتقال دهنده نسبت بآن مانند انتقال‌گیرنده میباشد.

تبصره ۱ رهن مالی که متعلق حق غیر میباشد–

اشاره

مالی که متعلق حق غیر قرار گرفته مانند آنکه از طرف مقامات صالحه بازداشت شده و یا آنکه مورد رهن و یا معامله با حق استرداد قرار گرفته میتواند مجدداً مورد رهن قرار گیرد.
برای توضیح مطلب، هر یک از موضوعات سه‌گانه بالا مورد تحلیل عقلی قرار میگیرد:

۱– مورد بازداشت از طرف مقامات صالحه–

در صورتی که مالی از طرف دادگاه و یا ادارهٔ ثبت مورد بازداشت تأمینی یا اجرائی در مقابل طلب قرار گرفته باشد بنابر مستفاد از مادهٔ «۳۴» مکرر اصلاحی قانون ثبت، مالک میتواند برای دین دیگر، با قید حق کسی که مال بنفع او بازداشت شده نزد شخص ثالث برهن گذارد

۲– مورد رهن– طبق صریح مادهٔ «۳۴» مکرر اصلاحی قانون ثبت که بعداً بیان میشود،

مالی که مورد رهن میباشد میتوان با قید حق بستانکار مقدم، مورد معامله رهنی برای وامهای دیگر قرار داد.

۳– مورد معاملات با حق استرداد–

مالی که مورد معامله با حق استرداد قرار گرفته، میتواند با قید حق بستانکار مقدم مورد معامله رهنی برای وامهای دیگر قرار گیرد. چنانکه در فصل بیع شرط در جلد اول گذشت، منظور از معامله با حق استرداد بنابر مستفاد از مادهٔ «۳۳» قانون ثبت و «۳۴» اصلاحی آن، هر نوع معامله ایست که برای انتقال دهنده در آن حق استرداد مورد معامله قرار داده شده باشد.
از نظر تحلیل حقوقی، در هر یک از موارد سه‌گانه بالاـ (بازداشت، رهن و معاملهٔ با حق استرداد) مال در مالکیت مالک باقیست و حق عینی وثیقه برای غیر در آن پیدا
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۰
شده است. نتیجهٔ وضعیت مزبور آن است که هرگاه مالک دین خود را بپردازد، آن مال آزاد میگردد و چنانچه در اثر عدم پرداخت فروش رود، پس از اداء، دین هرگاه مازادی بماند از آن مالک خواهد بود. بنابراین در اثر تعلق حق غیر بوسیلهٔ بازداشت، رهن یا معاملهٔ با حق استرداد نسبت بمالی، دائره مالکیت مالک نسبت بآن مال ضعیف شده دیگر نمیتواند مانند ملک طلق هر گونه تصرفی در آن بنماید، ولی تصرفاتی که مزاحم با حق غیر (کسی که مال بنفع او بازداشت، رهن و یا مورد معاملهٔ با حق استرداد قرار گرفته) نباشد، مانعی نخواهد داشت، زیرا آنچه مانع از تصرف مالک در ملک خود است مزاحمت با حق غیر میباشد. بنابراین مالک میتواند با حفظ حق شخص مزبور آن مال را نزد دیگری برهن گذارد، و آن امر چنانکه مادهٔ «۳۴» مکرر اصلاحی قانون ثبت متذکر است با قید حق بستانکار مقدم در معامله ممکن خواهد بود.
سؤالی که پیش می‌آید آن است که آیا برای انعقاد رهن، اجازهٔ کسی که نسبت بمال مزبور دارای حق وثیقه است لازم میباشد یا احتیاجی بآن در صحت رهن نیست؟
با کمترین توجهی پاسخ منفی خواهد بود، زیرا عملی که مزاحمت با حق وثیقه (یعنی بستانکار مقدم) نداشته باشد، احتیاج باجازهٔ

صاحب حق را ندارد، ولی چون قبض شرط تحقق رهن میباشد و نمیتوان مالی که متعلق حق غیر قرار گرفته بدون اجازهٔ او بتصرف دیگری داد، زیرا این امر تجاوز بحق غیر میباشد و چنانکه از مادهٔ «۷۷۶» ق. م مستفاد میشود، اجازهٔ غیر در قبض لازم است، چنانچه غیر اجازه ندهد که مال مرهون بتصرف مرتهن جدید داده شود میتواند شخص مزبور مالک و مرتهن جدید بتراضی کس را معین کنند که مال مزبور در تصرف او باشد و یا مرتهن وکالت دهد بکسی که مال قبلا در تصرفش بوده از طرف او قبض بنماید. مادهٔ «۲۶۴» قانون آئین دادرسی مدنی که میگوید: «هر گونه نقل و انتقال نسبت بعین اعم از منقول یا غیر منقول و منافع (در صورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۱

توقیف باقی است داده نخواهد شد مگر در صورت اجازهٔ کسی که آن مال یا منافع برای حفظ حق او توقیف است». منافات با عدم احتیاج اجازهٔ کسی که در آن مال حقی دارد نخواهد داشت، زیرا مادهٔ مزبور در موردی است که مالک عین مال را انتقال دهد و حق بستانکار مقدم را در معامله قید ننماید.

اینک مادهٔ «۳۴» مکرر اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب مرداد «۱۳۲۰» «در معاملات رهنی یا با حق استرداد نسبت باموال غیر منقول که به ثبت رسیده و یا مدت اعتراض آن گذشته باشد، معامله‌کننده میتواند با قید حق بستانکار مقدم، مورد معامله را برای وامهای دیگر وثیقه و تأمین قرار دهد. در صورت فک معامله مقدم تمام مال مورد معامله، وثیقهٔ وام بعدی و در صورت عدم فک معاملهٔ مقدم و فروش مال، هر بستانکار مقدم برای استیفای اصل طلب و اجور و خسارات قانونی بر بستانکارهای بعدی مقدم خواهد بود- تمام بستانکارهای مزبور در این ماده نسبت بمال مورد معامله بر بستانکاران دیگر حق رجحان خاص خواهند داشت- معامله‌کننده مکلف است در موقع تنظیم سند اینگونه معاملات خصوصیات معاملهٔ قبلی را در سند تصریح نماید و الا بکیفر مقرر در مادهٔ «۱۱۷» قانون ثبت محکوم خواهد شد».

مادهٔ بالا ـ اگر چه نسبت باموال غیر منقول که به ثبت رسیده و یا مدت اعتراض آن گذشته، میباشد ولی با تحلیل حقوقی که در وضعیت رهن مکرر بعمل آمده میتوان نسبت باموال غیر منقول ثبت نشده و همچنین اموال منقول، نیز در حدود مادهٔ «۳۴» اصلاحی قانون ثبت معامله مکرر نمود و آن معامله صحیح میباشد زیرا مادهٔ مزبور قواعد حقوقی را نسبت برهن مکرر در اموال غیر منقول تطبیق نموده است، و حکم استثنائی نمیباشد.

۴- رهن مبیع خیاری-

اشاره

برای توضیح امر باید متذکر بود که بیع خیاری بر دو قسم است:

اول- بیعی که در آن خیار فسخ برای بایع قرار داده شده است-

در بیع مزبور بایع در مدت مقرر میتواند با تأدیه ثمن المثل بیع را فسخ کند. چنانکه در فصل بیع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۲

شرط، در جلد اول گذشت بنابر مستفاد از مادهٔ «۳۳» قانون ثبت و «۳۴» مکرر اصلاحی قانون مزبور، اینگونه معامله از اقسام معاملات با حق استرداد شناخته شده و مانند رهن، نوعی از تضمینات بشمار آمده است. در صورتی که فرض شود که قصد متعاملین در انجام معامله مزبور حقیقهٔ بیع با شرط خیار برای بایع می‌باشد، نه استقراض و وثیقه گذاردن مال (یعنی بایع در واقع مال را بمشتری منتقل کند و برای خود خیار فسخ در مدت معین قرار دهد) و مادهٔ «۳۴» مکرر اصلاحی قانون ثبت را شامل آن ندانند، مشتری میتواند

باجازهٔ بـایع مبیع را برهن بگـذارد و در اثر آن حق خیار بایع ساقط میشود، زیرا اجازهٔ بایع بآنکه مشتری مبیع خیاری را برهن بدهـد، اجازه ایجاد حق عینی نسبت بآن برای مرتهن میباشد. پس از تحقق رهن در صورتی که راهن دین خود را نپردازد، مرتهن میتواند از ثمن فروش استیفاء طلب خود را بنمایـد. این امر چون تنافی با اخـذ بخیار از طرف بایع دارد، حق فسـخ ساقط میگردد. تنافی بین حق رهن و حق خیار فسـخ بایع، در صورتیست که مشتری مبیع را نزد شـخص ثالث برهن گـذارد و الا هرگاه در مقابل تمام یا بعضـی از ثمن، آن مال را برهن بایع دهد، رهن مزبور، با حق خیار بایع تنافی ندارد، زیرا استیفاء طلب بوسیله فروش عین مرهونه در موردیست که بایع از فسخ بیع، صرف نظر بنماید و حق خیار خود را ساقط کند، ولی هرگاه بایع بیع را فسخ کند طلب او از مشتری نسبت بثمن ساقط میگردد و رهن بتبع انحلال بیع، خود بخود فک میشود. و همچنین است هرگاه مبیع خیاری در مقابل دین دیگری غیر از ثمن المعامله نزد بایع رهن باشد که در این صورت از نظر تنافی نیز حق خیار بایع ساقط میگردد.

دوم- بیعی که در آن حق خیار فسخ برای مشتری قرار داد شده باشد-

اشاره

در مورد مزبور مشتری میتوانـد مبیع را نزد شـخص ثـالث رهن گـذارد و موافقت بـایع را لازم نـدارد. مشتری با رهن دادن آن از نظر تنـافیماننـد آن است که حق خیـار خود را ساقـط نموده است، و در صورتی که آن را نزد بایع در مقابل ثمن رهن گـذارد، چنانکه گذشت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۳

منافات با حق خیار فسـخ مشتری نـدارد. ولی در صورتی که رهن در مقابل غیر ثمن باشـد ماننـد موردی است که نزد شـخص ثالث برهن گذارده خیارش ساقط میشود.

فرع ۱ مالی که نزد کسی رهن گذارده شده میتوان نزد همان کس در مقابل دین دوم برهن گذارد،

زیرا مال مزبور منحصـراً متعلق حق طرفین است و هرگونه تصرفی که آنان بخواهند میتوانند در آن بنمایند. از نظر تحلیلی، چون بنابر مستفاد از مادهٔ «۷۸۳» ق. م. هر جزئی از اجزاء مـال مرهون وثیقه در مقابـل تمامی دین قرار میگیرد، در رهن دوم نیز همان اجزاء که در مقابـل تمـامی دین اول وثیقه بـوده در مقابـل تمـامی دین دوم وثیقه قرار داده میشود. بـدین جهت بنظر میرسـد که آن دو دین با یکـدیگر نسبت بمال مرهون در یک ردیف نخواهند بود مگر آنکه طرفین بر خلاف آن شـرط نمایند، زیرا در خارج عمل رهن در دو زمـان انجـام گرفته و در حکم آن است که رهن دوم نزد شـخص ثـالث میبود، بنـابراین رهن اول در مقام استیفاء طلب، مقـدم بر رهن دوم میباشد. مثلا هرگاه کسـی از دیگری صد هزار ریال از قرار صدی ده قرض کند و خانهٔ خود را در مقابل آن گرو گذارد و بدون فک رهن مزبور از همان شـخص صد هزار ریال دیگر از قرار صدی دوازده در سال قرض نماید و همان خانه را نزد او مجدداً برهن گـذارد. در صورتی که در اثر عـدم تأدیهٔ دو دین، خانه بیکصد هزار ریال بفروش رود، ثمن آن بابت رهن مقدم از آن مرتهن خواهـد بود و دین دیگر که صـدی دوازده در سال سود دارد بعهـدهٔ مدیون باقی میماند و مدیون نمیتواند باسـتناد مادهٔ «۲۸۲» ق. م. که میگویـد: «اگر کسـی بیک نفر دیون متعـدده داشـته باشـد تشـخیص اینکه تأدیه از بابت کـدام دین است با مـدیون میباشـد» ثمن فروش عین مرهونه را بـابت دین دوم که سودش بیشتر است محسوب دارد بنظر میرسـد که هرگاه مـدیون برای فک رهن، دین خود را میپرداخت میتوانست باستناد مادهٔ مزبور آنچه میدهد بابت دین دوم محسوب دارد.

فرع ۲ مادهٔ «۷۷۶» ق. م.: «ممکن است یک نفر مالی را در مقابل دو یا چند دین که بدو یا چند نفر دارد رهن بدهد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۴

در این صورت مرتهنین باید بتراضی معین کنند که رهن در تصرف چه کسی باشد و همچنین ممکن است دو نفر یک مال را بیک نفر در مقابل طلبی که از آنها دارد رهن بدهند».

مادهٔ بالا دو امر را متذکر شده است:

الف- یک نفر راهن میتواند یک مال را در مقابل دو یا چند دین که بدو یا چند نفر دارد برهن دهد، مثلا هرگاه کسی بدیگری یکصد هزار ریال و بدومی دویست هزار ریال مدیون باشد و خانهٔ خود را در یک عقد در مقابل هر دو دین برهن آن دو بدهد، عقد مزبور صحیح است زیرا تمامی ارکان اساسی برای صحت معامله را دارا میباشد و هر جزئی از اجزاء مال مزبور در مقابل تمامی هر یک از آن دو دین قرار میگیرد. بنابراین در صورتی که مال مرهون در اثر عدم تأدیهٔ دو دین بفروش رود ثمن بین آن دو دین بنسبت تقسیم میشود، بنابراین هرگاه خانه بیکصد و پنجاه هزار ریال فروش رود پنجاه هزار ریال سهم دائن اول و یکصد هزار ریال سهم دائن دوم خواهد بود.

اما راجع بقبض دادن مال مورد رهن، چون در اثر عقد رهن، مال مرهون متعلق حق دو نفر یا بیشتر قرار میگیرد و بدون اجازهٔ صاحب حق نمیتوان آن مال را بتصرف دیگری داد و از طرف دیگر قبض شرط تحقق رهن میباشد لذا باید در فرض بالا تمامی اشخاصی که در مال مورد رهن ذیحق هستند تراضی نمایند که آن مال بتصرف چه کسی داده شود.

ب- ممکن است دو نفر یک مال را در یک عقد بیک نفر در مقابل طلبی که از آنها دارد رهن دهند، مثلا دو نفر هر یک یکصد هزار ریال بیک نفر بدهکار هستند و خانه‌ای را که یکی دو دانگ و دیگری چهار دانگ از آن را مشاعاً مالک میباشند برهن دائن مزبور واگذار کنند، سهم هر یک از دو نفر مدیون از خانه، وثیقه در مقابل دین او قرار میگیرد و چنانچه هر یک دین خود را بپردازد سهم او از خانه فک میشود مگر اینکه آنان بر خلاف آن شرط کنند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۵

تبصره ۲ رهن مال غیر

اشاره

مدیون مال خود را نوعاً بعنوان وثیقه بطلبکار، رهن میدهد ولی مالکیت مدیون نسبت بعین مرهونه از شرایط صحت رهن نمیباشد و ممکن است مال شخص ثالث بعنوان وثیقه رهن دین مدیون قرار گیرد، چنانکه خانه‌ای که در ملکیت زوجه است بعنوان وثیقهٔ دین شوهر، برهن طلبکار داده شود.

در رهن مال غیر دو صورت فرض میشود:

الف- کسی مال خود را در مقابل دین دیگری برهن میگذارد-

همچنانی که شخص ثالث میتواند ضامن دیگری بشود یا دین او را ایفاء بنماید، میتواند مال خود را برای دیگری برهن گذارد، در اثر این امر ملک شخص ثالث متعلق حق طلبکار قرار میگیرد. در صورتی که در اثر عدم پرداخت دین، مال مرهون بفروش رود دو فرض پیش می‌آید: هرگاه شخص ثالث آن را بدون اجازهٔ راهن برهن داده و یا قصد تبرع در پرداخت دین او داشته است، حق مطالبه بدل عین مرهونه را از مدیون ندارد، و هرگاه شخص ثالث باذن مدیون آن را برهن گذارده است، بنابر مستنبط از مادهٔ «۲۶۷» ق. م. در مورد ایفاء دین غیر و مادهٔ «۷۲۰» ق. م. در مورد ضمان بقصد تبرع، مدیون در مقابل مالک مسئول میباشد. بنابراین چنانچه

پس از فروش عین مرهونه، تمامی ثمن بدائن پرداخت شده باشد، مالک از مدیون قیمت آن مال را میخواهد و چنانچه بیش از مقدار دین مال بفروش رفته است زائد بمالک آن داده میشود و بقیه که بمرتهن پرداخت شده است مالک از مدیون آن را میخواهد که نتیجه قیمت مال مرهون در عوض آن مال بمالک خواهد رسید. این امر در صورتی است که مال مورد رهن قیمی باشد مانند آنکه خانه و یا باغی مورد رهن قرار گیرد، و الا هرگاه مثلی است چنانکه ده تن گندم مورد رهن باشد، پس از فروش و اداء دین آنچه از ثمن فروش باقی میماند بمدیون داده میشود و باید مثل آن مال را بمالک مسترد دارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۶

ممکن است کسی ملک خود را از طرف مدیون برهن گذارد. در این صورت نفوذ آن منوط باجازهٔ مدیون است، زیرا مالک از طرف مدیون وکالت در این امر نداشته و این عمل را مالک بعنوان نمایندگی از مدیون انجام داده است.

ب- کسی مال دیگری را در مقابل دین خود برهن میگذارد-

اشاره

مدیون میتواند مالی را از مالک عاریه بنماید تا در مقابل دین خود، بطلبکار برهن دهد. مرتهن باید مقدار دین و جنس و مدت آن را معین نماید مگر آنکه مالک بمدیون اجازه دهد هر گونه که میخواهد مال او را برهن گذارد، که در این صورت مدیون میتواند در مقابل هر مقدار و هر چیز برای هر مدتی که در دین هست آن را برهن دهد، زیرا باعتبار مقدار، جنس و مدت دین، نظر مالک فرق مینماید.

در صورتی که رهن مال غیر بدون اذن مالک باشد و یا از حدود اذن تجاوز نماید، عقد رهن فضولی و صحت آن منوط باجازهٔ مالک خواهد بود، و پس از اجازه رهن مزبور صحیح میگردد زیرا تمامی اشخاصی که از عقد رهن منتفع و متضرر میشوند بر آن توافق نموده‌اند. رهن مال غیر علاوه بر آنکه با منطق سادهٔ حقوقی و معمول اجتماع سازگار است مشمول مادهٔ «۱۰» ق. م. نیز میباشد.

آنچه در این فرع مورد بحث قرار میگیرد دو امر است: یکی وضعیت رهن ملک غیر از نظر تحلیل حقوقی، دیگری روابط بین مالک و راهن:

اول- رهن ملک غیر از نظر تحلیل حقوقی-

در موردی که راهن ملک غیر را باجازهٔ او برهن میگذارد در حقیقت آن مال را از مالکش برای رهن عاریه کرده است. ایراد شده که عاریه اباحهٔ انتفاع از مال مورد عاریه میباشد، و رهن دادن از نوع منافعی که مال برای انتفاع از آن عاریه میشود نیست، و از طرف دیگر ممکن است آن مال در اثر عدم تأدیهٔ دین منتهی بفروش شود و از ملکیت مالک خارج گردد و این امر با عاریهٔ معمولی که اباحهٔ منفعت بشرط بقاء عین در ملکیت مالک میباشد منافات دارد. ایراد مزبور وارد نیست زیرا در رهن مال غیر، مرتهن بوسیلهٔ رهن بر مال غیر مسلط

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۷

میشود که چنانچه طلب او تا موعد مقرر تأدیه نشود بتواند از ثمن فروش آن استیفاء طلب بنماید و این امر مانند آنست که کسی مالی را بدیگری عاریه دهد و یا اذن دهد که هرگاه محتاج بپول شود بتواند آن را بفروشد و از ثمن آن استفاده کند و عوض آن را بمالک بدهد اجازهٔ فروش مورد عاریه، آن را قبل از بیع از عاریه بودن خارج نمی‌نماید و بملکیت مستعیر در آورد، بلکه مستعیر مالی را که بطور عاریه در دست دارد بوکالت از طرف مالک میفروشد و ثمن آن را بعنوان قرض تملک میکند و از آن حق مرتهن

را اداء مینمایـد. رهن گـذاردن مالی که برای این امر عاریه شـدهماننـد دفن مرده در زمینی که برای آن عاریه شـده است، میباشـد و عقـد عاریه را لازم نمیگردانـد و هر زمان معیر میتواند عقد عاریه را فسخ بنماید ولی او نمیتواند فک رهن یا تبدیل آن را بمال دیگر بخواهـد یـا متعرض مرتهن در فروش مـال در صورت نپرداختن دین شود، زیرا مال مزبور باذن مالک متعلق حق مرتهن قرار گرفته و چون رهن از طرف راهن لازم است برای مالک که اذن رهن را داده است نیز لازم میباشد.

دوم- روابط بین مالک و راهن-

رهن‌گذارنـدهٔ مال غیر، در مقابل مالک ضامن هر گونه تلف و نقصان آن مال خواهـد بود اگر چه در اثر تعـدی و تفریط او نباشـد، زیرا شـباهت معامله مزبور با عاریه نمیتوانـد آن را غیر مضـمونه گردانـد و راهن را ضامن نداند بلکه بالعکس میتوان گفت عاریه که در معرض تلف قرار میگیرد ضـمان‌آور است. و هرگاه مال مورد رهن بمسبب عـدم تأدیـهٔ دین، فروش رود راهن مانند مورد اتلاف ضـامن بـدل آن در مقابل مالک خواهـد بود، زیرا در اثر فروش، رد مال بمالکش ممکن نمیباشـد. و در صورتی که آن مال بیش از ثمن المثل فروخته شود بمقدار قیمت فروش، راهن در مقابل مالک ضامن است، زیرا قیمت مزبور بدل قانونی مال متعلق باو است، و در صورتی که کمتر و یـا بقیمت ثمن المثل فروش رود بقیمت ثمن المثل ضامن خواهـد بود، زیرا ثمن المثل بـدل قانونی مال متعلق بغیر است. این امر در صورتیست که مال مورد رهن قیمی باشـد و الا هرگاه مثلی است راهن بایـد مثل آن را بمالکش رد نمایـد بهر قیمت که مال فروخته شده باشد، بنابر آنچه گفته شد که رهن مال غیر جائز است، مدیون میتواند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۸

مـال غیر را فضولـهٔ برهن گـذارد و قبض آن منوط باجـازه مالک میباشـد و چنانچه مالک اجازه ندهـد رهن باطل خواهـد بود. و در صورتی که مـدیون مال خود را بضـمیمهٔ مال غیر برهن دهـد و مالک آن را اجازه ندهد رهن مال غیر باطل میباشد ولی رهن نسـبت بمال مدیون صحیح است و مال مزبور وثیقه در مقابل تمامی دین خواهد بود.

مسائل مربوط بمورد رهن

۱- طبق مادهٔ «۷۸۵» ق. م. «هر چیزی که در عقد بیع بدون قید صریح بعنوان متعلقات، جزء مبیع محسوب میشود در رهن نیز داخل خواهد بود»

زیرا چنانکه در بیع گـذشت، تشـخیص موضوعات عرفی و معنی و حـدود آن با عرف است و آنچه را عرف داخل در موضوع بداند داخل در رهن بایـد دانست، زیرا متعاملین از اهل عرف میباشـند و در معاملات مانند محاورات دیگر نظر بمعنی عرفی الفاظ دارند و چنانچه خلاف آن را در نظر داشته باشند ناچار باید تصریح نمایند. بنابر آنچه گذشت، چنانکه کسی زمینی را رهن گذارد، کشت و زراعت روی آن داخل در رهن نمیباشد و مانند آنست که پس از رهن در زمین زراعتی کشت شود و یا بخودی خود بروید.

پرسشی که ممکن است بشود، آنست که آیا مرتهن میتواند از مالک بخواهد آنچه راهن و یا شخص ثالث در زمین کاشته است و یا خود روئیـده بکنـد؟ بعضـی از فقهاء چنانکه از مبسوط و تـذکره نقل شـده بر آننـد که نمیتوان راهن را اجبار بازالـهٔ آن نمود عده‌ای دیگر ماننـد آنچه از قواعد و مختلف و ایضاح و غایهٔ المرام و جامع المقاصد حکایت شده، برانند که راهن بازالهٔ آنچه در زمین پس از رهن روئیـده شود اجبار میگردد، زیرا ابقاء کشت و علف در زمین تصـرف در متعلق حق غیر بـدون اجازهٔ صاحب آن است و این امر ماننـد گـذاردن مال در خانـهٔ غیر میباشـد. آنچه بنظر میرسد باید بین موردی که راهن در زمین مرهون کشت نماید و موردی که شخص ثالث زراعت کند فرق گذارد، زیرا در صورتی که شخص ثالث کشت نماید نمیتوان راهن را اجبار بکندن آن نمود، زیرا هر کس مسئول عمل خود میباشد، و اما نسبت بآنچه راهن در زمین کاشته باشد چون طبق

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۴۹

مادهٔ «۷۹۳» ق. م: «راهن نمیتوانـد در رهن تصـرفی کنـد که منافی حق مرتهن باشد مگر باذن مرتهن» و تصـرف مزبور منافات با حق مرتهن نـدارد و از طرف دیگر منافع عین مرهونه متعلق براهن است، مرتهن نمیتوانـد کندن آن را از راهن بخواهد مگر آنکه بقاء آن در آخر مـدت موجب تنزل قیمت مـال مرهون یـا کمی رغبت نسبت بخریـد آن باشـد بنـابراین بطریق اولی نمیتوان مالـک را اجبـار بکندن علفی نمود که در طبیعت، روی زمین مورد رهن میروید.

۲- طبق مادهٔ «۷۸۶» ق. م: «ثمرهٔ رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود در صورتی که متصل باشد جزو رهن خواهد بود

و در صورتی که منفصل باشـد متعلق براهن است مگر اینکه ضـمن عقـد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد» زیرا در صورتی که ثمره و زیادتی متصل باصل باشـد تفکیک آن در حکم، موجب اختلافات بسـیاری خواهد گردید، چنانکه در مورد اقاله و فسـخ گـذشت، ولی در صورتی که ثمره و زیـادتی منفصـل باشـد متعلق براهن است، زیرا آنچه مورد رهن قرار گرفته عین مرهونه است و منـافع منفصـله خـارج از مورد رهن میباشـد اگر چه در ملکیت متابعت از عین مینمایـد، مگر اینکه بین طرفین در ضـمن عقـد ترتیب دیگری مقرر شده باشد که طبق آن عمل میشود.

۳- در صورتی که عین مرهونه بواسطهٔ عمل راهن یا شخص دیگری تلف شود،

تلف‌کننـده بایـد بدل آن را از مثل یا قیمت بدهد، و بدل مزبور طبق مادهٔ «۷۹۱» ق. م رهن خواهد بود و بتصـرف کسی داده خواهد شـد که قبلًا عین تـالف در دست او بـوده است، زیرا اتلاـف مـال مرهـون مـوجب انحلاـل رهن نمیگردد و بـدل در حکم مبـدل منه میباشـد. بنـابر مستنبط از مـادهٔ مزبور هرگـاه کسـی بعضـی از مـال مرهون را تلف یا ناقص کنـد و یا موجب نقص یا تلف بعض مال مرهون گردد، شخص مزبور آنچه را که در عوض میدهد بضمیمهٔ بقیه مال مرهون در رهن میماند.

در صورتی که بدل از جنس طلب مرتهن باشد چنانکه طلب مرتهن بریال است

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۰

و مورد رهن مالی قیمی بوده و در اثر تلف، قیمت آن بریال داده شده و در تصـرف مرتهن است، او نمیتواند طلب خود را قبل از سر رسیـد از آن استیفـاء بنمایـد، بلکه نزد مرتهن تـا زمـان تأدیـهٔ دین امـانت خواهـد مانـد. و چنـانچه راهن در موعـد مقرر دین خود را نـپرداخت، مرتهـن نمیتوانـد طلـب خـود را از آن استیفـاء کنـد مگر باجـازهٔ حـاکم، زیرا دین کلی و در ذمـهٔ راهن است و بـدل عین خـارجی میباشـد و هرگاه راهن بخواهـد از مال دیگری بمرتهن بدهـد مرتهن نمیتوانـد آن را رد کرده و از بـدل عین مرهونه استیفاء طلب خود را بنمایـد. ولی بالعکس چنانچه راهن بخواهـد که مرتهن بمقدار طلب خود از قیمت ریالی که نزد او است برداشت نماید و مرتهن موافقت نکند و مال دیگری را مطالبه نماید از طرف حاکم الزام میگردد.

۴- در صورتی که دین مؤجل باشد و مالی که در رهن گذارده شده از اموالی باشد که قبل از سررسید اجل فاسد میگردد،

هرگاه راهن اجازهٔ فروش آن را بمرتهن داده باشـد آن مال بفروش میرود و چنانچه راهن اجازه فروش آن را نـداده باشـد گفته شده که رهن باطل است، زیرا مقتضای رهن آنست که تا سررسـید اجل باقی بماند و چنانچه راهن دین خود را نپرداخت مرتهن بتواند از ثمن فروش آن استیفاء طلب خود را بنمایـد و مال مزبور تا سـر رسـید فاسـد شـده و از مالیت می‌افتد و قبل از سررسـید اجل نمیتوان راهن را اجبار بفروش نمود. عـده‌ای دیگر بر آنند که رهن مزبور صـحیح است و چنانچه راهن قبل از فساد مال مرهون، حاضـر برای فروش آن نشود، برای جمع بین حقین بوسیلهٔ حاکم اجبار بفروش میشود مانند گندم و جو و امثال آن، ولی در اثر عوامل خارجی از

قبیل رطوبت هوا در شرف فساد قرار گرفته باشد مانند صورت قبل بفروش میرود و ثمن آن بجای مبیع در رهن خواهد بود.

۵- در صورتی که طبق مادهٔ «۷۷۷» ق. م. راهن ضمن عقد رهن و یا عقد علی‌حدهٔ دیگری بمرتهن و یا شخص ثالث وکالت داده باشد

که چنانچه دین خود را در موعد مقرر نپرداخت آنها بتوانند عین مرهونه را فروخته استیفاء طلب بنمایند و مال مزبور
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۱
بوسیلهٔ راهن یا شخص ثالث تلف شود و آنان طبق مادهٔ «۳۲۸» و «۳۳۱» ق. م. برای جبران ضرر بدل بدهند، بدستور مادهٔ «۷۹۲» ق. م. وکالت در فروش راجع بعین مرهونه شامل بدل آن نمیگردد، زیرا مورد وکالت فروش عین مرهونه بوده و در اثر تلف، موضوع وکالت منتفی میشود. هرگاه ایراد شود که چگونه وکالت در امری شامل وکالت در بدل آن نمیشود ولی رهن مال شامل بدل آن میشود و پس از تلف عین مرهونه، بدل آن در رهن قرار میگیرد؟ در پاسخ گفته میشود: در هر موردی که مالی موضوع حق عینی قرار بگیرد و آن مال تلف شود حق مزبور نسبت ببدل ثابت خواهد بود، زیرا قسمتی از بدل مزبور برای جبران ضرر ناشی از تلف آن حق میباشد و در موقع سنجش ضرر در نظر گرفته شده است، بر خلاف وکالت که نمایندگی از طرف موکل در انجام امر است و در صورت اطلاق، مورد آن همان امر معینی است که در وکالت تعیین شده و نمایندگی نسبت باصل تجاوز ببدل نمینماید مگر آنکه باین امر تصریح شود

۶- طبق مادهٔ «۸۷۴» ق.: «تبدیل رهن بمال دیگر بتراضی طرفین جایز است»

چنانکه کسی خانه خود را نزد دیگری رهن گذارده باشد و قبل از رسیدن اجل احتیاج بفروش آن پیدا کند، میتواند با موافقت مرتهن رهن را فک نموده و مال دیگری بجای آن برهن گذارد زیرا معاملهٔ مزبور در انحصار حق آنان میباشد و میتوانند هر گونه تغییری در آن بدهند همچنانی که میتوانند آن را اقاله بنمایند.

حقی که میتوان در مقابل آن رهن قرار داد

اشاره

مادهٔ «۷۷۵» ق. م. میگوید: «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود و لو عقدی که موجب اشتغال ذمهٔ است قابل فسخ باشد».
حقی که میتواند در مقابل آن رهن قرار داده شود باید:

۱- مال باشد-

یعنی چیزی باشد که مالیت داشته و دارای ارزش معاوضه باشد.
بنابراین نمیتوان برای حق غیر مالی مانند ولایت، زوجیت و امثال آن رهن قرار داد، زیرا منظور از رهن آنست که هرگاه راهن بتکلیف خود عمل ننموده و دین خود
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۲
را نپرداخت مرتهن بتواند از ثمن فروش عین مرهونه استیفاء طلب خود را بنماید و در صورتی که حق مزبور قابل ارزش و تقویم نباشد نمیتوان آن را از ثمن فروش که مال است استیفاء نمود

۲- در ذمه باشد-

برای مالی میتوان رهن قرار داد که در ذمه مـدیون باشد، یعنی برای حق دینی مالی فقط میتوان رهن داد، مانند یک هزار ریال دین و نمیتوان برای اعیـان خـارجی وثیقه گـذارد. بعضـی از فقهـای امـامیه رهن در مقابـل اعیـان مضـمونه را از قبیـل مال مغصوب و عاریه مضـمونه صحیح دانسته‌اند، همچنانکه در صحت رهن بر درک ثمن یا مبیع و مال الصلح و امثال آن در صورتی که مستحق للغیر در آیـد اظهـار نظر موافق نموده‌انـد (بحث در این امر در ضـمان گـذشت مراجعه شود) مـال در ذمه ممکن است عین باشـدماننـد آنکه کسـی صـد تن گنـدم بـدیگری مدیون باشد یا منفعت باشد مانند سواری اتومبیل برای مسافرت که مورد اجاره قرار گرفته است و یا عمل باشد مانند خیاطی و نجاری که اجیر تعهد بانجام آن را نموده است.

۳- در ذمهٔ مدیون ثابت باشد-

چنانکه از مادهٔ بالا معلوم میگردد مالی میتواند در مقابل آن رهن قرار داده شود که در حین عقد در ذمهٔ راهن ثابت باشد و آن دینی است که سبب آن پیدایش یافته مانند ثمن در بیع نسیه، مثمن در بیع سلف، مال الاجاره پس از عقد اجاره و دین پس از قرض، حال باشـد یا مؤجل. اما دینی که سبب آن حاصل نشـده است ماننـد دینی که بعـداً قرض میشود یا ثمن مالی که بعداً خریداری میگردد، نمیتوان رهن در مقابل آن قرار داد زیرا رهن در مقابل دین ثابت است و در فرض بالا دینی در زمان عقد رهن موجود نمیباشد.
خیار فسخ در عقدی که موجب اشـتغال ذمه شده است مانع از رهن در مقابل دین حاصل از آن نمیگردد، زیرا آنچه موجب صـحت رهن است وجود دین در زمـان انعقـاد رهن میباشـد و در مورد مزبور دین در ذمه ثـابت است ولی مـتزلزل میباشـد و پس از انقضـاء مدت خیار مستقر میگردد و چنانچه عقد فسخ گردیده ذمهٔ مدیون بری میشود و رهن که جنبهٔ تبعی دارد منحل میگردد
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۳
اما دینی که سبب آن بوجود آمده ولی هنوز دین بر ذمه تعلق نگرفته و ممکن است بعداً محقق گردد، مانند مال الجعاله قبل از انجام عمـل، نمیتوان رهن در مقابـل آن قرار داد، زیرا مادهٔ «۷۷۵» ق. م. میگویـد: «برای هر مـالی که در ذمه باشـد ممکن است رهن داده شود و لو عقـدی که موجب اشـتغال ذمـهٔ است قابل فسـخ باشـد» و در فرض بالا دین در زمان عقـد رهن در ذمه مـدیون نمیباشد. از مفهوم مادهٔ «۶۹۱» ق. م. که میگویـد: «ضـمان دینی که هنوز سـبب آن ایجـاد نشـده است باطـل است» صـحت رهن در مورد مزبور اسـتنباط نمیشود و حال آنکه بالعکس از مادهٔ مزبور در مورد حواله این امر اسـتفاده گردیـد و حوالهٔ دینی که فقط سـبب آن موجود شده صـحیح شـناخته شد، زیرا وحدت ملاکی که در حواله با ضـمان موجود است که هر دو مبتنی بر انتقال دین میباشند، در رهن با ضمان یافت نمیشود تا بتوان از وحدت ملاک مادهٔ بالا استنباط نمود.
بدین جهت توسـعه دادن دائرهٔ رهن بطوری که گفته شود: هر دینی که بتواند مورد ضـمان قرار گیرد میتوان رهن برای آن قرار داد، مشـکل بنظر میرسـد. با دقت بیشتری میتوان گفت: هرگاه دینی که هنوز در ذمهٔ ثابت نشده و بعداً ممکن است حادث گردد، باعتبار پیـدایش سـبب آن، بتوانـد مورد انتقال قرار گیرد و از ذمه‌ای بذمـهٔ دیگر منتقل شود، (چنانکه در ضـمان و حواله است) بطریق اولی میتوان برای آن رهن قرار داد ولی از نظر قضـائی بـا لحن مـادهٔ «۷۷۵» ق. م. که صـحت رهن را منحصـر بموردی مینماید که مال در ذمه باشد، پیروی از این نظریه مشکل است.
فقهـای امامیه بر آننـد که نمیتوان برای مال الجعاله قبل از رد مال، رهن قرار داد مخالفی در این امر دیـده نشـده است مگر علامه در تـذکره که رهن را پس از شـروع بعمـل جعـاله صـحیح میدانـد، زیرا امر مزبور منتهی بثبوت دین در ذمـهٔ جاعل میگردد. (بضـمان و حواله رجوع شود).

۴– دین باید طوری باشد که بتوان از ثمن فروش مال مرهون استیفاء نمود–

بنابر مستفاد از مادهٔ «۷۷۱» ق. م. منظور از رهن وثیقهٔ دین دائن میباشد که هر گاه راهن دین

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۴

خود را در موعد مقرر نپردازد مرتهن بتواند از ثمن فروش عین مرهونه استیفاء طلب خود را بنماید، بنابراین چنانچه طبیعت دین طوری باشد که دائن نتواند بوسیلهٔ فروش عین مرهونه استیفاء طلب خود را از ثمن آن بنماید، رهن صحیح نخواهد بود، زیرا مقصود از رهن حاصل نمیشود، همچنانی که در مورد اجارهٔ خاص در انسان است که در صورت امتناع اجیر از انجام عمل و عدم قدرت بر اجبار او و همچنین در صورت فوت اجیر مستأجر فقط میتواند اجاره را فسخ بنماید و نمیتواند بوسیلهٔ شخص دیگر آن را استیفاء کند.

و آنچه در بعض موارد پیش می‌آید که مستأجر میتواند اجرت المثل از اجیر بخواهد، چنانکه اجیر برای خود و یا برای شخص ثالث تبرعاً و یا آنکه در اثر عقد جعاله یا اجارهٔ کار کندو مستأجر آن را اجازه ندهد، از باب اتلاف میباشد که اجیر در اثر عمل خود منافع متعلقهٔ بمستأجر را تلف کرده است. اما در صورتی که عمل در ذمهٔ اجیر ثابت باشد مانند عمل مطلق در اجیر عام، رهن قرار دادن در مقابل آن صحیح خواهد بود، زیرا قید و شرط مباشرت در آن نشده است و در صورت امتناع اجیر و عدم قدرت بر اجبار او، رهن فروش رفته و از ثمن آن در حدود مادهٔ «۲۳۸» ق. م. به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را حاکم فراهم مینماید.

آثار و احکام عقد رهن

۱– رهن عقدی است که بموجب آن مدیون مالی را برای وثیقه بدائن میدهد تا در صورت عدم ایفاء دین، دائن بتواند از ثمن فروش آن استیفاء طلب خود را بنماید.

در اثر عقد رهن برای مرتهن حق عینی (وثیقه) نسبت بعین مرهونه ایجاد میشود که باو حق تعقیب عین را میدهد، بنابراین هر گاه عین مرهونه مورد غصب قرار گیرد همچنانی که مالک میتواند استرداد آن را از غاصب بخواهد مرتهن نیز میتواند مطالبهٔ آن را بنماید.

۲– رهن، چنانکه از مادهٔ «۷۷۱» ق. م. که میگوید (مدیون مالی را برای وثیقه بدائن میدهد) معلوم میگردد، عقدی است تبعی

و مادام که دین باقیست و بسببی از اسباب قانونی مانند ابراء، ایفاء، تهاتر، تبدیل تعهد، مدیون بری نشده است رهن باقی

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۵

خواهد بود و پس از بری شدن مدیون، رهن بخودی خود فک میشود و بدین جهت است که عقد رهن بدون مدت میباشد. شرح منافات داشتن تبعی بودن عقد رهن با تعیین مدت بعداً خواهد آمد.

۳– تمامی مال مرهون وثیقهٔ هر جزئی از اجزاء دین میباشد.

اشاره

از نظر تحلیل حقوقی رابطهٔ مال مرهون با دینی که در مقابل آن وثیقه گذارده شده است سه صورت فرض می‌شود:

الف– تمامی مال مرهون وثیقهٔ هر جزئی از اجزاء دین است،

بدین معنی که هرگاه مدیون قسمتی از دین خود را بپردازد و مقداری از آن بماند و لو بسیار ناچیز باشد، رهن فک نمیشود و تمامی مال مرهون در مقابل آن مقدار ناچیز وثیقهٔ خواهد بود. مثلا هرگاه کسی خانهٔ خود را در مقابل یکصد هزار ریال رهن گذارد و بدهکار آن را بپردازد و فقط ده ریال را نگهدارد، تمامی خانه در مقابل آن ده ریال در رهن طلبکار باقی مینماید و پس از پرداخت ده ریال، رهن فک میشود.

ب- هر جزئی از اجزاء مال مرهون در مقابل هر جزئی از اجزاء دین وثیقه است

چنانکه در معاوضات است که هر جزئی از عضو در مقابل هر جزئی از معوض قرار میگیرد، بدین معنی که هرگاه قسمتی از معامله اقاله گردید و یا قسمتی از معوض مستحق للغیر در آمد بهمان نسبت از عوض مسترد میگردد. در رهن نیز هر جزئی از اجزاء مال مرهون در مقابل هر جزئی از اجزاء دین قرار میگیرد که هرگاه قسمتی از دین را مدیون بپردازد بهمان نسبت از مال مرهون فک میشود، مثلًا خانه‌ای که در مقابل یکصد هزار ریال رهن است، چنانچه مدیون پنجاه هزار ریال آن را بدهد نصف از خانه فک میشود و نصف دیگر در مقابل پنجاه هزار ریال بقیه در رهن میماند.

ج- مجموع مال مرهون در مقابل مجموع دین قرار میگیرد

و مادامی‌که تمامی دین موجود است رهن باقی میباشد و چون قسمتی از آن تأدیه گردد اگر چه ناچیز باشد رهن فک میشود، مثلًا خانه‌ای که در مقابل یکصد هزار ریال رهن میباشد هرگاه مدیون

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۶

یکصد ریال آن را بدهد تمامی رهن بخودی خود فک میشود، زیرا پیکری که (یکصد هزار ریال) رهن در مقابل آن قرار داشته پس از تأدیه یکصد ریال دیگر موجود نیست.

در صورتی که راهن و مرتهن در عقد رهن تصریح کنند که بکدام یک از اقسام سه‌گانه بالا مال را برهن میگذارند، طبق قسمت اخیر مادهٔ «۷۸۳» بهمان نحو عقد منعقد میگردد و نسبت بطرفین و قائم مقام آنها طبق مادهٔ «۲۱۹» ق. م. لازم الاتباع میباشد.

هرگاه عقد رهن بطور مطلق منعقد شود، تمامی مال مرهون وثیقه هر جزئی از اجزای دین قرار میگیرد و مادام که تمامی دین ساقط نشود، رهن فک نمیگردد، زیرا مقصود مرتهن از وثیقه، داشتن تضمین برای استیفای تمامی طلب خود میباشد و آن لفظ بدین نحو ممکن است، ولی در صورت دوم که بنسبت آنچه تأدیه میشود رهن فک گردد، محتمل است ارزش مال مرهون در بازار تنزل کند و آن قسمتی از مال مرهون که مینماید تکافوی بقیه دین را ننماید، و در صورت سوم که با تأدیهٔ قسمتی از دین تمامی رهن فک میشود در مقابل بقیه دین رهنی باقی نمی‌ماند. این است که مادهٔ «۷۸۳» قانون مدنی میگوید: «اگر راهن مقداری از دین را اداء کند حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن میتواند تمامی آن را تا تأدیهٔ کامل دین نگهدارد مگر آنکه بین راهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد»

۴- در صورتی که دو یا چند نفر بکسی مدیون باشند

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۲، ص: ۳۵۶

و مـالی که بین آنـان مشاع است در یـک عقـد نزد طلبکار خود به رهن گذارنـد، حصـهٔ هر یک از آنان از مال مشاع، وثیقه دین او میباشـد و چون دین خود را بپردازد حصـهٔ او از رهن فک خواهـد شد، مگر آنکه در رهن شـرط نموده باشـند تمامی مال مرهون در مقابل تمام دو یا چنـد دین رهن است که در این صورت مادام مـدیونین از دین خود بری نشونـد رهن فک نمیگردد. مثلا هرگاه دو برادر اولی ده هزار ریـال و دومی بیست هزار ریـال بتـاجری بـدهکار باشـند و خانه‌ای که هر یک مالک نصف مشاع از آن است در یک عقد بتاجر مزبور رهن دهند، نصف مشاع از خانه در مقابل تمامی دین مدیون اولی و نصف مشاع دیگری

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۷

در مقابل تمامی دین مـدیون دومی واقع خواهـد گردیـد وماننـد آن است که هر یک جـداگانه حصـهٔ اختصاصـی خود را در مقابل دینی که بتاجر داشته برهن واگذار نموده است.

۵- در صورتی که کسی بدو یا چند نفر مدیون باشد و بوسیلهٔ یک عقد مالی را نزد آنان رهن گذارد،

اطلاق عقـد مزبور اقتضا مینمایـد که عین مرهونه بنسبت طلبی که هر یک از آنان از راهن دارد متعلق حق او قرار گیرد. مثلا هرگاه کسـی بسه نفر مدیون است بدین نحو که باولی ده هزار ریال بدومی بیست هزار ریال و بسومی سـی هزار ریال، و در یک عقد خانه خود را در مقابل آن دیون بآنان رهن دهد بدون آنکه سهم هر یک را از رهن معین کند، یک ششم از خانه رهن طلبکار اولی و دو ششم رهن طلبکـار دومی و سه شـشم رهن طلبکار سومی خواهـد بود، و راهن طلب هر یک از آنان را که بدهـد حصه‌ای که نزد او رهن است فک میشود، مگر آنکه در عقـد طریق دیگر معین نموده باشـند، چنانکه مقرر بوده که تمامی خانه رهن هر جزئی از اجزاء دیون مالک باشد که در این صورت مادام تمامی طلب طلبکاران تأدیه نگردد رهن فک نخواهد گردید.

۶- در صورتی که راهن بمیرد و دارای چند وارث باشد و بعضی از ورثه بمقدار سهم خود از دین مورث بپردازد،

بنسبت آنچه وارث مزبور پرداخته از رهن فک نمیشود، زیرا چنانکه از مادهٔ «۷۸۳» ق. م. مستفاد میشود تمامی عین مرهونه وثیقه هر جزئی از اجزاء دین میباشـد و وارث قـائم مقـام مورث است و بیش از حق مورث نخواهـد داشت، و همچنانی که مورث مقـداری از دین را میپرداخت بـآن نسبت رهن فـک نمیگردیـد، هرگـاه یکی از ورثه که قائم مقام او است سـهم خود را از دین بدهـد در رهن تأثیری نخواهـد داشت. اینست که مادهٔ «۶۰۶» ق. م. میگویـد: «هرگاه ترکـهٔ میت قبل از اداء دیون او تقسیـم شود و یا بعد از تقسیـم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکـار بایـد بهر یک از وراث بنسبت سـهم او رجوع کنـد و اگر یک یا چنـد نفر از وراث معسـر شده باشد طلبکار میتواند برای سهم معسر یا معسرین نیز بوارث دیگر رجوع نماید» زیرا در اثر فوت مدیون، شخصیت حقوقی او معدوم میشود و کلیه دیون متوفی بترکه تعلق

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۸

میگیرد و بصـورت حق عینی تظـاهر میکنـد وماننـد مـورد رهن تمـامی دارائی متوفی وثیقه هر جزئی از اجزاء دیون او قرار میگیرد، بنابراین در صورتی که ترکهٔ متوفی قبل از اداء دیون بین ورثه تقسیـم گردد هر قسمتی از ترکه که نصیب یکی از وراث شود جواب گوی تمام دیون متوفی خواهد بود، و بدین جهت طلبکاران میتوانند در صورت اعسار بعضـی از ورثه برای وصول طلب خود بوارث عیر معسر رجوع نمایند و تا مقداری که آن وارث از ترکه بهره‌مند شده دریافت دارند

۷- طبق مادهٔ «۷۸۷» ق. م: «عقد رهن نسبت بمرتهن جایز و نسبت براهن لازم است

و بنابراین مرتهن میتواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمیتواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا بنحوی از انحاء

قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد».

یکی از عقود معینه‌ای که نسبت بیک طرف لازم و نسبت بطرف دیگر جایز است رهن میباشد. موجب این امر آنست که رهن وثیقه طلب مرتهن میباشد و چنانچه او راضـی شود که طلبش بدون وثیقه باشد نمیتوان او را الزام بداشتن وثیقه نمود، زیرا او منتفع از رهن است ولی راهن مدیون که رهن را برای وثیقه بدهی خود بمرتهن میدهد نمیتواند مادام که آن را ادا نکرده است بضرر مرتهن، رهن را مسترد دارد.

جایز بودن رهن نسبت بمرتهن آن را تابع احکام عقود جایز نمینمایـد و مشـمول مادهٔ «۹۵۴» ق. م. نمیشود همچنـانی که مادهٔ مزبور شامـل هبـه نیز نمیگردد، اگر چـه واهـب پس از قبض، طبـق مـادهٔ «۸۰۳» ق. م. میتوانـد در مـوارد معینـه‌ای از هبه رجـوع کنـد، زیرا اصطلاحاً عقد جایز بعقدی گفته میشود که طبیعتاً از ناحیه طرفین قابل انحلال باشد.

بنابراین عقد رهن بفوت و جنون و سفه یکی از طرفین منفسخ نمیگردد، اینست که مادهٔ «۷۸۸» ق. م. میگوید: «بموت راهن یا مرتهن رهن منفسـخ نمیشود، ولی در صورت فوت مرتهن، راهن میتواند تقاضا نماید که رهن بتصـرف شـخص ثالثی که بتراضـی او و ورثه معین میشود داده شود. در صورت عدم تراضی، شخص مزبور از طرف حاکم

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۵۹

معین میشود». این امر در صورتیست که مـال مرهون طبق شـرط، بایـد در تصـرف مرتهن بـاقی گـذارده شود. طبق مادهٔ «۷۸۹» ق. م: «رهن در ید مرتهن امانت محسوب است ...» و پس از فوت او مالک میتواند آن را نزد دیگری امانت گذارد، ولی چون در اثر رهن، عین مرهونه متعلق حق مرتهن قرار گرفته و شـرط شده نزد او باشد، برای جمع بین حقین، موافقت ورثه مرتهن نیز در تعیین کسی که بایـد مال مرهون را نگهـداری نماید لازم است، بر خلاف آنچه در اجاره و حق انتفاع است که بفوت مسـتأجر یا منتفع مال بتصـرف شخص ثالث داده نخواهد شد و در تصـرف ورثه آنان باقی میماند، زیرا تصرف مستأجر یا منتفع برای استیفاء منافعی است که متعلق بآنان است و بعد از فوت، آن حق بورثه منتقل میگردد و نمیتوانند بدون تصرف داشتن عین، منفعت آن را استیفاء نمایند.

در صورتی که مال مرهون در مدت رهن طبق شرط در تصرف راهن باشد و او فوت کند نظر بوحدت ملاک و استنباط از مادهٔ بالا، مرتهن میتواند تقاضا نماید که رهن بتصـرف شـخص ثالثی که بتراضـی او ورثه راهن معین میگردد سپرده شود تا بفروش برسد، زیرا رضایت مرتهن بآنکه در مدت رهن عین مرهونه در تصـرف راهن باشد از نظر اعتمادی است که بشخص راهن داشته و ممکن است چنین اعتمادی را بورثه او نداشته باشد. میتوان بر آن بود که عین مرهونه در تصرف راهن باعتبار مالکیت او است اگر چه متعلق حق مرتهن میباشد، و ورثه راهن پس از فوت او نیز بسمت مالکیت آن را در تصرف خواهند داشت تا بفروش رود و مرتهن نمیتواند خلع ید آنان را بخواهد، و اختصاص حکم در ماده، بمورد فوت مرتهن و سکوت در مقام بیان، نظریه اخیر را تأیید مینماید.

۸- مقصود طرفین از عقد رهن آنست که مدیون وثیقه‌ای داشته باشد

تـا در صورت عـدم تـأدیه طلب، بتوانـد از ثمن فروش مال مرهون استیفاء طلب خود را بنمایـد و بـدین جهت طبق مادهٔ «۷۷۸» ق. م: «اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است» ظاهر ماده آنست که شرط مزبور بتنهائی باطل است و

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۰

نظری ببطلان عقد ندارد و حال آنکه شـرط مزبور خلاف مقتضای عقد رهن میباشد و شرط خلاف مقتضا، طبق شق اول مادهٔ «۲۳۳» ق. م. باطل و موجب بطلان عقد نیز میباشد.

زیرا نتیجهٔ شـرط مزبور آن خواهـد بود که عقد رهن اثر وثیقه را که تضـمین حق طلب کار است نداشـته باشد، بنابراین ماده را باید حمل بر بطلان عقد نمود اگر چه از حیث عبارت نارسا میباشد.

۹– طبق مادۀ «۷۷۷» ق. م: «در ضمن عقد رهن یا بموجب عقد علی‌حده ممکن است راهن، مرتهن را وکیل کند

اشاره

که اگر در موعد مقرر راهن قرض خود را ادا ننمود، مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند و نیز ممکن است قرار دهد وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است که وکالت بشخص ثالث داده شود».
مادۀ مزبور چند موضوع را که ذیلا بیان میشود متذکر شده است:

الف– وکالت دادن راهن بمرتهن در استیفای طلب خود–

چنانکه گذشت هرگاه راهن در موعد مقرر دین خود را ادا ننماید، مرتهن میتواند از ثمن فروش عین مرهونه استیفاء طلب خود را بنماید. فروش باید بوسیلۀ راهن بعمل آید، زیرا راهن مالک عین مرهونه است و بمرتهن بیش از حق وثیقه نداده است و طبیعت عقد رهن هم مستلزم حق فروش برای مرتهن نمیباشد. چنانچه راهن از تأدیۀ دین خود یا فروش عین مرهونه امتناع بنماید، بوسیلۀ مقامات صالحه اجبار بفروش میشود. برای جلوگیری از تعلل و مسامحه راهن در فروش عین مرهونه، مرتهن، میتواند بوسیلۀ گرفتن وکالت از راهن اقدام باستیفاء طلب خود بنماید.

ب– مورد وکالت–

اشاره

مورد وکالتی که راهن بمرتهن میدهد ممکن است یکی از دو امر باشد:

اول– استیفاء طلب از عین مرهونه–

در صورت مزبور مرتهن بسمت وکالت میتواند عین مرهونه را بقیمت عادله تقویم نموده و بمقدار طلب از عین مزبور
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۱
بخود انتقال دهد، چنانکه هرگاه مورد رهن خانه است که دویست هزار ریال برهن گذارده شده و یک میلیون ریال تقویم شود، مرتهن بمقدار یک خمس آن را مورد معامله قرار میدهد. در عقد مزبور مرتهن بسمت وکالت از طرف راهن با خود معامله مینماید.

دوم– استیفاء طلب از قیمت عین مرهونه–

در صورت مزبور مرتهن بسمت وکالت عین مرهونه را میفروشد و ثمن را دریافت و از آن استیفاء طلب خود را مینماید. در فروش مال مزبور مرتهن باید صرفه و صلاح راهن را در نظر بگیرد. از نظر تحلیل حقوقی استیفاء طلب مرتهن از ثمن بیکی از دو نحو ممکن خواهد بود: یکی آنکه پس از انتقال مال مرهون از طرف مرتهن، ثمنی که حاصل میشود بجای مبیع بصورت رهن بتصرف مرتهن در می‌آید و سپس مرتهن بوسیلۀ اذن ضمنی بمقدار طلب خود از آن تملک میکند.
و دیگر آنکه مرتهن بمقدار طلب خود از ثمن بعنوان استیفاء طلب از مشتری اخذ میکند و چنانچه زائدی داشته باشد بعنوان وکالت از طرف راهن میگیرد تا باو رد نماید. هر یک از دو صورت دارای احکام مخصوص بخود است.

ج– شرط وکالت برای مرتهن در فروش مال مرهون–

اشاره

شرط وکالت برای مرتهن در فروش عین مرهونه، خواه در ضمن عقد رهن باشد یا ضمن عقد لازم دیگری بدو صورت فرض می‌شود:

یک- بصورت شرط فعل-

باین معنی که در ضمن عقد رهن یا عقد لازم دیگری، بر راهن شرط می‌شود که بوسیلهٔ عقد مستقلی مرتهن را از طرف خود وکیل در فروش عین مرهونه بنماید که چنانچه در سر موعد راهن دین خود را ایفاء ننمود، مرتهن بتواند عین مرهونه را بفروشد. در این صورت پس از انعقاد رهن راهن باید مرتهن را از طرف خود وکیل بنماید. و چنانچه امتناع کند طبق مادهٔ «۲۳۷» و «۲۳۸» ق. م. رفتار میشود.

دو- بصورت شرط نتیجه-

باین معنی که ضمن عقد رهن یا عقد لازم دیگری شرط شود، مرتهن وکیل از طرف راهن باشد که چنانچه در سر موعد دین مرتهن تأدیه نگردید او بتواند عین مرهونه را بفروش رساند. در این صورت وکالت مرتهن بنفس
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۲
اشتراط بدون احتیاج بایجاب و قبول جداگانه‌ای واقع میشود.

علاوه بر دو صورت مذکوره فوق مرتهن بدو وسیلهٔ دیگر میتواند اختیار فروش عین مرهونه را بدست آورد:

اول- ضمن عقد شرط شود که مرتهن اذن در فروش مال مرهون داشته باشد-

اذن، وکالت نیست زیرا وکالت عقد مخصوصی است که مبتنی بر اذن میباشد. فرض مزبور در موردیست که اذن بصورت شرط نتیجه در عقد قرار داده شود. بدین نحو که ضمن عقد رهن یا عقد لازم دیگری شرط شود که مرتهن اذن داشته باشد هرگاه راهن در سر موعد دین خود را نپرداخت مرتهن بتواند از فروش عین مرهونه استیفاء طلب خود را بنماید.

دوم- شرط شود که مرتهن استیلا و ولایت در فروش مال مرهون داشته باشد-

شرط نمودن استیلا و ولایت مرتهن در فروش مال مرهون در ضمن عقد، خواه رهن باشد یا عقد لازم دیگری، ایجاد حق فروش برای مرتهن مینماید، و در اثر آن مرتهن میتواند بدون آنکه قصد نمایندگی از طرف راهن داشته باشد اقدام بفروش مال مرهون بنماید. چنانچه اشکال شود که کسی نمیتواند نسبت بامور خود بدیگری ولایت بدهد و او را مستولی بر خود گرداند و لو آنکه در ضمن عقد لازم باشد، مانند آنکه کسی بدیگری ولایت دهد که زنانش را طلاق گوید و یا هر کسی را بخواهد برای او نکاح کند و یا آنکه آنگونه که مایل باشد در اموالش تصرف بنماید، زیرا این امر ملازمه با سلب حق اجرای قسمتی از حقوق مدنی خواهد داشت و طبق مادهٔ «۹۵۹» ق. م.
«هیچ‌کس نمیتواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام و یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». در پاسخ گفته میشود: در اثر انعقاد رهن برای مرتهن حق عینی در مال مرهون بوجود می‌آید که در صورت عدم تأدیه دین راهن، مرتهن بتواند از فروش مال مزبور استیفاء طلب خود را بنماید و در نتیجهٔ این امر سلطنت مالکانه راهن بر عین مرهونه ضعیف میگردد. بنابراین دادن ولایت در فروش عین مرهونه بمرتهن باعتبار حق وثیقه ایست که او دارا میباشد، علاوه بر آنکه ماده ناظر بموردیست که بطور کلی حق

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۳
اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی سلب گردد و در فرض بالا سلب حق در مورد خاص میباشد و آن از موارد مادهٔ «۹۵۹» نخواهد بود و با توجه بمادهٔ «۱۰» ق. م. و مواد مربوطه بشروط ضمن عقد در صحت آن اشکالی بنظر نمیرسد.

د- میتوان وکالت در فروش عین مرهونه را پس از فوت مرتهن با ورثه او قرار داد-

اشاره

برای توضیح این امر باید قبلا متذکر بود وکالتی که راهن بمرتهن در فروش عین مرهونه میدهد، چنانچه عقد مستقل باشد هر زمان راهن بخواهد میتواند مرتهن را عزل نماید زیرا وکالت عقد جائز است مگر آنکه طبق مادهٔ «۶۷۹» ق. م.
وکالت وکیل یا عدم عزل او در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. مادهٔ مزبور ناظر بموردیست که شرط وکالت بصورت شرط نتیجه قرار داده شود ولی بنظر میرسد که چنانچه عقد وکالت در اثر شرط فعل مندرج ضمن عقد لازم بوجود آید نیز غیر قابل انحلال میباشد، زیرا منظور طرفین عقد، از قرار دادن وکالت بصورت شرط فعل ضمن عقد لازم، بوجود آوردن عقد وکالتی میباشد که مشروط علیه نتواند آن را منحل سازد و الا موجبی ندارد که وکالت بصورت شرط فعل قرار داده شود.
در صورتی که وکالت بصورت شرط نتیجه ضمن عقد لازمی قرار گیرد، از نظر لزوم وفاء بشرط، عزل وکیل بدون اثر است، ولی بفوت و همچنین بجنون هر یک از طرفین عقد، وکالت مزبور مرتفع میشود، زیرا طبق مادهٔ «۶۷۹» ق. م. اثر وکالتی که بصورت شرط ضمن عقد لازم قرار داده میشود فقط آنست که موکل نمیتواند هر وقت بخواهد وکیل خود را عزل بنماید و قانون مدنی احکام دیگر عقد جائز را الغاء ننموده است. بنابراین عقد جائزی که ضمن عقد لازم قرار داده میشود در سائر احکام تابع عقد جائز خواهد بود. از نظر تحلیل عقلی: انحلال عقد وکالت بسبب فوت بجهت آن است که بقای نمایندگی فرع بر وجود نائب و منوب عنه است و بفوت هر یک از آن دو عنوان مزبور زایل میشود و بقای وکالت معقول نخواهد بود، اما انحلال عقد وکالت بسبب جنون از نظر آنست که انجام امری بعنوان نمایندگی فرع بر توانائی موکل بانجام آن
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۴
امر میباشد. اما انحلال وکالت بسبب جنون بجهت آنست که با جنون موکل حق استیفاء از او سلب میگردد و وکیل دیگر نمیتواند بنمایندگی از او عملی انجام دهد و چنانچه وکیل دچار جنون شود چون قانون برای اعمال دماغی و عبارات مجنون اعتباری نشناخته است عقد وکالت بجنون او نیز منحل میگردد. و همچنین است اذن در تصرف، زیرا بقاء اذن مانند بقاء وکالت منوط بوجود و عقل اذن دهنده و مأذون میباشد و پس از فوت یا جنون اذن دهنده تصرف از قبل او معنی ندارد همچنانی که بفوت و جنون مأذون سمت او زایل میگردد. بنابراین قرار دادن عقد جائز وکالت و همچنین اذن در ضمن عقد لازم آن را من جمیع الجهات در حکم لازم نمیگرداند و بفوت وکیل منحل میشود و بورثهٔ او منتقل نمیشود.

وکالت ورثهٔ مرتهن در فروش عین مرهونه پس از فوت او بدو صورت فرض می‌شود:

فرض اول- همچنانکه وکالت مرتهن ضمن عقد لازم شرط میشود، وکالت ورثهٔ او بطور کلی نیز شرط گردد

که پس از فوت مورث بتوانند عین مرهونه را برای استیفای طلب خود بفروشند. فرض مزبور مواجه با اشکالات زیر است:
اولًا ممکن است ورثه در حین وکالت موجود نباشند. ثانیا ممکن است ورثه در آن زمان اهلیت وکالت را دارا نباشند. ثالثا ورثه در حین وکالت معلوم نیستند زیرا ممکن است بعض از آنان قبل از دیگری بمیرد و کسی که تصور وارث بودن او میرفت مورث گردد. بنابراین نمیتوان ورثه را بطور کلی وکیل قرارداد ولی میتوان افراد معینی را که احتمال داده میشود وارث مرتهن شوند وکیل در

فروش نمود. گمان نمیرود منظور فقهای امامیه از بیان این فرع و همچنین قانون مـدنی در مادهٔ «۷۷۷» که پیروی از آنان نموده است، فرض مزبور باشد، علاوه بر آنکه اینگونه شرط وکالت برای وارث معین مقصود مرتهن را تأمین نمیکند.

فرض دوم- مقصود از دادن وکالت بمرتهن در فروش عین مرهونه ضمن عقد لازم، جعل ولایت در فروش برای مرتهن میباشد.

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۵

ولایت در فروش در اثر فوت مرتهن بورثه او منتقل میگردد و احتیاج بشرط انتقال بورثه ندارد، مگر اینکه گفته شود هرگاه در ضمن عقد رهن یا عقد لازم دیگری وکالت فقط برای شخص مرتهن شرط شود، منظور طرفین عقد نمایندگی و استنابه است و هرگاه انتقال آن بورثه مرتهن نیز شرط بشود، از وکالت اراده ولایت شده و ایجاد حق برای مرتهن مینماید، و حق مزبور پس از فوت او بورثه منتقل میشود و شرط انتقال بورثه قرینه بر آن است که راهن و مرتهن از وکالت قصد ولایت داشته‌اند، زیرا وکالت قابل انتقال بورثه نمیباشد.

تبصره

چنانکه مکرر گفته شد در صورتی که وکالت در فروش برای مرتهن ضمن عقد رهن شرط شود، وکالت مزبور بفوت راهن منحل میشود همچنانی که بفوت مرتهن مرتفع میگردد، زیرا عقد جائز طبق مادهٔ «۹۵۴» ق. م. بفوت و جنون یکی از طرفین منحل میشود اگر چه بصورت شرط ضمن عقد لازم قرار گرفته باشد. برای آنکه پس از فوت راهن، مرتهن بتواند رد صورت عدم ایفاء دین، عین مرهونه را بفروشد بوصایت مرتهن از طرف راهن متوسل شده‌اند، بدین ترتیب که ضمن عقد رهن شرط شود که مرتهن در زمان حیات راهن وکیل و پس از فوت، وصی او باشد که طلب خود را از عین مرهونه و یا از قیمت آن استیفاء بنماید. در این صورت مرتهن در مدت حیات راهن بسمت وکالت و پس از فوت او بعنوان وصایت، میتواند از عین یا قیمت عین مرهونه استیفاء طلب کند. بنابر آنچه گذشت که راهن میتواند بوسیلهٔ دادن استیلا و ولایت در فروش بمرتهن برای او ایجاد حق فروش عین مرهونه را بنماید، احتیاجی بوصی قرار دادن مرتهن پس از فوت راهن نیست، زیرا هرگاه چنین حقی از طرف راهن بمرتهن داده شود حق مزبور راهن زایل نمیگردد و نسبت بورثه او مانند تعهدات دیگر لازم الاتباع خواهد بود.

ه- شرط وکالت برای ورثهٔ شخص ثالث-

چنانکه میتوان ضمن عقد رهن و یا عقد لازم دیگری، شرط وکالت برای مرتهن در فروش عین مرهونه نمود و وکالت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۶

مزبور را بعد از فوت مرتهن برای ورثه او قرار داد، میتوان شرط وکالت در فروش عین مرهونه برای شخص ثالث کرد که بعد از فوت هم برای ورثهٔ او باشد. اشکال در شرط وکالت برای ورثه شخص ثالث همان است که در شرط وکالت برای ورثهٔ مرتهن میباشد که شرح آن گذشت.

و- شرط ودیعه بودن عین مرهونه-

اشاره

طرفین عقـد رهن میتواننـد ضـمن عقد لازم شـرط نمایند که عین مرهونه مادامی‌که دین مرتهن تأدیه نشده است نزد شـخص ثالث و بعد از فوت او در دست ورثه‌اش ودیعه باشد. شرط انتقال ودیعه از شخص ثالث بورثه او با جائز بودن عقد ودیعه، مانند شرط انتقال وکالت از مرتهن بورثه او میباشد که اشکال آن در بالا بیان گردید.

تذکرهٔ ۱

در صورتی که در عقد رهن شرط وکالت در فروش برای مرتهن شده باشد و مال مرهون بوسیلهٔ راهن یا مرتهن یا شخص ثالث تلف شود، بدلی که متلف میدهد طبق مادهٔ «۷۹۱» ق. م. اگر چه در حکم مال تالف در رهن خواهد بود ولی طبق صریح مادهٔ «۷۹۲» ق. م.: «وکـالت مـذکور در مادهٔ «۷۷۷» شامـل بـدل مزبور در مـادهٔ فوق نخواهـد بود». بنـابراین هرگـاه بـدلی که در عوض مال مرهون، بمرتهن داده میشود از غیر جنس طلب مرتهن باشـد و در موعـد مقرر راهن بـدهی خود را نپردازد. مرتهن نمیتواند در حدود وکالت بـدل مزبور راماننـد اصل مال مرهون وکالـهٔ بفروش برسانـد و از قیمت آن استیفای طلب خود را بنماید، زیرا مورد وکالت، بیع عین مرهونه بوده است و بدل آن خارج از مورد وکالت میباشد.

تذکرهٔ ۲

نمیتوان ضمن عقد رهن شرط نمود که هرگاه دائن دین خود را در موعد مقرر نپرداخت مال مرهون متعلق بمرتهن باشد. در صورتی که چنین شـرطی بشود رهن مزبور باطل است. در این امر فرقی نمینمایـد که در عقـد تصـریح شود عین مرهونه بجای طلب از راهن، متعلق بمرتهن باشد یا بعنوان بیع یا موهوب و یا آنکه قیدی نشود، زیرا اولا شرط مزبور منافات با استیفاء طلب از رهن دارد که مبنای فلسفهٔ وضع و تأسیس عقد رهن است. ثانیاً مالك شدن مرتهن در صورت عدم پرداخت دین محتاج بسبب مملك است

و فرض آنست که سببی در زمان تملك پیـدا نشده است. ثالثاً برای رهن مدت قرار داده شده است و توقیت بر خلاف فلسـفهٔ وثیقه بودن عین مرهونه میباشد.

فرضـی که میتوان برای صـحت شـرط مزبور نمود. تعلیق مـالکیت مرتهن بر عـدم تأدیـهٔ دین میباشـد و چنانچه تعلیق در عقـد موجب بطلان آن شـناخته نشود شرط و عقد رهن صحیح خواهند بود و اشکالاتی که در بالا بآن اشاره شد هیچیک وارد نمیباشد، زیرا اولا شرط مزبور منافات با فلسـفهٔ تأسیس رهن که تضمین دین است ندارد چون در اثر عدم تأدیهٔ دین، مرتهن مالك عین مرهونه میشود. ثانیاً سـبب مملك ضـمن عقـد رهن موجود شـده است و احتیاج به پیـدایش مجدد در زمان تملیك ندارد. ثالثاً توقیت بنحوی که در صورت عـدم تأدیـهٔ، مال مرهون بملکیت مرتهن درآیـد منافات با فلسـفهٔ تأسـیس رهن نـدارد، زیرا اطمینان طلبکار به رسـیدن بطلب خود بـدین نحو بیشتر جلب میشود. ولی فقهای امامیه اختلافی در بطلان عقد مزبور ندارند و بعضـی از آنان هم دعوی اجماع بر این امر نموده‌اند و بعضی علت آن را چنین گفته‌اند که بیع بعلت تعلیق و رهن از جهت توقیت باطل میباشد.

۱۰- مادهٔ «۷۷۹» ق. م. «هرگاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و راهن هم برای فروش آن و اداء دین حاضر نگردد،

مرتهن بحاکم رجوع مینماید تا اجبار ببیع یا اداء دین بنحو دیگر بکند».

چنانچه مـدیون از اجراء حکم امتناع بنماید و اجبار او ممکن نشود بوسـیله مقامات صالحه ملك مزبور بفروش رفته و طلب مرتهن از آن تأدیه میشود.

در صورتی که مال مورد رهن قابل تجزیه باشد و با فروش قسـمتی از آن بتوان دین را تأدیه نمود، بفروش همان قسمت اکتفا میشود

مگر آنکه تجزیه موجب ضرر راهن باشد و یا آنکه خریدار دریافت نشود. مرتهن خود میتواند مانند خریداران دیگر در خرید شرکت کند زیرا مرتهن بودن مانع از اعمال حقوق مدنی نمیشود.

اختصاص فروش از بین معاملات دیگر در مورد بالا برای آنست که فروش

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۸

متداولترین عقد معوض میباشد و الا حاکم میتواند بهر یک از عقود که صلاح طرفین عقد رهن باشد، عین مرهونه را واگذار کند و از آنچه بدست می‌آید مرتهن استیفاء حق خود را بنماید.

۱۱- مادهٔ «۷۸۰» ق. م. «برای استیفاء طلب خود از قیمت رهن مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت».

زیرا حق عینی که مرتهن در مال مرهون دارد ایجاب این امر را مینماید و طلبکاران دیگر نمیتوانند تجاوز بحق او بنمایند و حتی در صورت ورشکستگی و افلاس راهن، مرتهن از طلبکاران ممتازه شناخته میشود.

در صورتی که مال مرهون بقیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود طبق مادهٔ «۷۸۱» ق. م. مازاد مال مالک آنست و اگر بر عکس، حاصل فروش کمتر از دین باشد مرتهن برای نقیصه براهن رجوع میکند. و هرگاه راهن ورشکسته یا مفلس باشد، مرتهن نسبت بآن مقدار طبق مادهٔ «۷۸۲» ق. م. با غرما، شریک میشود، زیرا آن مقدار از دین که باقی مانده بدون وثیقه میباشد و مرتهن مانند طلبکاران عادی خواهد بود.

تکالیف و حقوق راهن

۱- طبق مادهٔ «۷۹۳» ق. م.: «راهن نمیتواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر باذن مرتهن». فرقی نمینماید که تصرف راهن در عین مرهونه عملیات حقوقی باشد مانند انتقال عین یا منفعت، یا تصرف مادی باشد مانند تخریب بناء خانه یا قطع اشجار باغ، هرگاه خانه یا باغ مورد رهن باشد، زیرا در اثر رهن، عین مرهونه وثیقه دین راهن قرار میگیرد تا چنانچه راهن دین خود را در موعد مقرر تأدیه ننماید مرتهن بتواند فروش آن را بخواهد و از ثمن فروش استیفاء طلب کند. بنابراین راهن نمیتواند تصرفاتی بنماید که موجب تلف موضوع رهن گردد یا منقصتی در آن پیدا شود که بفروش نرود یا رغبت خریداران بآن کم شود، زیرا اینگونه تصرفات منافات با مقصودی دارد که عقد رهن برای بدست آوردن آن منعقد شده است، ولی تصرفاتی که موجب تلف و کمی رغبت خریداران نمیشود از طرف راهن مانعی نخواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۶۹

داشت و اجازهٔ مرتهن را لازم ندارد. این است که مادهٔ «۷۹۴» ق. م. میگوید: «راهن میتواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد بعمل آورد بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند. در صورت منع، اجازه با حاکم است».

چنانکه از مادهٔ بالا فهمیده میشود، راهن میتواند هرگونه تصرفی که منافی با حق مرتهن نباشد در عین مرهونه بنماید، خواه آنکه برای عین مرهونه نافع نباشد چنانکه راهن رنگ اطاقها و یا شکل حوض و نقشه گل‌کاری خانهٔ مورد رهن را تغییر دهد و خواه آنکه برای عین مرهونه نافع باشد، مانند تعمیرات لازمه برای بقاء عین مرهونه، و یا تغییراتی که موجب مرغوبیت مورد رهن میشود و خریدار بیشتر پیدا مینماید و یا بر ارزش آن می‌افزاید، چنانکه مورد رهن زمین بائر باشد و راهن آن را شخم بزند و کود بپاشد و کشت کند و اگر باغ است درختان خشک آن را ببرد و نهال جوان بکارد، زیرا هیچیک از امور مزبوره موجب ضرر مرتهن نمیشود و او مستحق طلب خود میباشد که در صورت تاخیر در پرداخت میتواند از ثمن فروش عین مرهونه استیفاء طلب بنماید و این امور

تاثیر در فروش و ارزش عین مرهونه نمینماید، همچنین است تصرفاتی که از اقسام سند قضائی بشمار میرود. بنابراین چنانچه تصرف راهن منافات با حق مرتهن داشته باشد راهن ممنوع از آن خواهد بود، مثلا راهن نمیتواند عین مرهونه را بدون حفظ حق مرتهن بفروشد و یا صلح و هبه کند ولی میتواند عین مرهونه را با قید آنکه در رهن دیگری است بسببی از اسباب بشخص ثالث واگذار نماید، زیرا انتقال مزبور به هیچوجه بحق مرتهن ضرری وارد نمیآورد و مانند آنست که ملك شخص ثالث نزد دائن رهن باشد. و همچنین راهن میتواند از عین مرهونه بطور متعارف استیفاء منافع بنماید، زیرا منافع داخل در رهن نمیباشد و مالك میتواند هرگونه تصرفی در آن بنماید، چنانکه خانه را برای چند ماه باجاره واگذار کند و یا خود در آن سکونت بنماید، ولی نمیتواند آن را باجارهٔ طولانی که از ارزش عین میکاهد واگذار نماید.

بعضی از فقهای امامیه بر آنند که مقصود از رهن، وثیقه بودن مال در مقابل دین

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۰

میباشد و مقصود مزبور بدون آنکه مالك از کلیه تصرفات و اعمال سلطنت مالکانه ممنوع گردد، تأمین نخواهد شد اگر چه تصرفی باشد که موجب ضرر مرتهن نشود مانند سوار شدن اسب و یا سکونت خانه و لو برای چند روز، زیرا در اثر اینگونه تضییقها مدیون ملزم بپرداخت دین خود میگردد. و الا هرگاه راهن بتواند انواع استفاده را از مورد رهن کند، دیگر سعی و کوشش برای ایفاء دین خود نمینماید. عده‌ای از فقهای امامیه تصرفات راهن را در مواردی که نفع آن عاید راهن گردد اجازه داده و تصرفات دیگر او را ممنوع دانسته‌اند، بنابراین راهن میتواند اسب مورد رهن را سوار شود و در خانه سکونت نماید، ولی نمیتواند آن را باجاره واگذار کند و یا عاریه دهد.

فقهای اهل سنت و بعضی از فقهای امامیه راهن را فقط از تصرفاتی که منافی حق مرتهن باشد منع نموده‌اند و قانون مدنی از نظریهٔ مزبور پیروی کرده است.

در صورتی که راهن بدون اجازهٔ مرتهن معامله‌ای بنماید که منافات با حق او داشته باشد مانند آنکه راهن عین مرهونه را بدون قید حق مرتهن بنحوی از انحاء بغیر انتقال دهد، از قبیل فروش، صلح و یا مجدداً رهن گذارد، صحت آن منوط باجازهٔ مرتهن است، زیرا معاملات مزبوره اگر چه از ناحیهٔ مالك میباشد ولی چون مورد آن، متعلق حق غیر است و در انتقال رعایت حق او نشده در حکم فضولی و غیر نافذ است، چنانکه در معامله بقصد فرار از دین گذشت (مادهٔ «۲۱۸» ق. م.). در صورتی که مرتهن معاملهٔ مزبوره را اجازه ندهد ورد کند، باطل و کان لم یکن خواهد بود و چنانچه اجازه دهد کاشف از تحقق معامله از زمان عقد میباشد، و از نظر تنافی که معاملهٔ مزبوره با عقد رهن دارد، رهن فك میشود و هرگاه معامله‌ای که بر عین مرهونه واقع شده معوض باشد اگر عوضی که بدست آمده پول است بجای آن در رهن قرار نمیگیرد، زیرا ظاهر در انتقال مال مرهون در مقابل پول آنست که راهن بقصد استفاده از عوض آن را واگذار نموده، مگر آنکه بر خلاف آن مقرر شده باشد. و اگر عوض، مال دیگری غیر از پول باشد مانند آنکه خانه مورد رهن را با باغچه‌ای در ییلاق معاوضه و یا صلح کند، ظاهر آن است که مال مزبور مورد رهن قرار میگیرد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۱

مگر آنکه بر خلاف آن مقرر شده باشد. میتوان گفت که در فرض مزبور مانند فرض قبل عوض در رهن واقع نمیشود، زیرا مورد عقد رهن، عین معوض بوده که مورد انتقال قرار گرفته و با زوال رهن موجبی برای رهن قرار گرفتن عوض موجود نشده است. در صورتی که راهن معامله‌ای بنماید که منافی با حق مرتهن باشد و قبل از رد یا اجازه از طرف مرتهن رهن فك شود، بنابر مستنبط از روح مواد مربوط بمعاملهٔ فضولی، آن معامله نافذ است، زیرا انتقال از طرف مالك با توجه بمالکیت خود بعمل آمده است و نمیتوان باستناد ملاك مواد «۲۵۴» و «۲۵۵» ق. م. معاملهٔ مزبور را محتاج باجازهٔ مجدد مالك دانست.

تکالیف و حقوق مرتهن

۱- طبق مادهٔ «۷۸۹» ق. م: «رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود مگر در صورت تقصیر».

در اثر رهن عین مرهونه متعلق حق مرتهن قرار میگیرد، ولی عین آن در ملکیت راهن باقی است و بدین جهت مال مرهون پس از قبض مرتهن مادامی که در تصرف او است امانت مالکانه میباشد. و چنانکه گذشت کسی که مال غیر را در امانت مالکانه خود دارد مسئول تلف و یا نقص آن نمیباشد مگر در صورتی که تقصیر (تعدی یا تفریط) نموده باشد.

مال مرهون پس از فک رهن در ید مرتهن بصورت امانت مالکانه باقی میماند تا بمالک و یا قائم مقام اورد شود، زیرا در اثر قبض دادن مال مرهون بمرتهن، امانت مالکانه پیدایش می‌یابد و در اثر فک رهن، حق وثیقه زایل میگردد ولی اذن در تصرف که ملاک امانت مالکانه است باقی خواهد ماند. این است که مادهٔ «۷۹۰» ق. م. میگوید:

«بعد از برائت ذمه مدیون رهن در ید مرتهن امانت است لیکن اگر با وجود مطالبه آن را رد ننماید ضامن آن خواهد بود اگر چه تقصیر نکرده باشد» خواه آنکه مرتهن امتناع از رد آن بنماید و یا آنکه منکر وجود آن نزد خود شود، زیرا طبق مادهٔ «۳۱۰» ق. م.: «اگر کسی که مالی بعاریه یا بودیعه و امثال آنها در دست او است منکر گردد، از تاریخ

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۲

انکار در حکم غاصب است». و غاصب طبق صریح مادهٔ «۳۱۱» ق. م. باید عین مال را بصاحب آن رد کند و اگر تلف شده باشد مثل یا قیمت آن را بدهد.

۲- منافع عین مرهونه متعلق براهن است و بدین جهت مرتهن نمیتواند بدون اجازهٔ راهن از عین مرهونه منتفع شود،

چنانکه هرگاه خانه است سکونت نماید و اگر اتومبیل است سوار شود. در صورتی که مرتهن بدون اجازهٔ راهن از آن منتفع گردد در حکم غاصب میباشد و علاوه بر آنکه ضامن عین است باید اجرت المثل آن را براهن بپردازد.

۳- مرتهن میتواند طلب خود را از راهن بنحوی از انحاء بدیگری انتقال دهد، در این صورت رهن بحال خود باقی میماند،

زیرا رهن از تضمینات متعلق بدین میباشد و در اثر انتقال، دین زائل نمیشود، بنابراین منتقل الیه میتواند از حق رهن استفاده نموده و از ثمن عین مرهونه مانند ناقل استیفاء طلب بنماید.

۴- در صورتی که مرتهن عین مرهونه را بفروشد معامله فضولی است زیرا انتقال مال غیر میباشد و راهن میتواند آن را قبول یا رد نماید

اشاره

و در صورتی که آن را اجازه دهد ثمن بجای مبیع در رهن خواهد ماند و هیچ‌یک از راهن و مرتهن نمیتواند در آن تصرف بنماید، زیرا ظاهر فروش عین مرهونه از طرف مرتهن و اجازهٔ راهن، توافق در تبدیل مورد رهن میباشد مگر آنکه طرفین قرار دیگری بگذارند. پس از انقضاء مدت دین، مرتهن بدون اجازهٔ راهن، نمیتواند از ثمن استیفاء طلب خود را بنماید اگر چه ثمن مورد رهن از جنس دین باشد، زیرا دین کلی فی الذمه و ثمن عین خارجی است.

تبصره

راهن میتواند ضمن عقد رهن منافع عین مرهونه را برای مدتی که رهن باقی است مجاناً یا در مقابل عوض بمرتهن منتقل نماید، زیرا

منافع چنانکه مادهٔ «۷۸۶» ق. م.

میگوید: «ثمره رهن و زیادتی ... در صورتی که منفصل باشد، متعلق براهن است مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد». انتقال منافع عین مرهونه بمرتهن در صورتی که مورد رهن خانه، باغ و امثال آن باشد در اصطلاح عرف کنونی، رهن تصرفی گویند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۳

فصل نوزدهم در هبه

اشاره

هبه مصدر وهب و در لغت بمعنی بخشش و تملیک بلا-عوض است و در اصطلاح فقهای امامیه دارای دو معنی میباشد: اعم و اخص.

هبه بمعنی اعم-

اشاره

و آن تملیک مال بدون عوض میباشد. هبه در معنی مزبور مترادف با کلمهٔ عطیه است و شامل هدیه، جایزه، نحله، صدقه و وقف میباشد.

۱- هدیه-

هدیه عبارت از تملیک مالی است از طرف کسی که مقام اجتماعی پائین‌تری دارد بدیگری که مقامش بالاتر از او است بقصد تعظیم و اکرام، چنانکه کشاورزی آهوئی را صید بنماید و نزد مالک قریهٔ خود برده باو تقدیم کند.

۲- جایزه-

و آن عبارت از تملیک مالی است از طرف کسی بدیگری در مقابل عملی که انجام داده است، برای تشویق و جبران زحمات او مانند جایزه نوبل.

۳- نحله-

نحله مرادف با هبه میباشد، بعضی از فقها با استفادهٔ از اخباری چند، آن را تملیک عقار باولاد یا ارحام از نظر محبت و علاقه دانسته‌اند تا آنان بتوانند معاش خود را از آن عقار تأمین نمایند.

۴- صدقه-

و آن عبارت از تملیک مال است بفقراء بقصد تقرب بخداوند.

۵- وقف-

چنانکه در جلد اول گذشت عبارت از حبس عین و تسبیل منفعت است.

هبه بمعنی اخص–

چنانکه مادهٔ «۷۹۵» ق. م. میگوید: «هبه عقدیست که بموجب آن یک نفر مالی را مجاناً بکس دیگری تملیک میکند. تملیک‌کننده را واهب، طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه میگویند».
حقوقیین اسلام بهبه نحله و عطیه نیز گفته‌اند (نحله بکسر نون اسم برای عطیه است و مصدر آن نحل بضم نون است).
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۴
هبه یکی از عقود معینه میباشد و علاوه بر شرایط اساسی برای صحت معامله مذکور در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. ببعد، دارای شرایط مخصوصی است که با اجتماع آنها عقد هبه محقق میگردد. عقد هبه مانند عقود دیگر طبق مادهٔ «۱۹۱» ق. م. بوسیلهٔ توافق قصد و رضای طرفین بشرط مقرون بودن آن بچیزی که دلالت بر قصد انشاء بنماید محقق میگردد.
عقد مزبور بوسیلهٔ ایجاب از طرف واهب و قبول از طرف متهب واقع میشود. و طبق مادهٔ «۱۹۳» ق. م. که میگوید: «انشاء معامله ممکن است بوسیلهٔ عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد ...» عقد هبه ممکن است بوسیله دادوستد محقق شود که آن را هبه معاطاتی گویند. چنانچه طرفین عقد هبه بخواهند نسبت بآن تنظیم سند نمایند طبق مادهٔ «۴۷» ق. م. ثبت در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند هبه‌نامه باید در دفتر اسناد رسمی ثبت شود و طبق مادهٔ «۴۸» قانون مزبور هبه نامه‌ای که بثبت نرسیده باشد در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.
اقسام دیگر هبه از جایزه و هدیه نیز احتیاج بایجاب و قبول دارد اگر چه فعلی باشد، زیرا آنها مانند هبه بمعنی خاص، موجب تملیک میشود و تملیک بوسیلهٔ عقد بعمل می‌آید.

تنجیز–

فقهای امامیه تنجیز را یکی از شرایط صحت عقد هبه شمرده‌اند ولی از نظر حقوق مدنی با توجه بآنچه در فصل اقسام عقود در عقد معلق در جلد اول بیان گردید، نمیتوان هبهٔ معلق را باطل دانست، زیرا عقد معلق قابل تصور میباشد و منطق سادهٔ اجتماع آن را در عمل پذیرفته است و ماده‌ای در قانون که آن را باطل بداند موجود نیست.
بنابراین طبق اطلاق مادهٔ «۱۰» ق. م. هبه معلق صحیح شناخته میشود.

مجانی–

مقصود واهب همیشه از هبه نمودن مالی بکسی آنست که متهب با دارا شدن عین موهوبه ملی شود، چنانکه دیده میشود پدری که خانه‌ای را به پسر خود میبخشد مقصودش آنست که پسر دارای خانه شود و از آن منتفع گردد، و این امر اقتضا دارد که هبه مجانی باشد یعنی واهب از متهب عوضی نگیرد. اینست که مادهٔ «۷۹۵»
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۵
ق. م. مجانی بودن را در تعریف هبه قید نموده است و حقوق‌دانان خارجی دارا نمودن متهب را علت هبه دانسته‌اند (رجوع شود به علت در شرائط اساسی برای صحت معامله در جلد اول).

ایراد میشود که هرگاه شرط صحت هبه مجانی بودن است، هبهٔ معوض از اقسام هبه اصطلاحی بشمار نمیرود و مشمول مادهٔ «۷۹۵» نمیگردد. در پاسخ ایراد مزبور گفته شده که هبه معوض نیز مجانی است زیرا عوضی که در آن قرار داده میشود در مقابل مال موهوب نیست بلکه عوض، مورد شرط در تملیک مجانی میباشد. پس در حقیقت هبه معوض مرکب از دو هبه مجانی میباشد که یکی در مقابل دیگری قرار گرفته است نه آنکه عوض در مقابل مال موهوب واقع شود و عقد مزبور در ردیف عقود معوضه از قبیل بیع و اجاره در آید. پاسخ بالا ـ اگر چه توانسته با گفتار خود بنمایاند که شرط در ضمن عقد هبه بصورت عوض در مقابل مال موهوب قرار نگرفته است، ولی عقد هبهٔ که عوض در آن قرار داده شده باشد نمیتوان عرفاً مجانی دانست. آنچه بنظر میرسد آنست که منظور ماده از مجانی بودن عقد هبه یک طرفی بودن و باصطلاح غیر معوض بودن آن است، یعنی طبیعتاً عقد هبه دارای یک مورد میباشد که از طرف واهب بمتهب تملیک میگردد و مانند عقود معوضه احتیاج به داشتن دو مورد ندارد. و این امر منافات ندارد که بتوافق طرفین شرطی بنفع واهب در عقد هبه درج گردد، چنانکه در عاریه این امر گذشت. این ستکه مادهٔ «۸۰۱» ق. م. میگوید: «هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب میتواند شرط کند که متهب مالی باو هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد».

قبض –

قبض دادن عین موهوبه بمتهب شرط تحقق هبه میباشد، اینست که مادهٔ «۷۹۸» ق. م. میگوید: «هبه واقع نمیشود مگر با قبول و قبض متهب اعم از اینکه مباشر قبض خود متهب باشد یا وکیل او و قبض بدون اذن واهب اثری ندارد».

قانون مدنی پیروی از قول مشهور فقهای امامیه نموده است که قبض را شرط صحت هبه میدانند و در تذکره و ایضاح دعوی اجماع بر این امر شده است. بنابر قول مزبور در

حقوق مدنی (امامی)، ج ۲، ص: ۳۷۶

اثر عقد هبه بتنهائی، ملکیت برای متهب ایجاد نمیشود بلکه احتیاج بقبض دادن عین موهوبه بمتهب دارد و پس از حصول آن که جزء اخیر علت تامه است هبه محقق میگردد و عین موهوبه از واهب بمتهب منتقل میشود.

بعضی از فقهای امامیه قبض را شرط لزوم هبه میدانند و بر آنند که ملکیت عین موهوبه بوسیله ایجاب و قبول برای متهب حاصل میگردد ولی عقد مزبور جایز است و واهب میتواند مادام که عین موهوبه بقبض متهب داده نشده آن را بر هم زند و پس از قبض، عقد هبه لازم میگردد.

مبنای دو قول دو دسته اخبار میباشد که طرف دار هر یک از دو قول، بجهتی از جهات دسته‌ای را بر دستهٔ دیگر برتری داده و بعضی را تأویل نموده‌اند. نتیجهٔ عملی بحث مزبور در مالکیت منافع و نمائات مدت فاصل بین عقد و قبض میباشد که بنابر قول مشهور متعلق بواهب و بنابر قول دیگر از آن متهب است.

چنانکه مادهٔ «۷۹۸» ق. م. میگوید: «... اعم از اینکه مباشر قبض خود متهب باشد یا وکیل او ...» معلوم میگردد که شخصیت متهب در صحت قبض شرط نیست بلکه ممکن است بوسیلهٔ وکیل یا نماینده او قبض بعمل آید، بنابراین متهب میتواند بدیگری وکالت و نمایندگی دهد که مال موهوب را قبض کند و یا بواهب وکالت دهد که از طرف او آن را قبض نماید.

چنانکه ذیل مادهٔ «۷۹۸» ق. م. میگوید: «.. قبض بدون اذن واهب اثری ندارد» معلوم میگردد که قبض عین موهوبه باید باذن واهب باشد و همچنین است در کلیه عقودی که قبض شرط صحت آن میباشد. مادهٔ بالا در این امر متابعت از قول مشهور فقهای امامیه نموده است. بر این امر در مسالک دعوی عدم وجود خلاف و در جواهر دعوی اجماع شده است، و اصل عدم ترتب اثر بر قبضی است که واهب اجازه نداده باشد و همچنین اصل عدم انتقال عین موهوبه میباشد و در روایات اطلاقی موجود نیست که بتوان بآن

استناد نمود و قبض بدون اذن واهب را مؤثر دانست. از طرف دیگر هبه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۷

بوسیلهٔ قبض عین موهوبه محقق میگردد و قبل از قبض مال متعلق بواهب است و تصرف متهب بدون اجازه واهب ممنوع میباشد بنابراین چنانچه متهب بدون اذن واهب عین موهوبه را قبض بنماید هبه محقق نشده و واهب میتواند استرداد آن را بخواهد و سپس واهب هر زمان بخواهد میتواند آن را بقبض متهب دهد، زیرا اثر عقد بوسیلهٔ قبض غیر قانونی زائل نمیشود و مانند اعمال بلا اثر دیگر است گفته شده علاوه بر آنکه اطلاق در رد امانت موجود است که میتوان باستناد آن قبض بدون اذن واهب را کافی دانست، اصل عدم شرطیت اذن میباشد و قدر متیقن در شرط بودن قبض در صحت عقد هبه، رسیدن مال بدست متهب میباشد و آن حاصل است و آنچه راجع بممنوع بودن قبض بدون اذن واهب است بر فرض ممنوعیت حکم تکلیفی میباشد و اثر وضعی قبض را زائل نمینماید.

باری بنابر قول قانون مدنی که قبض بدون اذن واهب اثری در تحقق هبه نمینماید، بنظر میرسد که اذن در قبض نمودن از طرف واهب باید بقصد قبض مال موهوب باشد و هرگاه مطلق باشد کافی برای تحقق هبه نخواهد بود، همچنانی که هرگاه بقصد امر دیگری غیر از هبه باشد اثری نخواهد داشت چنانکه واهب بقصد امانت یا عاریه اجازه در قبض مال بمتهب بدهد. قول غیر مشهور بر خلاف میگوید مطلق اذن در قبض کافی برای صحت هبه است.

قبض لازم نیست بوسیلهٔ شخص متهب بعمل آید بلکه چنانکه قبلا گذشت ممکن است بوسیلهٔ وکیل و نمایندهٔ او محقق گردد. زیرا قبض از اموری نیست که شخصیت متهب در آن مدخلیت داشته و قائم بشخص متهب باشد بدین جهت طبق مادهٔ «۷۹۹» ق. م «در هبه بصغیر یا مجنون یا سفیه قبض ولی معتبر است» زیرا آنان محجورند و تصرف محجور در اموال خود معتبر نمیباشد.

در صورتی که ولی یا قیم مالی را بمولی علیه خود هبه نماید، ایجاب و قبول از ناحیهٔ آنها گفته میشود و احتیاجی بقبض مجدد ندارد، زیرا مال در ید آنها است و بمنزلهٔ ید

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۸

مولی علیه میباشد و همچنین محتاج بگذشتن زمانی که بتوان در آن زمان قبض نمود نیست، بنظر میرسد که پس از عقد هبه، ولی یا قیم باید قصد قبض از ناحیهٔ مولی علیه را بنمایند تا آنکه آن مال بعنوان موهوبه در دست ولی قرار گیرد، زیرا تصرف تحت عناوین مختلفه‌ای از قبیل غصب، عاریه، ودیعه و امثال آنها محقق میگردد و هر قسمتی از آن دارای اثر و حکم مخصوصی است و برای تغییر قسمی بقسم دیگر محتاج بقصد متصرف است.

طبق مادهٔ «۸۰۶» ق. م. دائن میتواند طلب خود را بمدیون ببخشد، و چون ذمهٔ مدیون اعتبارا در تصرف خود او است احتیاج بقبض نخواهد داشت و مانند آن است که کسی مالی را که در تصرف غیر است باو هبه نماید نتیجه هبه طلب بمدیون ابراء است و بدین جهت طبق مادهٔ «۸۰۶» ق. م. مذکور در بالا: «هرگاه دائن طلب خود را بمدیون ببخشد حق رجوع ندارد». بین حقوقیین اختلاف است که آیا واگذاری طلب بمدیون هبه است یا ابراء؟ بعضی آن را هبه دانسته و بدین جهت قبول مدیون را شرط میدانند، زیرا هبه عقد است و عقد بوسیله ایجاب و قبول محقق میشود و عده‌ای دیگر آن را ابراء دانسته و به همین نظر است که مشهور فقهای امامیه بر آنند که در صحت هبهٔ طلب بمدیون قبول او لازم نیست، بنظر میرسد که بین هبهٔ طلب بمدیون و ابراء باید فرق گذارد اگر چه نتیجهٔ خارجی آن دو یکی و آن اسقاط دین میباشد، زیرا در هبهٔ طلب پس از آنکه هبه بعمل آمد متهب مالک ما فی الذمهٔ خود میشود و باعتبار اتحاد دائن و مدیون دین ساقط میگردد. بخلاف مورد ابراء که دائن حقی که بر مدیون دارد اسقاط مینماید و منوط بقبول مدیون نمیباشد. بنابراین باید بر آن بود که برای تحقق هبهٔ طلب بمدیون قبول او شرط میباشد.

دائن نمیتواند طلب خود را بشخص ثالث هبه کند، زیرا واهب نمیتواند آن را بقبض شخص ثالث بدهد و آنچه بعداً مدیون در مقام

ایفاء تعهد باو میدهد دین نیست بلکه از افراد کلی (دین) فی الذمهٔ است و چنانکه بعضی تصور نموده‌اند مورد مزبور را نمیتوان قیاس ببیع کلی نمود، و گفت همچنانی که میتوان طلب از دیگری را بشخص ثالث فروخت میتوان طلب مزبور را بشخص ثالث هبه نمود، زیرا قبض شرط تحقق بیع نمیباشد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۷۹

در هبه شرط است.

طبق مادهٔ «۸۰۰» ق. م: «در صورتی که عین موهوبه درید متهب باشد محتاج بقبض نیست» زیرا قبض لازم برای پیدایش هبه محقق است، بدین جهت گذشتن زمانی که متهب بتواند آن را قبض بنماید و همچنین اذن جدید بمتهب در قبض، لازم نمیباشد. در این امر فرقی نمینماید که عین موهوبه قبل از عقد بعنوان عاریه یا ودیعه و امثال آن و یا معامله باطله در دست متهب بوده یا آنکه متهب آن را غصب کرده باشد. بعضی از فقهای امامیه بین موردی که قبل از عقد متهب مال را باذن واهب قبض کرده باشد و بین موردی که بدون اذن در دست گرفته فرق گذارده‌اند و در مورد اخیر قبض مجدد را لازم میدانند، زیرا در موردی که باذن واهب مال در دست متهب باشد قبض لازم قبل از تحقق عقد حاصل شده است، ولی در موردی که بدون اذن واهب متهب مال را تصرف نموده باشد مانند مورد غصب، تصرف او قانونی شناخته نمیشود. بنظر میرسد که در مورد غصب مال کافی است واهب قصد بقاء آن را در دست متهب بعنوان مال او داشته باشد، اگر چه بعید نیست گفته شود که قصد مزبور در کلیهٔ موارد مذکور در بالا لازم باشد و چنانکه در هبهٔ ولی، وصی و قیم بمولی علیه خود گذشت که قبض مجدد لازم ندارد و گذشتن مدتی که بتوان آن را قبض نمود نمیخواهد، ولی واهب باید قصد تصرف بعنوان متهب را داشته باشد.

در صورتی که مورد هبه در تصرف شخص ثالث باشد و واهب نتواند آن را اخذ و بقبض متهب دهد ولی متهب خود بتواند آن را قبض کند بنابر مستفاد از مادهٔ «۶۷» ق. م در مورد وقف قبض متهب کافی خواهد بود، زیرا مقصود از قبض در موارد مزبور رسیدن مال بطرف، باذن مالک آن میباشد.

در صورتی که مال مشاع مورد هبه قرار گیرد، بنابر مستنبط از مادهٔ «۴۷۵» ق. م قبض آن بمتهب موقوف باذن بقیه شرکاء میباشد، زیرا قبض سهم موهوب مشاع، ملازمه دارد با تصرف در سهم شرکاء دیگر و تصرف در مال غیر بدون اجازهٔ مالکین آن ممنوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۰

است بنابراین چنانکه شرکاء دیگر اجازه قبض مال را بمتهب ندهند، ذی‌نفع میتواند بحاکم مراجعه بنماید و حاکم شریک ممتنع را اجبار بقبض دادن مال بمتهب مینماید.

برای رفع اختلاف متهب میتواند شریک ممتنع را وکیل در قبض بنماید همچنانی که میتواند بواهب نمایندگی دهد که از طرف او قبض کند. بعضی از فقها بر آنند که چنانچه مال موهوب از اموالی باشد که قبض آن بوسیله تخلیه بعمل می‌آید، اجازهٔ شرکاء دیگر در قبض لازم نمیباشد، زیرا قبض بدین نحو ملازمه با تصرف در سهم شرکای دیگر ندارد.

و چنانچه مال موهوب از اموالی باشد که قبض آن نقل و تحویل است ناچار اجازهٔ بقیه شرکاء در قبض لازم میباشد.

چنانکه در رهن و اجاره گذشت، بنظر میرسد که قبض دادن مال مشاع بمتهب اگر چه موجب تصرف در سهام سایر شرکاء میگردد و این امر را قانون منع نموده است ولی قبض مورد هبه را نمیتواند بلا اثر نماید، زیرا منع تصرف در سهم شرکاء دیگر، اثر وضعی قبض سهم موهوب را مرتفع نمینماید. قبض کلی در معین (مانند یکتن گندم از انباری که محتوی صد تن گندم است) بتعیین مقدار معین و قبض آن و یا بقبض تمامی گندمهای انبار بعمل می‌آید.

قبض عین موهوبه خصوصیتی را در بر ندارد و مانند موارد دیگر از قبیل قبض عین موقوفه و مورد انتفاع و تسلیم مبیع بمشتری میباشد و آن طبق مستفاد از مادهٔ «۳۶۷» ق. م. عبارت است از دادن عین موهوبه بمتهب بنحوی که متمکن از انحاء تصرفات و

انتفاعات باشد و آن وقتی حاصل میشود که طبق مستفاد از مادهٔ «۳۶۸» ق. م. تحت اختیار متهب گذاشته شده باشد اگر چه متهب هنوز عملًا آن را تصرف نکرده باشد. طبق مستفاد از مادهٔ «۳۶۹» ق. م. قبض باختلاف مورد بکیفیات مختلفه است و باید بنحوی باشد که عرفاً آن را قبض گویند. چنانکه گذشت بین فقهای امامیه در قبض و تسلیم مال اختلاف است. عده‌ای بر آنند که قبض عبارت از تخلیه و رفع ید از مال است خواه منقول باشد و خواه غیر منقول. عدهٔ دیگر بر آنند که قبض در غیر منقول، تخلیه و رفع ید و در مال منقول،

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۱

نقل و تحویل آن میباشد. آنچه بعضی از محققین فقهای امامیه گفته‌اند قبض عبارت است از بودن مال تحت ید و استیلای کسی که باید آن را قبض کند اگر چه عملًا آن را تصرف ننموده باشد.

در صورتی که قبل از قبض عین موهوبه، متهب مال مزبور را تلف کند، و یا سبب تلف آن شود هبه باطل میگردد و متهب در مقابل واهب ضامن بدل آن از مثل یا قیمت میباشد، زیرا مال مورد هبه قبل از قبض در ملکیت واهب است و هر کس مال دیگری را تلف کند باید بدل آن را بدهد و نمیتوان این عمل را قبض مال موهوب دانست مگر آنکه واهب اجازه داده باشد که متهب آن را تلف نماید و یا سبب تلف آن گردد، در این صورت اتلاف مال مزبور قبض شناخته میشود، زیرا قبض باید باذن واهب بعمل آید.

در صورتی که واهب بعد از عقد و قبل از قبض بمیرد عقد هبه باطل میشود اگر چه واهب اذن در قبض بمتهب داده باشد. بنابراین ورثه قائم مقام مورث خود در قبض نمیگردند و چنانچه آنان بخواهند بکسی که مورث هبه نموده بود آن مال را هبه کنند، باید عقد جدیدی منعقد نمایند. و همچنین هرگاه متهب قبل از قبض بمیرد هبه باطل میشود و ورثه قائم مقام او در قبض نمیشوند، زیرا طرفین باید از ابتدا تا انتهای تحقق هبه مختار باشند و در اثر فوت واهب یا متهب قبل از قبض که جزء سبب است، اختیار قطع میگردد. بنابر قول دیگر که قبض شرط لزوم عقد هبه است، چنانچه واهب قبل از قبض بمیرد عقد جایز هبه منحل میشود، زیرا کلیه عقود جائزه در اثر موت یکی از طرفین منفسخ میگردد.

فوریت شرط در قبض نمیباشد-

اشاره

واهب میتواند پس از عقد، قبض دادن عین موهوبه را بتأخیر اندازد و نمیتوان او را ملزم بقبض نمود. بین فقهای امامیه مخالفی در این امر دیده نشده است، بنابراین هرگاه واهب بدون هیچ عذری قبض را بتأخیر اندازد و پس از یک سال از تاریخ عقد، عین موهوبه را بقبض متهب بدهد هبه محقق میگردد مگر آنکه واهب از تأخیر قبض قصد اعراض داشته و از هبه منصرف شده باشد که در این صورت آثار عقد زایل شده و نمیتواند قبض مزبور باعتبار عقد هبهٔ سابق مؤثر

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۲

واقع شود، ولی مالک میتواند بوسیله قبض مال، هبهٔ فعلی بنماید.

بر جواز تأخیر قبض ایراد میشود که چنانچه قبض جزء اخیر علت تامه باشد باید مانند قبول فوراً پس از عقد حاصل گردد و هرگاه تأخیر افتد هبه باطل شود. در پاسخ ایراد مزبور گفته میشود که قبول یکی از دو جزء عقد است و آن دو یک پیکر را تشکیل میدهند بخلاف قبض که امری خارج از عقد میباشد و قانون آن را مؤثر در عقد قرار داده است و بدین جهت در هر موردی که قبض شرط تحقق است فوریت لازم نمیباشد.

بعضی خواسته‌اند بگویند که قبض داخل در مفهوم هبه است همچنانی که در عطیه میباشد و بدون دادن مال بتصرف متهب هبه گفته نمیشود. بدین جهت هبه با وقف و حق انتفاع که قبض شرط تحقق آن است فرق دارد. در صورتی که قبض جزء مفهوم هبه

نباشـد، لازم است که کاشف از ملکیت متهب از زمان عقـد باشـد و حال آنکه قبض را ناقل میـدانیم. در پاسـخ گفته شده که عرف قبض را داخـل در مفهوم هبه ندانسته بلکه خـارج از آن میدانـد و این امر هم ملازمه با کاشف بودن قبض از ملکیت سابقه نـدارد و نمیتـوان قبض در هبه را قیـاس بر قبـول در وصـیت که کـاشف از ملکیت موصـی له پس از فـوت است نمـود، زیرا هـدف قبول، در وصـیت عملی میباشـد که از طرف موصـی بجای آورده شـده است بخلاف قبض در هبه که هیچ‌گونه نظری در آن نیست، علاوهٔ بر آنکه این امر نمیتواند دلیل بر فوری بودن قبض قرار گیرد.

فرع

در صورتی که مالی بدو نفر هبه شود و آنان قبول نمایند، چنانچه سهم هر یک معین نشده باشد ظاهر در آن است که بهر یک نیمی از آن مال هبه شده است و هرگاه یکی از آن دو نفر قبض کند و دیگری امتناع نماید و یا قبل از قبض بمیرد، عقد هبه باعتبار آن دو منحل بدو عقد میشود و نسبت بسهم کسی که قبض نموده صحیح و نسبت بسهم دیگری عقد هبه باطل خواهد بود.

طرفین عقد هبه-

اشاره

عقد هبه مانند کلیه عقود دارای دو طرف است: یکی کسی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۳

مال را تملیک میکند که آن را واهب گویند و دیگری که مال باو تملیک میشود که متهب نامند.

واهب-

طبق مادهٔ «۷۹۶» ق- م: «واهب باید برای معامله و تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد» مفاد مادهٔ مزبور مانند مفاد مادهٔ «۳۴۵» ق. م میباشـد که میگویـد: «هر یک از بایع و مشتری بایـد علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت برای تصـرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.» شرح مادهٔ مزبور در قسمت بیع گذشت مراجعه شود.

متهب-

اشاره

چنـانکه گـذشت هبه عقـد است و ایجاب بوسـیلهٔ واهب گفته میشود و بایـد متهب آن را قبول بنمایـد، برای صـحت قبول ناچار باید عبارات متهب و قصد او دارای اعتبار قانونی باشد.

بنـابراین صـغیر غیر ممیز و مجنـون نمیتوانـد متهب قرار گیرد ولی صـغیر ممیز و سـفیه چنـانکه در اهلیت طرفین معـامله در جلـد اول گـذشت، میتواننـد قصد انشاء بنمایند و عبارات و الفاظ آنان دارای اعتبار قانونی می‌باشد. و چون در قبول هبه غیر معوض هیچ‌گونه تصـرفی متهب در اموال خود نمی‌نمایـد طبق صـریح مادهٔ «۱۲۱۲» و «۱۲۱۴» ق. م. صـغیر ممیز و سـفیه میتواننـد قبول هبه بلا- عوض کننـد. در صورتی که در هبه شـرط عوض شود و متهب در مقابل هبه تملیک مالی بنماید و یا تعهد بدادن مالی کند چون متهب در قبول هبه تصرف در اموال خود مینماید لذا باید بالغ و رشید باشد بدین جهت صغیر ممیز و سفیه نمیتوانند قبول هبه معوض بنمایند.

طبق مادهٔ «۱۹۸» ق. م. که میگویـد: «ممکن است طرفین یـا یکی از آنهـا بوکـالت از غیر اقـدام بنمایـد و نیز ممکن است یک نفر از

طرف متعاملین این اقدام را بعمل آورد» واهب میتواند مال را بدیگری هبه کند و بوکالت از طرف متهب آن را قبول نماید همچنانی که شخص ثالث میتواند وکیل از طرف واهب و متهب باشد و باعتباری ایجاب و باعتبار دیگر آن را قبول نماید. بنابراین ولی و قیم که نماینده قانونی مولی علیه هستند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۴

میتوانند از مال خود بمولی علیه هبه نمایند و از طرف مولی علیه آن را قبول کنند و بدو عنوان انشاء ایجاب و قبول نمایند. آنچه مادهٔ «۱۲۴۰» ق. م. میگوید که: «قیم نمیتواند بسمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند اعم از اینکه مال مولی علیه را بخود منتقل کند یا مال خود را باو انتقال دهد.» ناظر بمعاملهٔ معوض است که ایجاب مینماید از مال مولی علیه در ملکیت قیم داخل شود. این منع برای جلوگیری از سوء استفاده قیم میباشد که ممکن است بدون رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه عملی بنماید بدین جهت قیم میتواند هبهٔ غیر معوض بمولی علیه خود کند بنظر میرسد که هبه محاباتی «هبه ایست که در آن شرط عوض ناچیزی شده باشد» چنانکه کسی خانهٔ خود را بدیگری هبه بنماید و در ضمن آن شرط شود که متهب یک ریال باو بدهد، نیز مشمول مادهٔ «۱۲۴۰» ق. م نباشد زیرا عوضی که از طرف مولی علیه بقیم داده میشود در مقابل ارزش عین موهوبه چندان ناچیز است که فرض سوء استفاده برای قیم نمیگردد، و از این نظر مانند هبه بلا عوض است. شیخ در مبسوط بر آنست که هرگاه ولی از مال خود بمولی علیه هبه کند نمیتواند از طرف مولی علیه آن را قبول نماید همچنانی که نمیتواند از مال خود چیزی را باو بفروشد و یا برای خود از او چیزی بخرد. در این مورد حاکم امینی را نصب مینماید که از طرف مولی علیه طرف عقد قرار گیرد.

۱- عین موهوبه-

چنانکه از مادهٔ «۷۹۵» ق. م. که میگوید: «هبه عقدیست که بموجب آن یک نفر مالی را مجاناً بکس دیگری تملیک میکند ...» معلوم میشود مالی که انتقال آن بوسیلهٔ بیع صحیح باشد میتواند مورد هبه قرار گیرد، زیرا هبه و بیع هر دو عقد تملیکی هستند با این فرق که بیع از عقود معوضه و هبه غیر معوض میباشد. بنابراین مورد هبه باید عین خارجی باشد مانند فلان کتاب و فلان اسب در این صورت باید مورد هبه در حین عقد موجود باشد، زیرا مالی را میتوان تملیک نمود که در حین عقد در خارج وجود داشته باشد. ممکن است مورد هبه مفروز باشد یا مشاع مانند دو دانگ از فلان خانه خواه آن سهم بمالک چهار دانگ هبه شود یا بشخص ثالث.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۵

مورد هبه میتواند کلی در معین (مقدار معین بطور کلی از شیء متساوی الاجزاء) مانند یک تن گندم از یکصد تن گندم موجود در انبار باشد، زیرا کلی در معین از اقسام عین خارجی است و در حین عقد موجود میباشد.

بسیاری از فقهاء بر آنند که کلی نمیتواند مورد هبه قرار گیرد، زیرا کلی در حین عقد در خارج موجود نیست تا بتواند تملیک گردد و آنچه در خارج موجود است مصادیق و افراد کلی هستند که آنها مورد هبه قرار نگرفته‌اند. بنظر میرسد که کلی میتواند مورد هبه واقع شود و اشکالی که بعدم قابلیت قبض آن مینمایند صحیح نمیباشد، زیرا کلی در ضمن افراد در خارج موجود است و قبض یکی از افراد، قبض کلی محسوب میگردد.

تصور میرود از نظر قضائی با عدم اجازهٔ قانون مدنی، هبه کلی صحیح نباشد، زیرا قانون مدنی عقد هبه را تملیکی دانسته و آن در صورتی است که مورد آن عین خارجی باشد و صحت بیع کلی باستناد ماده «۳۵۰» قانون مدنی است که یکی از اقسام بیع، کلی فی الذمه را شمرده است. ولی میتوان طبق مادهٔ «۱۰» قانون مدنی کلی فی الذمه را بدیگری واگذار نمود اگر چه از اقسام هبه بشمار نمیرود.

راهن میتواند مالی را که در رهن دیگری است با قید حق طلبکار بشخص ثالث هبه بنماید. عمل مزبور منافات با حق مرتهن ندارد و

طبق مادهٔ «۷۹۳» ق. م: «راهن نمیتواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر باذن مرتهن» بنابراین چنانکه راهن در هبه قید کند که مال مزبور در رهن دیگری است اجازه مرتهن را لازم ندارد.

اما قبض آن بمتهب احتیاج باجازه مرتهن دارد، زیرا مال موهوب متعلق حق مرتهن است و قبض مال غیر بدون اجازه کسی که در آن مال حق دارد ممنوع است. نمیتوان آنچه در قبض مال مشاع گفته شده در مورد هبهٔ عین مرهونه گفته شود، که قبض عین موهوبه که نزد دیگری رهن است بدون اجازه مرتهن صحیح باشد، زیرا در هبه مال مرهون، تمامی اجزاء مورد هبه متعلق حق غیر میباشد بخلاف هبه سهم مشاع که اجزاء آن متعلق حق غیر نمیباشد، ولی قبض آن ملازمه با قبض اجزاء ملک شریک دارد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۶

که از نظر قانون تصرف در آن ممنوع است و این امر اثر قبض مال موهوب را مرتفع نمیکند. اما منفعت که چیزی تدریج الحصول میباشد و فرض وجود آن مستقلا در مورد اجاره شده و بدین جهت فقهای امامیه آن را قابل تملیک دانسته‌اند، نمیتوان آن را بقبض متهب داد. و فرض تجسم منفعت در حین عقد و قبض آن بتبع عین مال، قبض حقیقی نبوده و برای صحت عقد کافی نمیباشد و مانند آنست حق انتفاع و حق ارتفاق، زیرا هیچیک از آنان قابل قبض نیستند و قبض عین متعلق حق، قبض حق بشمار نمیرود. و همچنین است حقوق مالی قابل انتقال دیگر، مانند حق خیار و حق شفعه آنچه راجع بمنفعت و حقوق قابل انتقال گفته شد در مورد هبه است، ولی میتوان طبق مفاد مادهٔ «۱۰» ق. م. آنها را بدیگری واگذار نمود اگر چه انتقال مزبور از اقسام هبه نمیباشد.

بنظر میرسد که حق تحجیر مانند عین خارجی قابل هبه باشد زیرا حق مزبور مانند حق مالکیت، انحصاری و در خارج موجود است و با تسامح کوچکی میتوان قبض مورد تحجیر را قبض حق تحجیر تلقی نمود.

چنانکه از مادهٔ «۸۰۶» ق. م. که میگوید: «هرگاه دائن طلب خود را بمدیون ببخشد حق رجوع ندارد» مستفاد میگردد میتوان طلب را بکسی که مدیونست هبه نمود و قبض آن چنانکه گذشت مانند قبض عین خارجی است که قبلًا در دست متهب بوده و احتیاج بقبض جدید ندارد. ولی هبه طلب بغیر مدیون، قول مشهور فقهاء آن را صحیح نمیداند زیرا دین کلی و در خارج موجود نیست تا قابل قبض باشد. ایفاء دین از طرف مدیون قبض شناخته نمیشود، زیرا آنچه تأدیه میگردد از افراد کلی است و آن غیر از دین است که کلی اعتباری و در ذمه مدیون میباشد. بعضی از فقهای امامیه بر آنند که هبهٔ طلب بغیر مدیون اشکالی ندارد و اشکالی که برای آن تصور میشود عدم قابلیت قبض کلی است و حال آنکه قبض کلی بقبض دادن یکی از افراد آن محقق میگردد، زیرا کلی عین مصادیق و افراد خارج است و چنانچه در اثر اذن واهب متهب آن را از مدیون اخذ کند قبض حاصل شده است و همچنین است هرگاه واهب آن را از

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۷

مدیون بگیرد و بقبض متهب بدهد و یا آنکه واهب بمتهب وکالت دهد که آن را بعنوان نمایندگی از او گرفته و برای خود قبض بنماید از نظر قضائی با بودن شرائط لازمه برای صحت هبهٔ طلب بغیر مدیون و توجه بمفاد مادهٔ «۱۰» قانون مدنی، هبهٔ مزبور صحیح میباشد.

۲- هبهٔ فضولی صحیح است-

طبق مادهٔ «۷۹۷» ق. م: «واهب باید مالک مالی باشد که هبه میکند» مادهٔ مزبور ناظر بر هبه صحیح است، زیرا انتقال مال بهر عنوانی که باشد وقتی صحیح است که از طرف مالک بعمل آید. نمیتوان مادهٔ مزبور را با تحلیل حقوقی که در فصل معاملهٔ فضولی بعمل آمد (در جلد اول) و عقد فضولی قابل جریان در کلیه معاملات دانسته شد، هبه فضولی را باطل دانست. بنابراین عقد هبه را که قبض شرط تحقق آنست میتوان بطور فضولی منعقد ساخت و قدرت بر قبض پس از اجازهٔ مالک میباشد. این ستکه مادهٔ «۳۷۱» ق.

م.: میگوید: «در بیعی که موقوف باجازهٔ مالک است قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است».

۳- مورد هبه باید معین باشد-

بعضی از فقهای امامیه بر آنند که هبهٔ فرد مردد، مانند یکی از دو کتاب یا یکی از دو قلم صحیح میباشد و سبب بطلان اینگونه بیع اجماع است و چنانچه اجماع نبود آن نیز صحیح شناخته میشد، زیرا معلوم نبودن مورد معامله برای رفع غرر است و در صورتی که صفات و قیمت چندین شیء مساوی باشد در انتقال یکی از آنها بطور تردید غرر موجود نیست. از نظر قانون مدنی، با توجه بآنکه مادهٔ «۱۹۰» معین بودن موضوع معامله را یکی از شرائط اساسی برای صحت معامله میشمارد و ماده‌ای در قانون دیده نمیشود که هبه فرد مردد را صحیح بداند، ناچار باید هبه‌ای را که مورد آن معین نباشد باطل دانست.

۴- مورد هبه باید معلوم باشد-

بعضی از فقهای امامیه تصریح مینمایند که در عقد هبه، لازم نیست مقدار عین موهوبه معلوم باشد و هبه صبره و یا جزء مشاع از آن، با ندانستن مقدار صبره صحیح میباشد و همچنین هبه دینی که مقدار آن معلوم نیست

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۸

صحیح است. عدهٔ دیگر از فقهاء معلوم بودن مورد هبه را شرط صحت آن میدانند از نظر قانون مدنی با توجه بمادهٔ «۲۱۶» که میگوید: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی بآن کافی است» و ماده‌ای نیست که علم اجمالی را در مورد هبه کافی بداند، بدین جهت نمیتوان هبه‌ای که مقدار مورد آن مجهول میباشد صحیح دانست.

از نظر وحدت ملاک هبه با صلح و آنکه معلوم بودن مورد معامله برای رفع غرری است که از مجهول بودن آن تولید میشود و فرض غرر در هبه که عقد غیر معوض است نمیشود، میتوان بر آن بود که هبه چیزی که مقدار آن مجهول است صحیح باشد.

هبهٔ معوض-

طبق مادهٔ «۸۰۱» قانون مدنی: «هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب میتواند شرط کند که متهب مالی باو هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد» هبه یکی از عقود غیر معوض میباشد یعنی دارای یک مورد و آن عین موهوبه است که بوسیلهٔ واهب بمتهب تملیک میگردد ولی مانند تمام عقود غیر معوض میتوان بوسیلهٔ درج شرط عوض در آن بصورت معوض در آورد. بنابراین کلمهٔ (مجاناً) در مادهٔ «۷۹۵» که میگوید: «هبه عقدی است که بموجب آن یک نفر مالی را مجاناً بکس دیگری تملیک میکند ...» قید احترازی است و قانون مدنی بوسیلهٔ آن خواسته طبیعت عقد هبه را که غیر معوض میباشد بیان کند و بفهماند که عقد هبه از عقود معوضه نمیباشد، نه آنکه خواسته بگوید که شرط عوض باطل و یا مفسد عقد میباشد و الا در مادهٔ «۸۰۱» ق. م نمیگفت هبه ممکن است معوض باشد، مثلا هر گاه واهب در ضمن هبه خانهٔ خود بدیگری، بر متهب شرط کند که متهب باغ خود را باو بمبلغ معینی بفروشد و یا ساختمانی را طبق نقشه بنماید، هبهٔ مزبور صحیح خواهد بود. در این امر فرق نمیکند که آنچه در عقد هبه بعنوان عوض قرار داده میشود از حیث ارزش با عین موهوبه معادله نماید و یا بیشتر و یا کمتر باشد. چنانچه عوض در عقد هبه بسیار ناچیز و کم ارزش باشد مانند یک سیر نبات و یا یک ریال پول، هبهٔ مزبور را در اصطلاح هبه محاباتی گویند و منظور طرفین از انعقاد چنین هبه آنست که هبه بصورت معوض در آید تا واهب نتواند از آن رجوع کند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۸۹

هبه را نمیتوان مانند صلح، معوض منعقد ساخت یعنی دارای دو مورد باشد بطوری که عوض در ردیف معوض قرار گیرد چنانکه

در بیع است، زیرا طبیعت هبه غیر معوض میباشد و چنانچه معوض منعقد گردد موجب آن میشود که از افراد هبه خارج شود بر خلاف عقد صلح که طبیعتاً دو نوع است: معوض و غیر معوض، و بعبارت دیگر قسمتی از صلح با یک مورد و قسم دیگر با دو مورد محقق میگردد (بفصل صلح مراجعه شود).

شرط ضمن عقد هبه آن را حقیقتاً از عقود معوضه نمیگرداند بلکه از نظر تحلیلی عقد مزبور عبارت از دو تعهد است یکی هبه که تعهد اصلی میباشد و دیگری شرط عوض که تعهد تبعی است و آن دو بصورت عقد واحد که هبهٔ معوض (عقد مشروط) است در آمده‌اند. در حقیقت عوض در هبه معوض در مقابل مال موهوب قرار نگرفته بلکه شرط در تملیک مجانی است و میتوان گفت در واقع هبه در مقابل هبه است.

شرط ضمن عقد هبه ممکن است شرط نتیجه باشد مانند آنکه کسی خانه خود را بدیگری هبه نماید و ضمن آن شرط شود که باغ متهب از آن واهب باشد. و ممکن است شرط مزبور شرط فعل باشد مانند آنکه کسی خانه خود را بدیگری هبه کند و ضمن آن شرط شود که متهب باغ خود را باو واگذار نماید و یا بنائی را برای او بسازد.

طبق مستفاد از مواد مربوط بشروط ضمن عقد، مورد شرط در هبه ممکن است معلوم و معین باشد چنانکه کسی خانه‌ای بدیگری هبه کند و شرط نماید که متهب یکصد هزار ریال باو بدهد و ممکن است مردد و یا مجهول باشد چنانکه کسی خانه خود را بدیگری هبه نماید و شرط کند که متهب یکی از دو کتاب و یا صبره معینی از گندم را که مقدارش مجهول است باو بدهد، همچنانی که مورد شرط میتواند مطلق گذارده شود مانند آنکه کسی خانهٔ را بدیگری هبه کند و ضمن آن شرط شود که متهب چیزی باو بدهد. چیز، که مورد شرط است مطلق میباشد یعنی مقدار و نوع و وصف آن معین نشده است.

در موارد بالا مورد شرط اگر چه مجهول است ولی چون جهل بآن موجب جهل بمورد هبه نمیشود شرط و عقد صحیح خواهند بود (شق دو مادهٔ «۲۳۳»)

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۰

در صورتی که هبه معوض باشد و متهب عمل بشرط ننماید، واهب میتواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند، زیرا بنابر مستفاد از شق دو مادهٔ «۸۰۳» ق. م. در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد واهب حق رجوع نخواهد داشت و در مورد مزبور عوض داده نشده است و همچنین است هرگاه متهب از انجام شرط امتناع کند و یا انجام آن ممتنع باشد. سؤالی که ممکن است بشود آنست که هرگاه متهب از انجام شرط خودداری کند، آیا مقررات مربوط باحکام شرط که در مواد «۲۲۷» الی «۲۴۰» قانون مدنی بیان شده جاری میگردد یا فقط واهب میتواند از هبه رجوع کند؟

بنظر میرسد باید گفته شود که واهب علاوه بر آنکه میتواند در مورد بالا از هبه رجوع کند، مقررات مربوط باحکام شرط نیز در آن جاری میشود زیرا مقررات مزبور عام است و اختصاص بشروط ضمن بعضی از عقود ندارد بنابراین بدرخواست واهب، متهب ملزم بانجام شرط میگردد و در صورتی که اجبار ملتزم بانجام آن غیر مقدور باشد و بوسیلهٔ شخص دیگری بتوان آن را بخرج ملتزم انجام داد واهب نمیتواند هبه را فسخ نماید، همچنانی که هرگاه عوض از جملهٔ اعمالی باشد که دیگری نتواند از جانب متهب واقع سازد واهب میتواند هبه را فسخ کند. در مورد فسخ لازم نیست که عین موهوبه نزد متهب باقی باشد بلکه در این صورت واهب میتواند هبه را فسخ کرده بدل مال موهوب را مسترد دارد.

در صورتی که مورد شرط مطلق گذارده شود یعنی مقدار و نوع و وصف آن معین نشده باشد، مانند آنکه ضمن عقد هبه شرط شود که متهب چیزی بواهب بدهد.

متهب میتواند هر چه بخواهد بعنوان عوض بواهب بدهد بدون آنکه برای واهب حقی در تفسیر آن باشد، زیرا اطلاق اقتضای بیش از آن را نخواهد داشت و ظاهر امر آنست که تعیین مقدار عوض و نوع و وصف آن بعهدهٔ متهب گذارده شده است. بعضی بر آنند

که چنانچه واهب راضی بآنچه متهب باو میدهد نشود، و توافق بین آن دو حاصل نگردد، واهب میتواند از هبه رجوع نماید همچنانی که متهب میتواند عین موهوبه را رد و یا مثل آن را بدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۱

در صورتی که هبه مطلق باشد، مشهور نزد فقهاء آنست که هبه غیر معوض است خواه آنکه هبه از طرف کسی که با متهب از حیث مقام مساوی است بعمل آید مانند آنکه کسی بدوست خود مالی را هبه کند، و خواه آنکه هبه از طرف غیر متساوی باشد مانند آنکه پدر مالی را به پسر و یا بالعکس پسر بپدر خود ببخشد از خلاف و مبسوط حکایت شده که متهب مطلقاً ملزم است در مقابل مالی که باو هبه میشود عوض بواهب بدهد.

ابو الصلاح بر آنست که هدیهٔ پائین‌تر بشخص بالاتر، اقتضای عوض را دارد که مانند عین موهوبه باشد و متهب نمیتواند قبل از دادن عوض و یا عزم بر این امر در عین موهوبه تصرفی بنماید. چنانکه از ظاهر مواد مربوطه بهبه مستفاد میگردد، قانون مدنی فرقی بین اقسام مذکوره در بالا نگذارده و از نظر مشهور پیروی نموده است. ممکن است گفته شود نظر أبو الصلاح بر آن بوده که شخص پائین‌تر که ببالاتر هدیه میکند قصدش آنست که بعوض بیشتری نائل شود، بنابراین تملیک او در حقیقت برای رسیدن بعوض میباشد، چنانکه این امر مشهود است که هرگاه باغبانی سبد میوه‌ای را برای شخص متمولی تعارف میبرد قصد آن دارد انعامی که ارزشش بیش از سبد میوه است دریافت کند و بدون رسیدن بآن راضی بتصرف کسی در آن نمیباشد. بنظر میرسد که در هبه پائین تر ببالاتر قصد هبه‌کننده بگرفتن عوض حتمی میباشد و مشهود است که متهب هرگاه چیزی در عوض ندهد عین موهوبه را مسترد میدارد، بنابراین از نظر اصول حقوقی متابعت از قول مشهور مشکل میباشد.

در صورتی که هبه غیر معوض باشد هرگاه متهب در مقابل آنچه باو داده شده است مالی بواهب بدهد، واهب میتواند آن را بپذیرد و یا رد نماید، زیرا این امر هبه جدیدی است. چنانچه واهب آن را پذیرفت هبهٔ اول لازم میگردد و واهب نمیتواند از آن رجوع کند، زیرا هبه دوم اگر چه عقد مستقلی است ولی چون متهب آن را بقصد دادن عوض بواهب هبه کرده است و واهب نیز آن را بدین قصد پذیرفته است آن دو عمل در حقیقت پیکر واحدی را تشکیل میدهند، و همچنین متهب نمیتواند از آن رجوع کند، زیرا هبهٔ او بواهب نیز

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۲

معوض است اگر چه عوض قبل از هبه داده شده باشد.

عقد هبه جایز است-

اشاره

فقهای امامیه در آنکه عقد هبه لازم و یا جایز است استدلالهای مختلفی در مؤلفات خود نموده‌اند. استدلالی که بر جایز بودن عقد هبه مینمایند آنست که، عمومات مانند أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و همچنین استصحاب مالکیت متهب پس از قبض، اگر چه اقتضاء لزوم عقد هبه را مینماید، ولی آنچه از مفاد اخبار مخصوص راجع بهبه فهمیده میشود عقد هبه جایز است مگر مواردی که بوسیلهٔ اخبار مزبور استثناء شده باشد. صاحب جواهر بر آنست که با توجه بادله، قول بجواز عقد هبه بر قول بلزوم آن برتری ندارد اگر چه در بعضی موارد عقد هبه جایز است، بلکه بالعکس قول بلزوم مقدم میباشد، زیرا عقد لازم در موارد معینه جایز است مانند عقد بیع که در آن خیار مجلس، عیب، غبن و خیارات دیگر یافت شود، ولی عقد جایز در هیچ زمان بخودی خود لازم نمیباشد و بوسیلهٔ امر خارجی مانند شرط و نحو آن آن را لازم میگردانند، علاوه بر آن در موارد متعددی دعوی اجماع شده است که عقد جایز در اثر جنون و فوت و اغماء منحل میگردد و حال آنکه آنها در عقد هبه تأثیر نمی‌نمایند. بعضی از فقهاء طرفدار جواز عقد هبه، از گفتار صاحب

جواهر چنین پاسخ داده‌اند که اخبار مخصوصه دلالت بر جائز بودن عقد هبه مینماید و امور دیگر از قبیل آنکه بعضی افراد عقد لازم جائز هستند و حال آنکه عقد جایز بوسیلهٔ امر خارجی مانند شرط لازم میگردد، موجب آن نمیشود که عقد هبه لازم باشد. و همچنین انحلال عقد جائز بجنون و فوت منافات با جائز بودن عقد هبه ندارد، زیرا ممکن است عقد هبه جایز باشد و بواسطه دلیل مخصوص در اثر جنون و فوت منحل نشود، و اجماع بر انحلال عقد جایز در اثر فوت و جنون در مورد عقودیست که مبتنی بر اذن (عقود اذنیه) میباشند مانند وکالت، عاریه و در عقود تملیکی مانند هبه چنین ادعائی نشده است. باری چنانچه اصل در عقد هبه لزوم باشد برای مواردی که واهب میتواند از هبه رجوع نماید دلیل مخصوصی لازم میباشد و حال آنکه لحن اخبار مخصوصه چنانکه گفته شد بر خلاف آن را میرساند

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۳

قانون مدنی چنانکه از عبارت مادهٔ «۸۰۳» که میگوید: «بعد از قبض نیز واهب میتواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند مگر در موارد ذیل ...» معلوم میگردد، عقد هبه را جایز دانسته و عدم جواز رجوع را در موارد معینه استثناء نموده است.

مادهٔ بالا- شرط رجوع واهب را پس از قبض عین موهوبه به بقاء آن دانسته، بنابراین چنانچه عین موهوبه تلف شده باشد واهب نمیتواند از هبه رجوع کند. در این امر فرقی نمینماید که عین موهوبه بوسیلهٔ متهب یا شخص ثالث یا واهب تلف شده و یا آنکه بخودی خود تلف شده باشد، زیرا مقصود از رجوع عودت یافتن مال است بنحوی که قبلا بوده و با تلف شدن مورد هبه رجوع از آن ممکن نخواهد بود.

در صورتی که بعض از عین موهوبه پس از قبض تلف شود و بعض دیگر آن باقی باشد مثلا هرگاه مورد هبه ده عدل پارچه است و پس از قبض دو عدل آن دچار حریق گردیده، آیا واهب میتواند نسبت ببقیه از هبه رجوع کند و یا آنکه حق رجوع او ساقط میگردد؟ بین فقهای امامیه دو قول است یکی آنکه واهب میتواند نسبت ببقیه از هبه رجوع نماید زیرا جواز رجوع که قبلًا موجود بوده نسبت بتمام عین موهوبه است و پس از تلف بعض از آن جواز رجوع نسبت بباقی مورد تردید قرار میگیرد، و در مورد تردید، جواز استصحاب میشود و اصل بقاء جواز است، و قول دیگر آنکه حق رجوع واهب پس از تلف بعض نسبت ببقیه ساقط میگردد زیرا پس از تلف بعض عین موهوبه، دیگر صدق نمیکند که عین موهوبه باقی است. آنچه بنظر میرسد آنست که از مفاد ماده «۸۰۳» که رجوع را با بقاء عین موهوبه اجازه داده است استظهار میشود.

که در صورت تلف بعض از عین موهوبه حق رجوع واهب ساقط میگردد.

بنابر آنچه در بالا گذشت که اصل در عقد هبه جواز است، متهب میتواند مادام که عین موهوبه باقی است هر زمان عقد را منحل کند اگر چه متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد.

و واهب نیز مانند متهب میتواند از هبه رجوع نماید مگر در موارد معینهٔ مذکور در مادهٔ «۸۰۳» قانون مدنی که ذیلًا بیان میگردد:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۴

۱- در صورتی که متهب پدر یا مادر و یا اولاد واهب باشد-

منظور ماده از اولاد کسانی هستند از ذکور و اناث که از واهب بوجود می‌آیند خواه طبقه اول باشند یا طبقات بعد فقهای امامیه در منسوبین بواهب که رجوع از هبه اجازه داده نشده است توافق ندارند، بدین نحو که عدم جواز رجوع از هبه بپدر و مادر اجماعی است و در غیر آنها اختلاف میباشد حتی در اولاد که نسبت بآن نیز دعوی اجماع شده است. بعضی از فقهای امامیه هبه زوجین را

بیکدیگر نیز قابل رجوع ندانسته‌اند و بعضی دیگر از فقها بین اولاد کبار و اولاد صغار فرق گذارده‌اند و در اول رجوع را اجازه داده‌اند.

مبنای اختلاف بین فقهاء اخبار مختلفه است.

۲- در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد-

هر چیزی که طرفین نسبت بآن بعنوان عوض تراضی نمایند میتواند عوض در هبه قرار گیرد، بنابراین ممکن است ارزش عوض کمتر از ارزش معوض باشد و گاه چندان ناچیز قرار داده شود که فقط جنبهٔ اعتباری و صوری داشته باشد مانند یکصد دینار پول که آن را هبه محاباتی گویند و یا بیشتر باشد چنانکه کسی خانهٔ خود را بدیگری هبه نماید بشرط آنکه دیگری قریه‌ای را که چندین مقابل ارزش دارد باو واگذار کند.

عوض ممکن است در عقد بصورت شرط نتیجه قرار گیرد، چنانکه در عقد هبه شرط شود که فلان مال متهب، مجاناً از آن واهب باشد، در این فرض هبه در مقابل تملیك قرار گرفته است و یا آنکه در عقد هبه شرط شود از دینی که واهب بمتهب دارد بری گردد، در این فرض سقوط دین در مقابل هبه واقع شده است.

عوض ممکن است در عقد بصورت شرط فعل قرار گیرد خواه آنکه فعل مزبور انعقاد عقد باشد مانند آنکه کسی خانهٔ خود را بدیگری هبه نماید بشرط آنکه متهب باغ خود را مجاناً باو صلح کند و یا آنکه آن را بمبلغ معینی بفروشد، و خواه آنکه فعل مزبور عمل باشد مانند آنکه کسی خانهٔ خود را بدیگری هبه نماید بشرط آنکه متهب برای او ساختمانی طبق نقشه معینه مجاناً و یا در مقابل اجرت معینی بسازد. اینست که مادهٔ «۸۰۱» ق. م

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۵

میگوید: «هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب میتواند شرط کند که متهب مالی را باو هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد» بنظر میرسد که قید (مجاناً) در ماده قید غالب باشد و الا خصوصیتی در مجانی بودن فعل مورد شرط نیست و در صورتی که فعل مشروط غیر مجانی باشد شرط (عوض و معوض) در عقد هبه عوض مال موهوب قرار گرفته است، اگر چه از نظر ماهوی عوض واقع در شرط از طرف واهب بمتهب داده میشود. سؤالی که میشود آنست که آیا صحیح میباشد در هبه شرط شود که متهب تمامی یا بعضی از عین موهوبه را پس از تحقق هبه بواهب هبه نماید مثلا کسی خانه را بپسر خود هبه نماید و شرط کند که پسر آن را بپدر بعداً هبه کند؟ بعضی از فقهای امامیه شرط هبه بعض از مال موهوب را بواهب صحیح میدانند و نسبت بهبه تمام مال موهوب از نظر آنکه شرط مزبور موجب دور میشود باطل شناخته‌اند. بنظر میرسد که شرط هبهٔ تمامی مال موهوب مانند هبهٔ بعض از آن، هرگاه نفع عقلائی در برداشته باشد صحیح است مثلا پدری که قصد مسافرت بخارج از کشور دارد خانه را بپسر خود هبه مینماید و ضمن آن شرط میکنند که پس از پنج سال از تاریخ هبه که پدر مراجعت مینماید، پسر خانه را بپدر خود هبه کند. فرض مزبور عقلائی میباشد اگر چه طرفین عقد هبه میتوانند منظور خود را بوسیلهٔ اندراج شرط فسخ یا قرار دادن حق رجوع برای واهب عملی نمایند و دور هم حاصل نمیگردد. هبه مزبور از افراد هبهٔ معوض و قابل رجوع است.

منظور از هبهٔ معوض آن است که واهب در مقابل مالی که بمتهب هبه مینماید مال دیگری را بدست آورد، خواه آنکه عوض در عقد بصورت شرط قرار داده شود و یا بدون آنکه شرطی در ضمن عقد هبه بشود، متهب مالی را بواهب بدهد، زیرا از نظر ماهیت خارجی امر، فرق نمینماید عوضی که بواهب رسیده در نتیجه شرط باشد و یا مستقلا متهب آن را بواهب واگذار کرده است. در فرض اخیر هبه در صورتی معوض خواهد بود که واهب بعمل متهب راضی و آگاه بوده و متهب هم در دادن مال بواهب قصد عوض

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۶

را داشته باشد و الا- دادن مال از طرف متهب بواهب بدون داشتن قصد عوض و یا بدون اطلاع واهب بآنکه این امر بقصد دادن عوض است، هبه را معوض نمیگرداند.

بنابراین چنانکه کسی کتابی را بدیگری ببخشد و پس از گذشتن چند روز، متهب برای آنکه زیر بار منت واهب نماند قلم خود نویس خود را باو هدیه نماید، هبهٔ مزبور معوض میباشد.

چنانکه شق ۲ مادهٔ «۸۰۳» ق. م. تصریح مینماید، در صورتی که عوض بواهب داده شده باشد واهب نمیتواند از هبه رجوع نماید. بنابراین هرگاه عوض بصورت شرط بوده و شرط بجهتی از جهات باطل باشد و یا آنکه شرط فعل باشد و متهب عمل بشرط نکرده باشد، حق رجوع واهب باقی و میتواند از هبه رجوع کند، زیرا هبه معوض در صورت بطلان شرط و یا عدم انجام آن در حقیقت در حکم هبه غیر معوض است.

عده‌ای از فقها بر آنند که هرگاه واهب در هبه قصد تقرب بخداوند بنماید، هبه مزبور معوض خواهد بود، زیرا واهب در اثر قصد مزبور مستحق ثواب میشود و ارزش ثواب اخروی بیش از ثواب دنیوی میباشد بنابراین واهب نمیتواند از آن رجوع بنماید.

بنظر میرسد که از نظر قانون مدنی هبه معوض منصرف از مورد مزبور است و ناظر بموردی میباشد که هبه عوض مالی و دنیوی در برداشته باشد، بنابراین هبه‌ای که واهب در آن قصد تقرب نماید از افراد صدقه بشمار میرود و طبق مادهٔ «۸۰۷» ق. م. پس از تحقق آن، صدقه دهنده نمیتواند از آن رجوع نماید.

۳- در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده باشد-

فرقی نمینماید که خروج عین موهوبه از ملکیت متهب قهری باشد مانند آنکه متهب فوت نماید و مال موهوبه بورثهٔ او انتقال یابد و یا آنکه اختیاری باشد و بوسیلهٔ یکی از عقود از طرف متهب بدیگری واگذار شود مانند بیع یا صلح یا هبه. و همچنین فرقی نمینماید که خروج از ملکیت متهب بمعاملهٔ قطعی باشد یا آنکه بمعاملهٔ خیاری و برای واگذارکننده حق فسخ قرار داده شده باشد، بنابراین در تمامی موارد بالا پس از خروج عین

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۷

موهوبه از ملکیت متهب، حق رجوع واهب ساقط میگردد و چنانچه بعداً بجهتی از جهات عین موهوبه بملکیت متهب عودت یابد واهب نمیتواند رجوع نماید، زیرا مادهٔ «۸۰۳» ق. م. در صورتی رجوع را بواهب اجازه میدهد که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج نشده باشد و در مورد فرض، عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده اگر چه سپس عودت یافته. این امر اعم است از آنکه بوسیلهٔ عقد مستقل، عین موهوبه بملکیت متهب داخل شود یا بواسطه اقاله و فسخ علت این امر آنست که حق واهب در اثر خروج از ملکیت متهب ساقط میگردد و موجبی برای عودت آن نیست، زیرا عودت آن در ملکیت متهب بملکیت جدید است و موجب زوال ملکیت سابق شخص ثالث، نمیگردد، بر خلاف صورتی که کشف شود معاملهٔ متهب یا شخص ثالث باطل بوده است که معاملهٔ مزبور موجب سقوط حق رجوع واهب نمیگردد، زیرا معامله باطله کان لم یکن است.

۴- در صورتی که عین موهوبه متعلق حق غیر واقع شود-

خواه آنکه این امر قهری باشد مانند آنکه متهب بواسطهٔ افلاس محجور گردد و یا در مقابل بدهی از طرف مقامات صالحه بازداشت شود، و خواه اختیاری مانند آنکه متهب عین موهوبه را بشخص ثالث رهن دهد. و مانند رهن است معاملهٔ با حق استرداد. همچنین است هرگاه عین موهوبه باجاره داده شود زیرا چنانکه از مفهوم کلمهٔ رجوع فهمیده میشود رجوع زمانی صدق مینماید که بتواند

مال بوضعیت اولیه خود عودت یابد، و عین مال موهوب در حین رجوع بوضعیت زمان انعقاد عقد هبه موجود نیست. بنظر میرسد که در این امر فرق نمینماید مستأجر، شخص واهب باشد یا شخص ثالث، زیرا شق ۳ مادهٔ «۸۰۳» مطلق میباشد بعضی از فقهای امامیه اجاره را مانع از رجوع واهب ندانسته و بر آنند که پس از اجاره واهب میتواند از هبه رجوع نماید، در این صورت اجرت المسمای مدت اجاره متعلق بمتهب میباشد. عاریه دادن و ودیعه گذاردن عین موهوبه موجب سقوط حق رجوع نمیشود، زیرا در اثر آن دو، مال موهوب متعلق حق غیر قرار نمیگیرد.

در صورتی که مال موهوب متعلق حق غیر قرار داده شود و سپس معاملهٔ مزبور فک گردد

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۸

واهب نمیتواند رجوع بنماید، زیرا ظاهر شق ۳ مادهٔ «۸۰۳» آنست که در اثر تعلق حق غیر نسبت بمال موهوب حق رجوع ساقط میشود و پس از زوال حق موجبی برای عودت حق مزبور موجود نیست و چنانچه تردید شود عدم آن استصحاب میگردد، علاوه بر آنکه از نظر قضائی ظاهر ماده، اجازهٔ رجوع را در مورد مزبور از واهب سلب نموده است.

۵- در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود-

ظاهر عبارت آنست که هر تغییری در صورت شخصیه عین موهوبه پیدا گردد اگر چه صورت نوعی آن تغییری ننماید مانع از رجوع واهب خواهد بود مانند آنکه پارچه بریده شود یا گندم آرد گردد.

اضافه نمودن مال از طرف متهب بر مال موهوب، تغییر محسوب نمیشود مگر آنکه نحوهٔ اضافه طوری باشد که عرف آن را تغییر بداند چنانکه در زمین مورد هبه درخت بکارند یا عمارت بنا کنند. فرقی نمینماید که تغییر در عین موهوبه از ناحیه متهب باشد یا شخص ثالث و یا آنکه واهب باجازه و یا بدون اجازهٔ متهب در آن تغییری دهد. امر اخیر در صورتی است که واهب از تغییری که در عین موهوبه میدهد قصد رجوع از هبه را نداشته باشد و الا عمل او کاشف از رجوع خواهد بود. فقهای امامیه در سقوط رجوع بوسیله تصرف دارای اقوال مختلفی میباشند که ذیلًا بیان میگردد:

۱- از مشهور حکایت شده است که مطلق تصرف در عین موهوبه موجب سقوط حق واهب از رجوع میگردد.

۲- تصرف موجب سقوط حق رجوع واهب نمیگردد و حق مزبور برای او پس از تصرف باقی است.

۳- تصرفی که موجب تغییر صورت در عین موهوبه گردد، مانند بریدن پارچه و آرد نمودن گندم حق رجوع واهب را ساقط میگرداند و تصرفی که تغییر صورت در عین موهوبه ندهد حق رجوع واهب را ساقط نمی‌نماید مانند سکونت در خانه، سواری اسب و اتومبیل. قانون مدنی از قول اخیر پیروی نموده و تغییر را موجب سقوط

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۳۹۹

حق رجوع دانسته است.

در موارد پنج‌گانه بالا واهب نمیتواند از هبه‌ای که نموده رجوع کند مگر آنکه ضمن عقد هبه با متهب شرط نموده باشد که در مدت معینی حق رجوع از هبه را دارد.

از تألیفات بعضی از فقهای امامیه فهمیده میشود که آنان شرط حق رجوع را در موارد پنج‌گانه بالا بر خلاف مقتضای ذات عقد دانسته و آن را باطل و مفسد عقد هبه میدانند ولی آنچه قول مشهور بر آنست و در موارد عدیده تذکر داده شد جواز و لزوم از مقتضیات ذات عقد هبه نیستند تا شرط خلاف آن، شرط خلاف مقتضای عقد تلقی شود و الا درج خیار فسخ در عقد لازم صحیح نمی‌بود و حال آنکه خیار شرط یکی از اقسام خیارات بشمار آمده است و در کلیه معاملات لازمه جاری میگردد. ممکن است توهم شود که عقد هبه طبعاً جایز است و در موارد پنج‌گانه بالا از نظر خصوصیتی را که در بر دارد، قانون آن را غیر قابل رجوع دانسته

است و شرط رجوع در ضمن آن بر خلاف مصالح میباشد که قانون در نظر داشته است. بنظر میرسد که توهم مزبور بدون دلیل میباشد و عدم قابلیت رجوع در حال اطلاق عقد هبه، موجب بطلان شرط رجوع در آن نخواهد بود.

در مواردی که طبق مادهٔ «۸۰۳» ق. م. واهب نمیتواند از هبه رجوع کند، میتواند برای مدت معینی حق فسخ برای خود قرار دهد، زیرا طبق مادهٔ «۴۵۶» ق. م. تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه جاری میگردد مگر خیار مختصه به بیع، و عقد هبه یکی از معاملات بمعنی اعم میباشد. بنابراین خیاراتی که با طبیعت عقد مزبور شایستگی دارد مانند خیار شرط و تخلف شرط، در هبه جاری میگردد. در صورتی که واهب حق فسخ برای خود بگذارد میتواند در مدت معینه از حق خیار خود استفاده کرده و هبه را فسخ بنماید اگر چه عین موهوبه تلف شده باشد (چنانکه در احکام خیارات در جلد اول گذشت).

در مدت خیار چنانکه در بیع شرط گذشت متهب نمیتواند در عین موهوبه تصرفی کند که منافی با خیار واهب باشد، بنابراین متهب نمیتواند عین موهوبه را تلف و یا ناقص

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۰

بنماید و یا آنکه آن را بدیگری انتقال و یا متعلق حق غیر قرار دهد. فرق بین رجوع و فسخ آنست که رجوع چنانکه از لفظ آن نیز فهمیده میشود بمعنی استرداد عین است و آن چنانکه مادهٔ «۸۰۳» ق. م. تصریح مینماید در موردیست که عین موهوبه موجود و تغییری در آن حاصل نشده باشد، بر خلاف فسخ که منحل نمودن و بر هم زدن عقد است مانند مورد اشتراط خیار در صلح محاباتی که مشروط له میتواند در مدت معینه، عقد صلح را منحل کند و عین را مسترد دارد و در صورتی که عین تلف شده باشد بدل را از مثل و یا قیمت بخواهد.

رجوع

اشاره

رجوع مانند فسخ بهر لفظ و فعلی که دلالت بر آن نماید واقع میشود، مانند آنکه واهب بمتهب بگوید از هبه رجوع نمودم یا مال مرا بده و یا آنکه از دست متهب آن را بقصد رجوع بگیرد. در رجوع اعلام بمتهب لازم نیست و قصد واهب بر این امر کافی میباشد همچنانی که در فسخ شرح آن بیان گردید (احکام خیارات در جلد اول) بنابراین در مواردی که واهب میتواند از هبه رجوع کند هرگاه پس از قبض عین موهوبه بمتهب، بنحوی از انحاء آن را بشخص ثالث واگذار نماید مانند آنکه عین موهوبه را بفروشد، یا صلح کند و یا متعلق حق غیر قرار دهد، عمل واهب صحیح میباشد، زیرا طبق مادهٔ «۲۲۳» ق. م. هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است. این امر در صورتی صحیح میباشد که واهب از هبه رجوع نموده باشد، بدین جهت باید فرض نمود که واهب در عقدی که با شخص ثالث منعقد مینماید از هبه رجوع کرده است و آن در موردیست که واهب توجه بآنکه مال را قبلا بدیگری هبه نموده است داشته باشد و الا ـ چنانکه واهب در حین معاملهٔ با شخص ثالث، هبه را فراموش کرده و یا بعنوان متهب معامله نماید عقد مزبور فضولی میباشد، زیرا رجوع محتاج بقصد است. عده‌ای از فقهای امامیه بر آنند که چنانچه واهب قبلا از هبه رجوع نکرده باشد و با شخص ثالث نسبت بعین موهوبه معاملهٔ بنماید، آن معامله باطل خواهد بود و مال موهوب در ملکیت متهب باقی است و مادام

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۱

عین آن موجود است واهب میتواند از آن رجوع کند. اینان بر ادعای خود چنین استدلال میکنند که عقد بیع منعقد نمیشود مگر آنکه بیع از طرف مالک نسبت بملک خود باشد (لا ـ بیع الا فی ملک) و فرض در مسأله آنست که واهب قبل از معامله با شخص ثالث از هبه رجوع ننموده است و مادام که از آن رجوع ننماید مبیع در ملکیت متهب باقی است و ملک بایع نمیباشد. بنابراین در

فرض مزبور بیع متوقف بر تحقق رجوع است و رجوع هم متوقف بر بیع میباشد و این امر موجب دور میگردد، و یک امر (عقد بیع) نمیتواند رجوع و عقد باشد یعنی شیئی واحد نمیتواند ناقل بواهب و مملک بشخص ثالث (خریدار) قرار گیرد. عدهٔ دیگر از فقهای متأخرین معتقد بر صحت بیع مزبور میباشند و بر آنند که بایع بوسیلهٔ عقد بیع قصد رجوع از هبه را دارد و قاعدهٔ لا بیع الا فی ملک اقتضاء نمیکند که انشاء بیع متوقف بر بودن مبیع در ملک بایع باشد بلکه مقتضای قاعده متوقف بودن انتقال مبیع بر وجود آن در ملک بایع است و در فرض بالا ـ با شروع باجراء عقد (یعنی شروع بایجاب) رجوع محقق میگردد و پس از اتمام عقد (یعنی اتمام قبول) انتقال مبیع از بایع بمشتری حاصل میشود، بنابراین در حال انتقال، مبیع در ملکیت بایع است. علاوه بر آنکه لازم نیست رجوع بوسیلهٔ لفظ بعمل آید بلکه چنانکه گذشت ممکن است فعلی باشد و با توضیحی که در بالا داده شد بیع یکی از افراد آنست.

در صورتی که واهب عین موهوبه را پس از آنکه بقبض متهب داد، تلف یا ناقص نماید، در مقابل متهب مسئول آن تلف و نقص خواهد بود زیرا پس از قبض، مال موهوب از آن متهب است و طبق مادهٔ «۳۲۸» و «۳۳۱» هر کس مال دیگری را تلف یا ناقص کند ضامن آن میباشد. این امر در صورتی است که واهب از عمل خود قصد رجوع از هبه ننموده و از مواردی باشد که میتوان از هبه رجوع کرد و الا عمل مزبور رجوع فعلی از هبه شناخته میشود.

آثار رجوع

۱– رجوع مانند فسخ ایقاع است و احتیاج بقبول و رضایت متهب ندارد

همچنانی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۲

در مورد رجوع در طلاق رجعی و رجوع ببذل در طلاق خلعی میباشد.

۲– رجوع حکم است بر خلاف فسخ که حق میباشد

بدین جهت رجوع قابل انتقال و اسقاط شناخته نشده و نمیتوان عدم رجوع را ضمن عقد لازم شرط نمود (یعنی در صورت رجوع عقد هبه منحل نشود) اینست که پس از قبض عین موهوبه هرگاه واهب بمیرد هبه لازم میگردد و وارث او نمیتواند از هبه رجوع کند. قول مزبور را علامه، شهید، فخر المحققین و محقق ثانی متابعت نمودهاند و محقق قمی از آنان پیروی کرده است، زیرا دلیلی بر حق بودن رجوع موجود نیست و اصل عدم جواز رجوع وارث میباشد. چنانچه گفته شود که جواز رجوع در اثر فوت واهب بورثه منتقل میگردد، پاسخ داده میشود که جواز رجوع حکم است و مانند حقوق مالی جزء ترکه قرار نمیگیرد تا بورثه منتقل شود، و بر فرض آنکه جواز رجوع هم از اقسام حقوق محسوب گردد، قدر متیقن آنست که از حقوق قائم بشخص واهب میباشد و فقط شخص او میتواند از آن استفاده کند و حقوق قائم بشخص در اثر فوت زایل میشود، زیرا آنچه از اخبار وارده که تنها دلیل جواز رجوع از هبه میباشد فهمیده میشود آنست که پس از قبض، واهب نمیتواند مگر در موارد معینهای از هبه رجوع نماید و این امر بتنهائی قابلیت انتقال حق رجوع را بورثه در اثر فوت نمیرساند. قانون مدنی از نظریهٔ بالا در ماده «۸۰۵» پیروی نموده و میگوید: «بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست».

۳– بنظر میرسد در مواردی که واهب میتواند از هبه رجوع نماید، میتواند ضمن عقد لازم ملتزم شود که از آن رجوع نکند،

در این صورت هرگاه واهب بر خلاف شرط عمل نمود، مشروط له میتواند نسبت بعقدی که ضمن آن شرط مزبور شده است در حدود خیار تخلف شرط رفتار نماید. بنابر آنچه گذشت که شرط ضمن عقد جایز الزام‌آور نمیباشد لذا هرگاه واهب ضمن عقد هبه

شرط نماید که از آن رجوع ننماید، شرط مزبور لازم الاتباع نخواهد بود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۳
میتوان هبه را بصورت شرط نتیجه ضمن عقد لازم قرار داد چنانکه کسی مالی را بدیگری بفروشد و ضمن آن شرط کند که خانه مشتری بعنوان هبه از آن بایع باشد در این صورت عقد هبه لازم میگردد و پس از قبض عین موهوبه واهب نمیتواند از آن رجوع کند.

۴- طبق ماده «۸۰۴» ق. م. نمائات عین موهوبه اگر متصل باشد مانند چاقی حیوان و نمود درختان پس از رجوع، از آن واهب است

و اگر منفصل باشد مانند نتاج حیوانات و میوهٔ درختان، مال متهب خواهد بود زیرا آنها در ملك متهب حاصل شده‌اند و رجوع عین موهوبه نسبت بآنها سرایت نمیکند. عدم متابعت نتایج از عین موهوبه در مورد رجوع در صورتی است که حمل در ملکیت متهب بعمل آمده باشد و الا هرگاه قبل از قبض عین موهوبه موجود شده باشد نتایج از آن واهب است. بنابراین هرگاه در زمان رجوع، حیوان مورد هبه حامله باشد نتایج از آن متهب است و پس از وضع حمل و عدم احتیاج آن بمادر، واهب باید آن را بمتهب مسترد دارد، زیرا در حقیقت حمل وجود مستقلی است که در رحم مادر قرار گرفته. قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیه است و بنظر میرسد که با اصول و قواعدی که قانون مدنی از آن پیروی نموده بتوان در مقام دادرسی از قول مشهور متابعت نمود. ابن حمزه که یکی از فقهای امامیه است بر آن میباشد که چنانچه حمل در ملك متهب بوجود آید و تا زمان رجوع، حیوان نزائیده باشد، حمل از آن واهب است، زیرا عرفاً حمل مانند نمائات متصله، جزء حیوان محسوب میشود.

۵- در مواردی که واهب حق رجوع از هبه را دارد هرگاه بهبه رجوع کند، عین موهوبه را بهر وضعیتی که بیابد از متهب مسترد میدارد

و چنانچه نزد متهب معیوب شده باشد واهب نمیتواند از متهب ارش بخواهد اگر چه عیب در اثر عمل متهب بوجود آمده است، زیرا واهب بوسیلهٔ هبه متهب را مجاناً بر مال خود مسلط کرده و عیب در ملك متهب حاصل شده است، بنابراین متهب ضامن عیب نمیباشد همچنانی که هرگاه عین موهوبه تلف میگشت ضامن نمیبود
حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۴
در صورتی که در اثر عمل متهب، زیادتی در عین موهوبه حاصل شده باشد نظر بوحدت ملاك مستنبط از مادهٔ «۲۸۸» ق. م. واهب در حین رجوع بمقدار قیمتی که بسبب عمل او زیاد شده مستحق خواهد بود. یعنی عین موهوبه قبل از عمل و بعد از عمل تقویم شده و متهب بنسبت فرق بین آن دو از واهب دریافت میدارد، زیرا عمل متهب باجازهٔ قانون در ملك خود بوده و محترم میباشد.
هرگاه متهب زیادتی از مال خود بر عین موهوبه افزوده باشد و واهب از هبه رجوع کند، آن زیادتی متعلق بمتهب است و میتواند آن را جدا نموده بر دارد و واهب نمیتواند با دادن عوض، متهب را از این عمل بازدارد.
چنانچه ایراد شود که عیب و زیادتی موجب تغییر در عین موهوبه میگردد و طبق شق «۴» مادهٔ «۸۰۳» ق. م. آن یکی از مواردی است که واهب نمیتواند از هبه رجوع نماید، بنابراین فروض سه گانه بالا مورد عمل پیدا نمیکند. در پاسخ ایراد مزبور گفته میشود جواز رجوع در صورتی است که عیب و زیادتی طوری نباشد که عرفاً گفته شود در عین موهوبه تغییری حاصل شده است، مثلًا هرگاه مورد هبه خانه‌ای باشد و مجرای آب آن بگیرد و یا چند شیشه از پنجرهٔ آن بشکند از نظر عرف تغییری در وضعیت آن پیدا نشده است ولی هرگاه در اثر زلزله یا حریق قسمتی از خانه بسوزد و یا اطاقی واژگون گردد، عرفاً گفته میشود که مورد هبه تغییر پذیرفته است. همچنانی که هرگاه عین موهوبه خانه‌ای باشد و پنجره‌هایش چندین شیشه کم داشته و متهب آنها را افزوده باشد در نظر عرف تغییری در خانه حاصل نشده است، ولی چنانچه عین موهوبه زمین بائر یا زراعتی باشد و تمام آن کرد بسته شود و درخت در آن

غرس گردد عرفاً گفته میشود که مورد هبه تغییر پذیرفته است.

صدقه–

فقهای امامیه بر آنند که صدقه مانند هبه بوسیلهٔ ایجاب و قبول اگر چه فعلی باشد و قبض محقق میگردد و علاوه بر آن احتیاج بقصد قربت نیز دارد، یعنی صدقه دهنده باید در دادن مال بدیگری قصد کند که برای رضای خداوند آن را میدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۵

در صدقه مستحب لازم نیست که بفقرا داده شود بلکه میتوان بغیر فقیر نیز صدقه داد.

صدقه بر بنی هاشم حرام میباشد.

مادهٔ «۸۰۷» ق. م. میگوید: «اگر کسی مالی را بعنوان صدقه بکسی بدهد حق رجوع ندارد» چنانکه از مادهٔ مزبور فهمیده میشود عقد صدقه پس از قبض لازم میگردد و صدقه دهنده نمیتواند از آن رجوع کند اگر چه عین آن باقی و صدقه بر اجنبی (غیر از پدر یا مادر یا اولاد) باشد. نظر بروح مواد مربوطهٔ بوقف و مستنبط از مادهٔ بالا و آنکه قصد قربت در صحت آن شرط است، شرط فسخ در صدقه صحیح نمیباشد و بدین جهت میتوان گفت که اقالهٔ آن نیز صحیح نیست.

بعضی از فقهاء بر آنند که چون صدقه جنبهٔ عبادی دارد دارای ثواب اخروی میباشد و این امر آن را در حقیقت معوض میگرداند و بلکه عوض اخروی برتر از عوض دنیوی است و بدین جهت صدقه دهنده نمیتواند پس از قبض از آن رجوع کند. شیخ بر آنست که صدقه مستحب در حکم هبه است و در مواردی که واهب میتواند از هبه رجوع کند صدقه دهنده میتواند از صدقه رجوع نماید.

قانون مدنی فرقی بین صدقه مستحب و واجب نگذارده و بطور اطلاق آن را قابل رجوع نمیداند.

در صورتی که واهب در هبه قصد تقرب کند، طبیعت عقد تغییر می‌یابد و بصدقه تبدیل میشود و واهب نمیتواند از آن رجوع نماید، بعضی معتقدند که در صورت مزبور هبه بحال خود باقی است ولی چون قصد تقرب در آن شده و واهب مستحق ثواب میگردد از اقسام هبهٔ معوض میباشد و در هبهٔ معوض واهب نمیتواند از آن رجوع کند. آنچه بنظر میرسد هبه‌ای که واهب قصد تقرب بنماید در حقیقت صدقه است و صدقه بغیر از تملیك بقصد تقرب چیز دیگری نیست، زیرا اعتبار الفاظ عقود از نظر کاشفیت از قصد متعاملین میباشد و صدقه بغیر از دادن مال بدیگری برای تقرب بخداوند چیز دیگری نیست چه بکلمه هبه ادا شود و یا بکلمه دیگری که این معنی را برساند.

تبصره ۱ اقرار بهبه اقرار بقبض عین موهوبه نمیباشد،

زیرا مفهوم هبه عبارت از عقد هبه

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۶

(ایجاب و قبول) است و شامل قبض نمیشود اگر چه هبه محقق نمیگردد مگر پس از قبض دادن عین موهوبه بمتهب. بنابراین چنانچه واهب باستناد اقرار متهب بهبه، استرداد عین موهوبه را، بدعوی آنکه از هبه رجوع کرده است، از او بخواهد، و متهب منکر قبض دادن عین موهوبه بخود گردد، بدون ابراز دلیلی از طرف واهب بر قبض عین موهوبه، محکوم به بی‌حقی می‌شود. و همچنین هر گاه متهب بر واهب اقامهٔ دعوی کند باستناد آنکه واهب اقرار بهبه مالی که در دست دارد باو نموده است و آن مال را بخواهد و واهب منکر قبض آن گردد، بدون اقامه دلیل از طرف متهب بر قبض، محکوم به بی‌حقی میشود.

بعضی از فقهای امامیه بین موردی که دعوی بر شخص واهب اقامه شود و موردی که دعوی بر ورثه او اقامه گردد، فرق گذارده‌اند و در فرض اخیر بدون آنکه از طرف متهب دلیلی بر قبض عین موهوبه اقامه گردد دعوی او را پذیرفته‌اند و بر آنند که انکار وارث

واهب بعدم قبض عین موهوبه در حقیقت دعوی فساد عقد هبه میباشد (زیرا چنانکه گذشت هر گاه واهب قبل از قبض بمیرد هبه باطل میشود) و هر عقدی که واقع شود محمول بر صحت است مگر آنکه فساد آن ظاهر گردد، بر خلاف آنکه دعوی از طرف متهب بر شخص واهب اقامه شود و مطالبهٔ عین موهوبه را بنماید که نتیجهٔ دعوی مزبور مبتنی بر عدم قبض عین موهوبه یعنی عدم تحقق هبه است. در پاسخ اینان گفته شده است که از نظر تحلیلی فرقی بین دو مورد بالا نیست و مرجع دعوی بر ورثه فساد عقد هبه نمیباشد، زیرا در این امر متهب بعنوان آنکه ورثه قائم مقام واهب میباشند اقامه دعوی میکند و چنانچه آنها سمت وراثت از واهب را نداشتند گفتگوئی با آنان در میان نبود، بنابراین دعوی بر ورثه مانند دعوی بر مورث است. بعضی از فقهای امامیه بر آنند که از نظر تحلیلی فرقی نمینماید که عین موهوبه در تصرف واهب باشد و متهب بر او اقامه دعوی نماید و استرداد عین موهوبه را بخواهد یا بالعکس، زیرا تصرف متهب در عین موهوبه دلیل بر قبض آن نمیباشد و موجبات تصرف مختلف است. بنظر میرسد که فرق بین دو فرض

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۷

هویدا است، زیرا ظاهر در تصرف متهب در عین موهوبه آنست که عین موهوبه در اثر، هبه بقبض او داده شده است و چنانچه واهب ثابت ننماید که بعنوان دیگری مانند ودیعه، عاریه یا غصب متهب آن را تصرف نموده حکم بتحقق هبه صادر میگردد.

تبصره ۲ در صورتی که کسی مالی را بدیگری هبه کند و یا اذن دهد که خود آن را قبض نماید،

چنانچه متهب بدون آنکه عملاـ عین موهوبه را قبض کند آن را بقصد قبض بفروشد و یا اجاره دهد عمل مزبور کفایت از قبض میکند، زیرا قبض احتیاج بتصرف مادی ندارد بنابراین هرگاه پس از معامله معلوم گردد که آن معامله باطل بوده کشف میشود که قبض محقق نشده است زیرا قبض بوسیلهٔ معامله بعمل آمده و آن کان لم یکن میباشد، و بعبارت دیگر آنچه در حکم قبض بوده باطل است و قصد بتنهائی نمیتواند قبض محسوب شود و بالعکس چنانچه واهب پس از تسلیم عین موهوبه بمتهب آن را بفروشد و سپس کشف شود که آن معامله باطل است، رجوع از هبه باطل نخواهد بود، زیرا رجوع بوسیلهٔ قصد واهب بعمل می‌آید و چنانکه در جلد اول گذشت در صحت ایقاع اراده حقیقی بتنهائی کافی است و احتیاج باراده انشائی ندارد که کاشف از آن باشد، بنابراین بطلان معامله واهب تأثیر در صحت رجوع ندارد. در این امر فرق نمیکند که طرف معاملهٔ متهب باشد یا شخص ثالث. بنظر میرسد که در فرض اول نیز بطلان معامله در صحت قبض تأثیر نداشته باشد زیرا طبق مادهٔ «۳۶۸» ق. م. «تسلیم وقتی حاصل میشود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگر چه مشتری آن را هنوز عملا تصرف نکرده باشد» و این امر احتیاج بتصرف مادی از طرف متهب ندارد و بوسیلهٔ هر نوع فعلی از افعال قبض میتواند محقق گردد و یکی از آن افعال عقد باطل است. توهم نرود که عقد باطل کان لم یکن است و هیچ‌گونه اثری ندارد، زیرا در معامله از ناحیه متهب، ناچار ایجاب از طرف او ادا میشود و این امر اگر چه بجهتی از جهات اثر معامله را در بر نداشته باشد ولی فعلی است که میتواند در حکم قبض قرار گیرد. و باید متذکر بود، قبض در هبه که موجب تحقق هبه میگردد با قبض در بیع که ایفاء تعهد است، از حیث ماهیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۸

و مفهوم با یکدیگر فرق ندارند بدین جهت میتوان از مادهٔ «۳۶۸» ق. م. در مورد قبض هبه استفاده نمود.

تبصرهٔ ۳ در صورتی که پس از تحقق هبه واهب از آن رجوع نماید

و متهب مدعی شود که قبل از رجوع تغییری در عین موهوبه حاصل شده بود و واهب مدعی گردد که آن تغییر پس از رجوع بوجود آمده است. مثلا کسی پارچه‌ای بدیگری هبه نموده و بقبض او داده است و سپس که از هبه رجوع مینماید، متهب مدعی

میشود که قبلا پارچه را برای لباس خود بریده است. دادرس مواجه با یکی از سه صورت زیر میگردد:

۱- تاریخ هیچ‌یک از تغییر و رجوع معلوم نیست و هیچ‌یک از واهب و متهب نمیتواند تقدم رجوع و یا تغییر را ثابت نماید. در این صورت دادرس خواهان را محکوم به بی‌حقی مینمایـد، زیرا اصل تأخر حادث در هر یک از رجوع و تغییر فرض میشود و با تعارض آن دو اصل با یکدیگر، هر دو ساقط میگردند و هبه بحال خود باقی میماند.

۲- تاریخ تغییر معلوم میباشد ولی تاریخ رجوع مجهول است، یعنی هیچ‌یک از واهب و متهب دلیلی که بتواند تاریخ رجوع را معین نماید ابراز نمیکند و معلوم نیست که قبل از تغییر واهب از هبه رجوع نموده یا بعد از آن، در این صورت مانند صورت قبل هبه بحال خود باقی میماند زیرا اصل، تأخر حادث میباشد یعنی فرض میشود که رجوع پس از تغییر در عین موهوبه حاصل شده است و رجوع واهب صحیح نمیباشد.

۳- تاریخ رجوع معلوم است ولی تاریخ تغییر مجهول میباشد چنانکه هیچ‌یک از واهب و متهب دلیلی که بتواند تاریخ حدوث تغییر را معین نمایـد ابراز نمیکنـد، در این صورت واهب در دعوی رجوع خود حـاکم شـناخته میشود، زیرا با جریان اصل تأخر حادث در تغییر، نتیجهٔ فرض آن است که تغییر در عین موهوبه پس از رجوع واهب میباشد.

و ماننـد مسـئلهٔ مـذکور در فوق است هرگـاه واهب از هبه رجوع نمایـد و چون بمتهب مراجعه کنـد تـا عین موهوبه را مسترد نمایـد، معلوم شود که متهب فوت کرده است.

تبصره ۴ در صورتی که پس از قبض دادن عین موهوبه بمتهب و تلف آن نزد او کشف شود که هبه بجهتی از جهات باطل بوده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۲، ص: ۴۰۹

چنـانچه هبه غیر معـوض باشـد، متهب مسـئول عـوض آن در مقابـل واهب نمیباشـد، زیرا واهب متهب را بر اتلاـف مـال خود مجـاناً مستولی نموده است و چنانچه هبه معوض باشـد، نظر بوحـدت ملاک هبهٔ معوض با بیع طبق مادهٔ «۳۶۶» ق. م. متهب بایـد بدل عین موهوبه را از مثل یا قیمت بواهب بدهد.

بعضـی از فقهای امامیه احتمال داده‌اند که متهب باید هر یک از بدل و عوض مذکور در عقد را که کمتر ارزش دارد بواهب بدهد، زیرا هرگاه عوض مذکور در عقد کمتر باشد، آن مقدار، عوض قرار دادیست یعنی مورد توافق قرار گرفته است و هرگاه ارزش بدل کمتر است آن، عوض حقیقی مال تالف میباشد.

تبصره- ۵ در صورتی که پس از قبض عین موهوبه بمتهب کشف شود که مال مزبور مستحق للغیر میباشد،

هرگاه عین موجود باشد مالک بمتهب رجوع نموده آن را دریافت میدارد و چنانچه تلف شده باشد مالک میتواند بهر یک از واهب و متهب رجوع کنـد و بدل آن را بخواهد، زیرا طبق مادهٔ «۳۲۷» ق. م. که میگوید: «اگر ترتب ایادی بر مال مغصوب بمعامله دیگری غیر از بیع باشـد، احکـام راجعه به بیع مـال غصب که فوقـاً ذکر شـده، مجری خواهـد بود، آنان در مقابل مالک، غاصب یا در حکم غاصب شناخته میشوند.

بنابراین در صورتی که مالک بمتهب رجوع کند و بدل عین موهوبه را دریافت دارد، هرگاه متهب جاهل بر مسـتحق للغیر بودن عین موهوبه بوده میتواند بواهب رجوع کند و آنچه را بمالک داده بخواهد، زیرا متهب در قبول هبه مغرور بوده و تصور مینموده که مالی را مجانـاً بـدست آورده است و چنانچه احتمال میـداد که عین موهوبه متعلق بغیر میباشـد و در صورت تلف بایـد بـدل آن را بمالک بدهد هبه را قبول نمینمود.

در صورتی که هبه کلی باشد، چنانکه کسی ده تن گندم کلی بدیگری هبه بنماید و در مقام تسلیم ده تن گندم متعلق بشخص ثالث

را بمتهب بدهـد، عقـد هبه بحـال خود بـاقی است و واهب میتوانـد ده تن از گنـدم خود بمتهب تسـلیم نمایـد، زیرا هبه بوسـیلهٔ قبض صحیح، محقق میگردد و قبض مال غیر، صحیح نبوده و کان لم یکن میباشد.

پایان جلد دوم

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

جلد سوم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیم

نویسـنده هر مرتبه نوشـته خود را بخوانـد اشـتباهاتی را کم و بیش در آن مشاهـده بکند که آن را تصـحیح مینماید و هرگاه نظریات علمی در آن ابراز کرده باشـد و آن را آزمایشـگاه تحقیق، تجزیه و تحلیل مجدد کند چه بسا بر خلاف نظر اول معتقد بشود و آن را تغییر میدهد ولی چنانچه آن نوشـته چاپ شده و در دسترس خوانندگان قرار گرفته باشد کمتر نویسنده بخود اجازه میدهد که آن را تغییر دهـد زیرا بیم آن دارد که بعـدم ثبات عقیـده متهم شود و مورد ایراد خوانندگان قرار گیرد. کسانی که آشـنائی با روش تحقیق دارند میدانند که در این روش نویسـنده نباید بیمی بخود راه دهد و هرگاه دارای شـجاعت ادبی باشد باشـتباه خود اعتراف کند تا از نتیجه تحقیق دیگران هم بهره‌منـد شونـد و جوانان هم از بیان اشـتباه خود ننگ ندارنـد، لـذا در تجدیـد چاپ جلد سوم حقوق مدنی اشتباهات و اغلاطی که بنظرم رسید تصحیح نمودم و دقت لازم بعمل آوردم.

شهریور ماه ۱۳۴۹- سید حسن امامی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴

مقدمه

اشاره

موضوع مجلّد سوم حقوق مدنی را سه کتاب: شفعه، وصیت وارث تشکیل میدهد.

هر یک از سه امر بالا خصوصیّتی را در بردارد که تأسیسات دیگر حقوقی فاقـد آن میباشـند که نظیر آن در مجلّـد اول و دوم دیده نمیشود. برای دانستن خصوصیّات هر یک از سه امر بالا بشرح زیر مبادرت میشود:

چنانکه در مجلّد اول و دوم ذکر شد تمامی مباحث گذشـته بر محور مالکیت و اسـباب آن دور میزند که بسیاری از آن تشریح شده است و مجلّد سوم نیز در پیرو آن دو مجلّد در بقیه اسباب مالکیت گفتگو مینماید. بدین جهت برای یادآوری گفته میشود:

مـالکیت عبارت است از رابطـهٔ تصوری و اعتباری که بین شـخص و شـیئی خارج پیـدا میشود و به او حق میدهـد که بتوانـد هرگونه تصرف و انتفاع را از آن ببرد، مگر آنکه قانون بجهتی از جهات آن را منع نماید.

در مالکیت سه امر جلب توجه میکند:

الف- شخصی که دارنده حق میباشد که مالک نامیده میشود.

ب- شیئی که موضوع حق است که بآن ملک گفته میشود.

ج- رابطه اعتبـاری که بین شـخص و شـیء موجود است. ملکیت برای اشـخاص بخودی خود بوجود نمیآیـد بلکه اموری را قانون از

اسباب پیدایش ملکیت دانسته است.

اسباب تملک

اشاره

چنانکه در مجلّد اول گذشت اشیاء در وضعیت اولیّه خود از هرگونه رابطهٔ حقوقی با اشخاص عاری میباشند. بتدریج اشخاص در اثر احتیاجات بر آنها مستولی شده و هر یک بعضی از آنها را بخود اختصاص داده و از تصرف دیگران در آن جلوگیری نموده است و سپس مورد نقل و انتقال قرار گرفته یعنی از مالک اولی بدیگری منتقل شده است. بنابراین اسباب تملك باعتبار وضعیت اشیاء بر دو قسمند:

اول– سبب تملک اشیائی که مالک ندارند

اینگونه اشیاء که در خارج از محیط عالم حقوقی قرار دارند کاملًا آزاد و مهیای برای تصرف و انتفاع اشخاص میباشد
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵
و آنها میتوانند آن را بخود اختصاص داده و تملك نمایند. این امر را حیازت مباحات گویند. برای حیازت دو امر را مقنن لازم دانسته است: یکی قصد تملك کسی که میخواهد آن را تملك کند و دیگر تصرفی که در خور طبیعت آن شیء میباشد از طرف کسی که قصد تملك آن را مینماید. این است که قانون در حیازت اراضی موات احیاء آن را لازم میداند و در حیازت معادن کندن و رسیدن بآن و در شکار و اشیاء مباحه دیگر تحت اختیار گرفتن آنها را شرط قرار داده است.

دوم– سبب تملک اشیائی که مالک دارند

پس از آنکه ملکیت از راه حیازت محقق گشت، آن ملکیت به اسباب معینه‌ای از مالك به دیگری منتقل میشود، یعنی رابطهٔ اعتباری که مالك با شیء خارج داشته بدست شخص دیگری می‌افتد و شخص اخیر جانشین مالك شده و حق مالكیت را ادامه میدهد. بنابراین انتقال ملکیت بوسیلهٔ دو نوع عمل حقوقی انجام میگیرد: یکی خروج از ملکیت مالك و دیگری دخول در ملکیت شخص دیگر. در این تحول فاصله موجود نیست و مدتی شیء بدون مالك نخواهد ماند.

انتقال مالکیت از شخصی بدیگری بیکی از طرق زیر ممکن خواهد بود:

الف– بتوافق ارادهٔ طرفین

اشاره

تصرف افراد در امور مالی بر پایه آزادی اراده گذاشته شده است، یعنی هر کس میتواند هر گونه تصرفی در دارائی خود بنماید و هر انتفاعی از آن ببرد یا بهر کس بخواهد واگذار نماید و همچنین هر کس میتواند چیزی که به او واگذار میشود بپذیرد و یا آن را رد کند، زیرا داخل نمودن مالی در ملکیت دیگری بدون موافقت او منّتی را ایجاب مینماید که بر خلاف آزادی فردی است.

بنابراین انتقالات در اثر توافق اراده ناقل و منتقل إلیه بوجود می‌آید. توافق مزبور عقد است.
قانون مدنی برای صحت عقود بطور کلی شرائط اساسی مقرّر داشته که آن را در موادّ «۱۹۰» ببعد متذکّر شده است. آن عقود بر دو دسته‌اند:

اول– عقود معینه

و آنها عقودی هستند که دارای احکام مخصوص بخود میباشند مانند: بیع، اجاره، رهن و امثال آنها. در انعقاد این گونه عقود علاوه بر آنکه طرفین باید قصد انعقاد عقد مخصوصی را که در نظر دارند داشته باشند، باید شرائط
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶
مختص بـآن عقـد که قـانون متـذکّر شـده است رعـایت گردد، ماننـد لزوم قبض در حق انتفاع وقف، رهن و هبه، همچنانی که بعض دیگر از عقود از برخی از شـرائط اساسـی بجهتی از جهات معاف شده‌اند، مانند ضـمان، صلح و جعاله که از شرط معلوم بودن مورد معاف هستند. هر یک از عقود معینه دارای شرائط و احکام مخصوص بخود میباشند.
یکی از عقود معینه وصـیت میباشد که یکی از موضوعات مجلّد سوم قرار گرفته است. وصـیت یا انتقال پس از موت خصوصـیتی را در بردارد که موجب شـده است مورد گفتگوی جـداگانه قرار گیرد و آن خصوصـیّت آنست که طـبیعت انتقـال در وصـیّت معلق بر فوت موصـی است و قبول موصـی له ممکن است پس از فوت موصـی اتفاق افتـد، چنانکه عموماً هم بـدین منوال است و حال آنکه یکی از شـرائط اساسی صحت معامله، مختار بودن طرفین عقد از ابتداء شروع به ایجاب تا انتهای قبول است یعنی تا آنکه عقد منعقد گردد و پس از فوت موصـی که موصـی له وصـیت را قبول مینماید موصـی مرده و دارای اختیاری نیست. خصوصـیت مزبور و معلق بودن انتقال بر فوت موصی، موجب شده است قانون آن را قبل از ارث که آن هم انتقال بسبب فوت است بیان نماید.

دوم– عقود غیر معینه

و آنها عقودی هستند که طرفین بدون در نظر داشتن آثار مخصوص بیکی از عقود معینه، منعقد مینمایند.

ب– بارادهٔ مالک

بر خلاف اصل حاکمیت اراده اشـخاص در امور مالی، قانون اجازه داده است که بصورت شـرط ضـمن عقد بتوان تعهد بنفع شخص ثالث نمود و یا مالی را به او واگـذار کرد بطوری که شـخص ثالث بـدون آنکه قبول نماید متعهد له و مالک آن مال بشود. (چنانکه در تعهـد بنفع شـخص ثالث در مجلد اول شـرح آن گذشت) این امر اگر چه موجب تحمیل منّتی بر منتقل الیه است ولی علم حقوق پذیرفته همانگونه که در ابراء که اسقاط حق است بدون موافقت مدیون دین او ساقط میگردد، اگر چه منّتی بر مدیون باشد.

ج– بارادهٔ منتقل الیه–

مورد دیگری که قـانون بجهت مصـلحتی بر خلاـف حـاکمیت اراده در امور مالی رفتار کرده است، شـفعه میباشـد و آن تملک مبیع بوسیلهٔ شریک از مشتری است، بدون آنکه مشتری موافقت با آن نماید. این امر که اخراج

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷
مال از ملکیت مالک بدون رضای او است از نظر فن حقوقی خصوصیّتی را در بردارد که ایجاب نموده قانون مدنی آن را در ردیف وصیّت قرار دهد که خصوصیّت منحصری را بین عقود دارا میباشد و الا مقتضی آن بوده که شفعه در مجموعهٔ قانون مدنی بلافاصله پس از بیع قرار داده شود، زیرا طبق مادهٔ «۸۰۸» حق شفعه فقط در اثر بیع بوجود می‌آید.

د- بدون ارادهٔ طرفین

در اثر فوت مالک بدون اراده و اختیار او ترکه باشخاص معینی منتقل میگردد، بدین جهت آن را انتقال قهری گویند. یکی از تأسیسات حقوقی که سوابق تاریخی ممتدی را در بردارد ارث است که در تمامی ادوار دستخوش تحولات عمیقی قرار گرفته و تغییرات بیشماری را نیز طی خواهد نمود. علت عمده این امر آنست که، کسانی بوسیلهٔ دسترنج خود اموالی را بدست می‌آوردند و میمردند و آن اموال را باقی میگذاردند، اشخاصی بعناوین مختلفه خود را ذیحق در آن میدانستند گاه بنام رئیس خانواده و گاه دیگر بنام دولت و بالأخره بنام خویشاوندی. قوانین در هر دوره بجهاتی که عادلانه میپنداشته بعضی از خویشاوندان را بر بعض دیگر برتری داده و عده‌ای را نیز مأیوس کرده است. این امر ارث را کاملًا از تأسیسات حقوقی دیگر در اموال جدا نموده است و بدین جهت آخرین باب در مجموعه قانون مدنی جلد اول که در اموال میباشد قرار گرفته است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹

[تتمهٔ کتاب دوم در اسباب تملک]

اشاره

بسم اللّه الرحمن الرحیم و به نستعین

قسمت سوم در اخذ بشفعه

اشاره

در حقوق مدنی أخذ بشفعه تنها موردیست که با بودن مالک در قید حیات، دیگری میتواند ملک او را بدون موافقتش تملّک کند، بدین جهت قانون مدنی آن را پس از عقود که سبب تملیک ارادی میباشد بیان نموده است و حال آنکه از نظر سهولت در ترتیب و تنظیم قانون‌نویسی مقتضی آن بود که أخذ بشفعه در فصل بیع بیان شود، زیرا فقط در بیع جاری میگردد و از ملحقات آن بشمار میرود.

تعریف شفعه

شفعه بر وزن فعله (بضم فاء) در لغت جفت قرار دادن چیزی را با چیز دیگر گویند. اصطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیفتاده، زیرا در اصطلاح شفعه عبارت از تملّک حصهٔ فروخته شده شریک، بوسیلهٔ شریک دیگر میباشد. ماده «۸۰۸» ق. م. میگوید: «هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصهٔ خود را بقصد بیع بشخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است باو بدهد و حصهٔ مبیعه را تملّک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع

میگویند». اخذ بشفعه از أحکام استثنائی است، زیرا طبق اصل حقوقی نمیتوان ملکی را از ملکیت کسی بدون موافقتش خارج نمود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰

فصل اول شرائط اخذ بشفعه

اشاره

چنانکه از ماده «۸۰۸» ق. م. و مواد بعد از آن معلوم میگردد در صورتی که شرائط ذیل جمع شود حق اخذ بشفعه برای شریک حاصل میگردد:

۱- غیر منقول بودن مال

اشاره

ماده «۸۰۸» ق. م حق اخذ بشفعه را در موردی برای شریک ثابت میداند که مال غیر منقول باشد. منظور از کلمهٔ غیر منقول، غیر منقول ذاتی از قبیل: زمین میباشد. امّا غیر منقولی که بوسیلهٔ عمل انسان غیر منقول میشود: مانند ابنیه، آسیا و پرده نقاشی چنانچه بتبع عرصه فروخته شود، بتبع عرصه میتواند مورد حق شفعه قرار گیرد و چنانچه مستقلًا فروش رود طبق ماده «۸۰۸» ق. م که میگوید: «هر گاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود» شریک حق شفعه نخواهد داشت. قول مزبور مشهور بین فقهای امامیه است و اینان مکرّر در تألیفات خود دعوی اجماع بر این امر نموده‌اند. عدهٔ دیگر از فقهای امامیه مانند اسکافی و شیخ طوسی در نهایهٔ و استبصار و شیخ مفید در مقنعه و صدوقین (پدر و پسر) و سید مرتضی و أبو الصلاح و ابن إدریس و بعض دیگر شفعه را در أموال منقول مانند: لباس، آلات، کشتی، حیوان و امثال آن نیز جاری دانسته‌اند، و همچنین است در أموال غیر منقولی که بوسیلهٔ عمل انسان غیر منقول شده‌اند. مستند اینان روایت است. مشهور از نظر آنکه روایت مزبور را ضعیف میدانند و از طرف دیگر أخذ بشفعه تسلط بر مال غیر بدون رضای او است و از مقررات استثنائی و بر خلاف قاعدهٔ کلی میباشد، در مورد تردید اکتفا بمورد اجماع که حق شفعه در مورد مال غیر منقول است نموده‌اند. بنابر قول مشهور هر گاه کسی سهم مشاع خود را از درخت و بنا بتبع زمین محل آنها بفروشد، شریک میتواند آن را اخذ بشفعه بنماید، ولی چنانچه سهم مشاع از درخت و بنا بدون زمین محل آن بفروش رود، اگر چه قطعه زمینی از محل دیگر هم پیوست آن شود، شریک حق شفعه پیدا نخواهد نمود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱

تبصره

طبق ماده «۳۵۶» ق. م. هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع بنماید، اخذ بشفعه نیز شامل آن میگردد و بتبع مبیع مورد شفعه قرار میگیرد. مثلا چنانچه شریک سهم خود را از مزرعه‌ای بفروشد، کود جمع‌آوری شده، ریشهٔ یونجه و همچنین درخت و بنای متعلق به ارباب و حیاط اربابی داخل در مبیع خواهد بود. و هر گاه شریک دیگر از حق شفعه نسبت بمزرعه استفاده بنماید آن توابع، بتبع مبیع نیز مورد شفعه قرار میگیرد.

۲- مشاع بودن مال غیر منقول

اشاره

چنانکه ماده «۸۰۸» ق. م: «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد ...» تصریح مینماید، یکی از شرایط پیدایش حق شفعه، مشاع بودن مال غیر منقول است. این امر مورد اجماع علمای امامیه میباشد. بنابراین هرگاه دو نفر هر یک دارای قطعه زمینی باشد متصل بیکدیگر و یا آنکه خانه‌ای قبلا بین دو نفر مشترک بوده و بعداً تقسیم شده و بهر یک حصهٔ اختصاص یافته است (اگر چه عملا تفکیک بعمل نیامده و فاصلی نداشته باشند و از نظر فن ساختمانی قسمتی قسمت دیگر را تکمیل نماید) و یکی از دو مالک سهم خود را بشخص ثالث بفروشد، دیگری نمی‌تواند اخذ بشفعه نماید، زیرا شفعه برای جلوگیری از ضرر شرکت است و در فرض بالا شرکتی موجود نیست تا حق شفعه بوجود آید.

تبصره

طبق ماده «۸۱۰» ق. م «اگر ملک دو نفر در ممر یا مجری مشترک باشد و یکی از آنها ملک خود را با حق ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه دارد اگر چه در خود ملک مشاعاً شریک نباشند ولی اگر ملک را بدون ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه ندارد» قانون مدنی در ماده بالا بطور استثناء حق شفعه را در بیع ملک مفروز باعتبار مشاع بودن ممر یا مجری قرار داده است، از این استثنا نمیتوان تجاوز نمود و در موردی که دو مالک ملک مفروز که در حوض یا آب انبار با یکدیگر شریک باشند و یکی از آن دو سهم خود را بفروشد، حق شفعه را جاری ساخت، زیرا نمیتوان از روح مسأله حقوقی که بر خلاف قاعده کلی است استفاده نموده و در اشتباه و نظائر حکم آن را جاری ساخت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲

۳- قابل تقسیم بودن مال غیر منقول

طبق صریح ماده «۸۰۸» ق. م مال غیر منقول مشاع بین دو نفر، باید قابل تقسیم باشد تا در اثر فروش یکی از آن دو شریک، دیگری بتواند اخذ بشفعه بنماید. منظور از قابل تقسیم بودن ملک مشاع آنست که بتوان آن را طوری تقسیم نمود که ضرر فاحشی متوجه شرکاء نگردد، یعنی در اثر تقسیم ضرری بیش از آنچه که از خود تقسیم ممکن است متوجه شرکاء گردد، حاصل نشود.

مشهور از فقهای امامیه قابل تقسیم بودن ملک مشاع را شرط پیدایش حق شفعه میدانند. دلیل اینان آنست که حق شفعه بر خلاف قاعدهٔ سلطنت مالکانه است و فقط در مورد یقین، و آن مال غیر منقول قابل تقسیم است اجرا میشود و موردی که در وجود حق شفعه تردید شود اصل عدم، جاری میگردد و اخبار مربوطه گواه بر این امر میباشند.

بنابر نظریه مزبور، حق شفعه در مورد فروش سهم مشاع حمام و دکان غیر قابل تقسیم و آسیای کوچک و نهر و راه باریک بوجود نمیآید.

صاحب تنقیح دلیل استحسانی در تأسیس حق شفعه در ملک غیر منقول قابل تقسیم بیان نموده و آن این است که: حق شفعه در ملک قابل تقسیم، برای آن موجود میشود تا بدین وسیله از ضرری که مالک سهم مشاع در اثر تقسیم متحمل میگردد جلوگیری شود، ولی در ملک غیر قابل تقسیم این ضرر متصور نیست. دلیل مزبور مثبت مدعا نمیباشد، زیرا مستفاد از روایات آنست که حق شفعه برای دفع ضرر مالک است و معلوم نمیشود که کدام ضرر در نظر بوده است، شاید ضرر شرکت جدید میباشد که در اثر بیع

حاصل میگردد، بدین جهت بعضـی از فقهاء مانند سـید مرتضـی علت تأسـیس حق شـفعه را ضرر دانسته و گفته‌اند: ضرر شرکت در مـال غیر قابل تقسیم بیش از ضـرر آن در مال قابل تقسـیم است، زیرا در مال قابل تقسـیم هر یک از شـرکاء میتوانـد بوسـیلهٔ تقسـیم اجباری از ضـرر شـرکت خلاصـی یابد بر خلاف مال غیر قابل تقسیم که بغیر از فروش آن نتوان از شرکت خلاصی یافت. و چنانچه ضرر در افراز علت تأسـیس حق شـفعه باشـد، علت مزبور قبـل از فروش سـهم مشـاع از طرف شـریک نیز موجود بوده و حـال آنکه شریک حق

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳

شفعه نداشته است.

۴- دو نفر بودن شرکاء

اشاره

طبق صریح ماده «۸۰۸» ق. م حق شـفعه در مـال غیر منقول قابل تقسـیم در صورتی جاری میگردد که مال مزبور بین دو نفر مشترک باشد.

قول مزبور مشـهور بین فقهـای امـامیه است و قول دیگر آنست که هرگاه شـرکاء بیش از دو نفر باشـند بفروش یکی از آنان، نیز حق شفعه برای دیگران بوجود می‌آیـد. از ابن جنیـد در انتصار حکایت شـده است که اخذ بشـفعه را در عقار در موردی که بیش از دو شریک باشـند جایز میداند ولی در بیع حیوان بر آنست که حق شـفعه فقط بین دو شـریک یافت میشود. مسـتند طرفین روایاتی است که با یکدیگر اختلاف دارند. بنابر قول مشـهور که قانون مدنی پیروی نموده است، حق شفعه در موردی موجود میگردد که مال غیر منقول بین دو نفر مشترک باشد، بنابراین چنانچه مال مزبور بین سه نفر یا بیشتر مشترک باشد و بغیر از یک نفر تمامی شـرکاء سـهام خود را بکسـی بفروشـند آن یک نفر شـریک نمیتواند از مشتری اخذ بشـفعه کند، زیرا شـرط پیدایش حق شفعه بدستور ماده «۸۰۸» قانون مدنی آنست که قبل از بیع، شرکاء بیش از دو نفر نباشند.

مسأله ۱- در صورتی که مال غیر منقول بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آن دو، سهم خود را بچند نفر در یک عقد بفروشد،

شریک دیگر میتواند نسبت بتمامی آن سـهم اخذ بشـفعه نماید، زیرا در زمان عقد شـرکاء دو نفر بوده‌اند و با فروش یکی از شرکاء سهم خود را حق شفعه برای شریک دیگر حاصل میگردد و تعدد خریداران تأثیر در حق شفعه ندارد.

بنا بر نظریه‌ای که شـریک بتوانـد در مورد بالا اخـذ بشـفعه کند بحث دیگری پیش می‌آید و آن اینست که آیا شـفیع میتواند نسبت ببعض از قسمتهای سـهم مشترک که در یک عقد بفروش رفته اخذ بشفعه کند یا باید تمامی سهم شریک را اخذ بنماید و یا از حق خود صـرف نظر کند. مثلًا هرگاه شریکی سهم خود را بوسیلهٔ یک عقد بسه نفر بفروشد، آیا شریک دیگر میتواند نسبت بحصه یکی از مشتریان اخذ بشفعه کند و نسبت بدیگران صرف نظر نماید؟ بعضی از فقها بر آنند که هرگاه یکی از دو شریک

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴

سهم خود را در یک عقد بچند مشتری بفروشد، عقد مزبور منحل بعقود متعدده میشود و مانند آنست که مالک مزبور سـهم خود را بحصه‌های کوچک بوسـیلهٔ چنـد عقـد انتقال داده باشـد. در این صورت در اثر هر عقـد بیعی که واقع شـده حق شـفعه برای شـریک حاصل میشود که میتواند از آن حق مسـتقلًا اسـتفاده بنماید، مثلًا هرگاه کسی که مالک نصف مشاع از خانه‌ایست، یک دانگ آن را بکسـی بفروشد و شـریک دیگر نسبت بآن اخذ بشفعه کند و بعداً آن مالک یک دانگ دیگر از سهم خود را بفروشد شریک شفیع

میتواند نسبت بآن اخذ بشفعه بنماید یا آن را واگذارد میتوان با استنباط از ماده «۸۱۲» ق. م از نظریه بالا پیروی نمود.
بعض دیگر از فقها بر آنند که حق شفعه برای جلوگیری از ضرر درخواست تقسیم است و چنانچه شفیع نسبت ببعض از سهم شریک دیگر که بقسمتهای جداگانه فروخته شده اخذ بشفعه بنماید، ضرری که برای جلوگیری از آن، حکم بر خلاف قاعده وضع گردیده مرتفع نمیشود و آن ضرر بحال خود باقی میماند، بنابراین شفیع میتواند فقط نسبت بتمامی حصه‌هائی که فروخته شده اخذ بشفعه کند و یا آنکه همه را ترک نماید. ظاهر مادهٔ «۸۰۸» نظریهٔ اخیر را تأیید مینماید.

مسأله ۲– در صورتی که مال غیر منقول، مشترک بین وقف و طلق باشد و حصهٔ طلق بفروش رود

طبق مادهٔ «۸۱۱» ق. م که میگوید: «اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد» حق شفعه برای وقف پیدا نمیشود.
علت استحسانی که بر این امر بیان شده آنست که عین موقوفه در حقیقت ملک موقوف علیهم است و عموماً آنان متعدد میباشند و حق شفعه فقط در بیع مال غیر منقولی که بین دو نفر مشترک است حاصل میگردد. بدین جهت بعضی از فقهاء در صورتی که موقوف علیه یک نفر باشد اخذ بشفعه را برای او جائز دانسته‌اند. بنابراین استدلال بنظر میرسد که هرگاه مال غیر منقول بین شرکت تجاری و فرد دیگری مشترک باشد و مالک مزبور سهم خود را بفروشد شرکت حق اخذ بشفعه ندارد، زیرا شرکت اگر چه دارای شخصیّت حقوقی میباشد ولی چون حق اخذ بشفعه حکم استثنائی و بر خلاف
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵
قاعده کلی است در مورد تردید عمل بقاعده میشود.
در صورتی که ملک بین وقف و طلق مشترک باشد و سهم وقف در مواردی که اجازه فروش آن داده شده بفروش رود، شریک دیگر میتواند اخذ بشفعه بنماید. با توجه بدلیل استحسانی که در بالا بیان گردید چنانچه موقوف علیهم اشخاص متعدد باشند شریک دیگر نمیتواند اخذ بشفعه بنماید زیرا مال غیر منقول، مشترک بین بیش از دو نفر است، ولی دلیل استحسانی مزبور از نظر قضائی نمیتواند علت حکم قرار گرفته و مانند قاعدهٔ کلی در هر موردی بآن عمل نمود. بنابراین، نظر بمفهوم مخالف مادهٔ «۸۱۱» ق. م و سکوت قانون در مقام بیان، شریک میتواند در مورد بیع وقف اخذ بشفعه نماید.

۵– انتقال سهم مشترک بوسیلهٔ بیع باشد

اشاره

طبق صریح ماده «۸۰۸» ق. م اخذ بشفعه در صورتی حاصل میگردد که یکی از دو شریک سهم خود را بوسیلهٔ عقد بیع واگذار نماید. بنابراین چنانچه شریک سهم خود را بسببی از اسباب دیگر مانند معاوضه، صلح، هبه و یا آنکه آن را صداق در نکاح زوجه خود قرار دهد حق شفعه برای شریک دیگر موجود نمیشود. قول مزبور مشهور بین فقهای امامیّه میباشد و اینان مکرّر دعوی اجماع در تألیفات خود بر آن نموده‌اند. ابن جنید شفعه را در موردی که شریک سهم خود را بوسیله هبه خواه معوض باشد یا غیر معوض انتقال بغیر دهد، جاری دانسته است. بعضی دیگر از فقهاء بر آنند که از روایاتی که شفعه را در بیع جاری میداند استنباط میشود که سبب پیدایش حق شفعه دفع ضرر از شریک است، بنابراین هرگاه شفعه بعقود معوضه اختصاص داده نشود چنانچه بسیاری از عامّه بر آنند شایسته‌تر میباشد، لذا حق اخذ بشفعه در مورد هبهٔ غیر معوضه و یا هبهٔ معوضه‌ای که عوض در آن معتنابه نباشد مانند هبهٔ محاباتی نیز موجود میگردد.

تبصره

بدستور ماده «۸۱۴» ق. م: «خیاری بودن بیع مانع از اخـذ بشـفعه نیست» زیرا ملکیّت مبیع در بیع خیاری، بوسـیلهٔ عقـد بمشتری منتقل میشود و با مالکیّت مشتری حق شفعه برای شریک حاصل میگردد. بنابر قول شیخ که انتقال ملکیّت را
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶
بانقضـاء خیـار میدانـد، حق شـفعه پس از انقضاء خیار پیـدایش میابـد. در موجود شـدن حق شـفعه برای شـریک در بیع خیاری فرق نمیکند که خیار فسخ برای بایع باشد یا مشتری یا شـخص ثالث. بنا بر قول مشهور اخذ بشفعه از طرف شریک مانع فسخ بیع از طرف دارندهٔ خیار نمیباشد، زیرا بیع بشـرط خیار منعقد شده است و حق شـفعه پس از انعقاد بیع بوجود آمده است و اصل بقاء خیار است، لـذا دارنـدهٔ خیار میتوانـد پس از اخـذ بشـفعه بیع را فسـخ کنـد. بنابراین چنانچه دارندهٔ خیار بیع را فسخ نماید شـفعه باطل میگردد و هر گاه فسـخ نکنـد شـفعه مسـتقر میشود، بـدین جهت بعض از فقهاء امامیه اخـذ بشـفعه را پس از انقضاء مدت خیار اجازه داده‌اند با آنکه مالکیّت مشتری را پس از عقد میدانند، زیرا قاعدهٔ اخذ بشفعه تصرف شفیع در مبیع میباشد و با خیاری بودن بیع و عدم استقرار ملکیّت مشتری، شـفیع نمیتواند مبیع را از مشتری بخواهد. بنظر میرسد که شـفیع نمیتواند در اخذ بشـفعه تأخیر اندازد تا خیار منقضـی گردد، زیرا این امر منافات با فوریت حق شفعه دارد، همچنانی که نمیتوان حق اعمال اخذ بشفعه را پس از عقد تا انقضاء مدت خیار از شـریک سـلب نمود اگر چه نتواند در مدت خیار در مبیع تصـرف کند، زیرا حق اخذ بشـفعه بوسـیله بیع سـهم مشترک برای شفیع حاصل میشود و فائدهٔ این امر در نمائات مبیع و احکام دیگر است.
بعض از فقهاء احتمال داده‌اند که چنانچه خیار شـرط برای مشتری باشد، با اخذ بشفعه خیار او ساقط میگردد، زیرا منظور از فسخ بیع از طرف مشتری، بدست آوردن ثمنی میباشد که ببایع تأدیه نموده است و آن را در اثر اخذ بشفعه بدست می‌آورد.

۶- شریک تمام حصهٔ خود را انتقال دهد-

اشاره

چنانکه از اطلاق مادهٔ «۸۰۸» ق. م استنباط میشود حق اخذ بشفعه برای شریک در صورتی پیدا میشود که شریک دیگر تمامی حصّهٔ خود را بشـخص ثالث انتقال دهد، و الّا هر گاه بعضـی از حصّهٔ خود را واگذار نماید حق اخذ بشـفعه برای شـریک موجود نمیگردد، زیرا با اخذ بشفعه زیان ناشی از درخواست افراز باقی خواهد ماند و حکم اخذ بشفعه بر خلاف قاعده است و در
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷
مورد تردید در وجود آن، اصل عدم آن میباشد. بعض از حقوقیین امامیّه حق شـفعه را در مورد انتقال شریک بعض از حصّهٔ خود را نیز موجود میدانند. بنا بر نظر اخیر:

مسأله ۱- در صورتی که شریک قسمتی از سهم خود را بکسی بفروشد

و سـپس قسـمت دیگر را بقصد بیع بهمان کس واگذار نماید، شـریک دیگر میتواند نسبت بهر دو قسمت اخذ بشفعه بنماید، زیرا با فروش قسـمت اول حق اخـذ بشـفعه برای شـریک بوجود می‌آید و عدم اعمال آن تا فروش قسـمت دیگر موجب سـقوط حق شـفعه نمیگردد.
بنابراین شریک میتواند نسبت بهر دو قسمت و یا یکی از آن دو اخذ بشفعه کند.

مسأله ۲– در صورتی که شریک قسمتی از سهم خود را بکسی و قسمت دیگر را بدیگری بفروشد،

شریک دیگر میتواند نسبت بتمامی آن دو قسمت و یا یکی از آنها اخذ بشفعه بنماید، زیرا چنانکه در مورد بالا بیان گردید، با فروش قسمت اول حق شفعهٔ برای شریک بوجود می‌آید و فروش قسمت دوم اگر چه بدیگری باشد حق شفعهٔ حاصله از بیع اول را ساقط نمینماید، بدین جهت شریک میتواند نسبت بهر دو قسمت یا یکی از آن دو اخذ بشفعه کند.

۷– سهم مشترک مبیع قرار گیرد

بنابر مستفاد از ماده «۸۰۸» ق. م بنظر میرسد که سهم شریک در عقد بیع باید مبیع قرار گیرد، و الا هرگاه ثمن باشد شریک دیگر نمیتواند از بایع اخذ بشفعه نماید، اگر چه فرق بین مبیع و ثمن مانند فرق بین عوض و معوض اعتباری است، زیرا حکم اخذ بشفعه بر خلاف قاعده است و در موردی که تردید در وجود آن بشود اصل عدم آن میباشد.

۸– قدرت شفیع بر تأدیهٔ ثمن–

اشاره

قانون حق اخذ بشفعه را برای رفع ضرر ناشی از شرکت قرار داده است. بنابراین ناچار باید اعمال حق مزبور بنحوی باشد که موجب ضرر مشتری نگردد و آن در صورتیست که شفیع قدرت بر تأدیهٔ ثمن را دارا باشد، زیرا دادن حق شفعه بشریک معسر که قدرت بر تأدیهٔ ثمن را ندارد موجب اضرار مشتری خواهد بود و برای رفع ضرر ناشی از شرکت، ضرر بیشتری بوجود
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸
می‌آید، عدم قدرت شفیع بر تأدیهٔ ثمن بوسیله هرگونه دلیل قابل اثبات خواهد بود و نمیتوان از ظاهر وضعیت شفیع بر عدم قدرت او بتأدیهٔ ثمن پی برد، زیرا چه بسا اشخاص معسر که دارای اعتبار کافی میباشند و میتوانند از دیگران استقراض کنند.
مانند معسر است کسی که قدرت بر تأدیه ثمن را دارد، ولی از پرداخت آن امتناع کند و یا اهمال و مماطله در تأدیهٔ آن بنماید، زیرا نتیجهٔ آن دو یکسان است. مشتری ملزم نیست که بجای ثمن المثل مال دیگری یا ضامن بپذیرد، و یا آنکه رهن قبول کند. مادهٔ صریحی بر آنکه قدرت بر تأدیهٔ ثمن، شرط در اخذ بشفعه میباشد در قانون مدنی موجود نیست ولی با توجه بذیل ماده «۸۰۸» ق. م که میگوید: «...
شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصّهٔ مبیعه را تملّک کند» و همچنین فوری بودن این امر که در ماده «۸۲۱» ق. م. بآن تصریح شده است محقق میگردد که هرگاه شریک نتواند ثمن را بپردازد و یا اهمال و مماطله در تأدیهٔ آن کند حق اخذ بشفعهٔ او ساقط میشود.

تبصره

منظور ماده «۸۰۸» ق. م از عبارت (قیمتی را که مشتری داده است) چیزی است که بعنوان ثمن در عقد بیع قرار داده شده و شامل حق دلالی، پول تمر، حق تنظیم سند، حق الوکاله و همچنین هزینه‌هائی که مشتری برای تسلیم ثمن پرداخته، نمیشود و شریک ملزم

بپرداخت آنها برای اخذ بشفعه نیست، اگر چه عرفاً از لوازم معامله بشمار آید، زیرا ماده تصریح به تأدیهٔ قیمتی که مشتری داده نموده است و آن عبارت شامل لوازم معامله نمیگردد و ملازمه‌ای هم بین ثمن و آنها موجود نیست.

در اخذ بشفعه چون شفیع نمیتواند عین ثمن را بمشتری بدهد، زیرا عین ثمن در دست بایع میباشد، بدل آن را بمشتری تأدیه خواهد کرد. بنابراین هرگاه عین ثمن بسببی از اسباب در ملکیت شفیع در آید چنانکه به او هبه شود و یا بایع بمیرد و شفیع وارث منحصر او باشد و آن عین قهراً به او منتقل گردد، شفیع ملزم نخواهد بود که عین ثمن را بمشتری بدهد، زیرا در اثر اخذ بشفعه ذمهٔ شفیع ببدل ثمن مشغول میشود و موجبی برای تبدیل آن موجود نشده است و مالکیت شفیع نسبت بثمن نمیتواند موجب تبدیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹

گردد. بدل ثمن عبارت است از مثل آن در صورتی که مثلی باشد و قیمت آن هرگاه قیمی باشد. چنانچه قیمت آن در بازار ترقی یا تنزل کند قیمت روز عقد بیع در نظر گرفته میشود، زیرا شریک در آن زمان دارای حق شفعه میگردد و مشتری مستحق ثمن میشود و چون شریک قدرت بر تأدیهٔ عین ثمن را ندارد قیمت زمان مزبور جانشین آن خواهد گردید. در لزوم تأدیه ثمن المثل از طرف شریک بمشتری، فرقی نمینماید که مشتری تمامی ثمن را ببایع پرداخته و یا از طرف بایع به او هبه شده باشد و یا آنکه آنان ثمن را بمال دیگری که کمتر یا بیشتر ارزش دارد صلح کنند، زیرا تقلیل و یا اضافه نمودن بر ثمن و همچنین هبه آن بسبب معامله مجدد بعمل آمده و آنچه طبق صریح مادهٔ «۸۰۸» ق. م شفیع ملتزم بتأدیه آن میباشد ثمن است.

بعض از فقهای امامیه بر آنند که چنانچه ثمن در بیع سهم مشترک، قیمی باشد حق شفعه برای شریک حاصل نمیگردد، زیرا شرط پیدایش حق شفعه قدرت بر تأدیهٔ مثل ثمن میباشد و در موردی که ثمن مال قیمی است تأدیهٔ مثل آن متعذر است. مستند اینان مفاد روایتی است که علاوه بر ضعف سند دلالت بر این امر ندارد. از نظر قانون مدنی بنظر میرسد که عبارت (... قیمتی را که مشتری داده است ...) منصرف بثمن مثلی باشد ولی با توسعه در تفسیر مادهٔ مزبور میتوان در صورتی که ثمن در بیع قیمی بوده حق شفعه را برای شریک ثابت دانست.

مسأله- طبق مادهٔ «۸۲۰» ق. م: «هرگاه معلوم شود که مبیع در حین بیع معیوب بوده و مشتری ارش گرفته است،

شفیع در موقع اخذ بشفعه مقدار ارش را از ثمن کسر میگذارد» زیرا شفیع در اخذ بشفعه باید ثمن را بخریدار بدهد و در مورد مزبور ثمن در حقیقت مقداری است که پس از کسر ارش نزد بایع باقی مانده است.

هرگاه مشتری با استحقاق خود بأخذ ارش از آن صرفنظر نماید مانند آنست که مشتری بیش از مقدار ثمن ببایع پرداخته است لذا در این صورت مانند صورت قبل شفیع در موقع اخذ بشفعه مقدار ارش را کسر میگذارد. بعضی از فقهاء بر آنند که هرگاه شفیع بخواهد اخذ بشفعه بنماید، باید تمام ثمن را بمشتری تادیه کند، خواه مشتری از

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰

بایع ارش بگیرد و یا از گرفتن آن صرفنظر نماید، زیرا ثمن مورد عقد قرار گرفته و پس از کشف عیب در مبیع معلوم میگردد که مشتری متضرر بوده است و ارش برای جبران ضرر مشتری میباشد که قانون به او حق میدهد آن را بخواهد و هر کس در اعمال حق خود مختار میباشد و ملزم باخذ زیان وارده نیست، بنظر میرسد که با متابعت از نظریهٔ مزبور نیز باید بر آن بود که هرگاه مشتری ارش بگیرد و یا از آن صرفنظر نماید شفیع بمقدار آن از ثمن کسر میگذارد و بقیه را بمشتری میدهد، زیرا ارش اگر چه برای جبران ضرر مشتری است ولی در نظر عرف قسمتی از ثمن میباشد که بمشتری مسترد شده و یا صرفنظر نموده و در حقیقت مبیع برای مشتری، بقیمت ثمن پس از کسر ارش تمام شده است.

در صورتی که در اثر وجود عیب در ثمن معین بایع از مشتری ارش بگیرد، نظر بوحدت ملاک ماده «۸۲۰» ق. م آن مقدار جزء ثمن

محسوب میشود و شفیع باید اضافه بر ثمن مقرر در عقد، آن مقدار را نیز بمشتری بدهد. و همچنین بنابر نظریه‌ای که ارش برای جبران زیان است میتوان گفت که هرگاه بایع از گرفتن ارش صرف نظر نماید، بمقدار ارش بر ثمن در موقع اخذ بشفعه افزوده میشود، زیرا صرفنظر نمودن بایع از اخذ ارش منّتی است که بر مشتری گذارده و مانند آنست که دریافت داشته.

بنابر آنچه گذشته توافق متبایعین در تقلیل ثمن و یا هبهٔ آن بمشتری پس از عقد بیع، در مقدار ثمن تأثیر نمینماید و باید شفیع قیمتی که مورد عقد قرار گرفته بمشتری تسلیم نماید و همچنین در صورتی که پس از عقد از طرف مشتری بر ثمن چیزی اضافه شود، شفیع در اخذ بشفعه ملزم بپرداخت آن زائد نمیباشد، مثلا هرگاه کسی سهم مشاع خود را از خانه بفروشد و بایع پس از انعقاد معامله بمشتری مراجعه و پشیمانی خود را از فروش اعلام دارد و مشتری برای ترضیه خاطر بایع مبلغی به او بدهد، مشتری نمیتواند. آن را از شفیع بخواهد، زیرا در حقیقت تأدیه زائد صلح و یا هبه‌ایست که برای رفع گفتگو بعمل آمده و نمیتوان آن را جزء ثمن محسوب داشت و ماده «۸۰۸» ق. م در اخذ بشفعه شفیع را ملتزم بتأدیهٔ قیمتی که مشتری داده است میداند. همچنین هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱

مشتری پس از معامله پشیمانی خود را ابراز دارد و بایع برای جلب رضایت او مبلغی به او بدهد، شفیع نمیتواند آن را از ثمن کسر نماید. بعضی بر آنند که چنانچه تقلیل و یا اضافه در ثمن در مدت خیار بعمل آید از ثمنی که شفیع تأدیه مینماید همان مقدار کسر و یا اضافه میگردد. بنظر میرسد که از نظر حقوقی تأدیهٔ اضافهٔ بر ثمن یا تقلیل آن بدون علت قانونی تأثیر در مقدار ثمنی که شفیع باید تأدیه کند نمینماید، بنابراین فرقی نمیکند که تأدیهٔ زائد بر ثمن و یا تقلیل آن در زمان خیار شرط و یا وجود خیار دیگر باشد و یا آنکه در بیع هیچ‌گونه خیاری موجود نباشد.

فصل دوم- شفیع

اشاره

اهلیت شفیع شرط دارا شدن حق شفعه نمیباشد، زیرا حق مزبور در اثر بیع سهم مشاع، از طرف شریک برای رفع ضرر ناشی از شرکت موجود میگردد، ولی در اعمال حق مزبور که ایقاع است شفیع باید دارای اهلیت استیفاء باشد. بنابراین در صورتی که شفیع بجهتی از جهات (صغر، جنون و سفه) محجور باشد با رعایت غبطه در حدود مقررات قانونی ولی یا قیّم او اخذ بشفعه مینماید و چنانچه سفیه یا صغیر ممیز اخذ بشفعه کند نفوذ آن محتاج باجازه ولی یا قیّم است.

فقهای امامیه بر آنند که هرگاه ولی یا قیّم از اخذ بشفعه چنانچه بغبطه مولّی علیه باشد امتناع کند، مولّی علیه پس از بلوغ میتواند خود اخذ بشفعه نماید، زیرا بوسیلهٔ بیع حق شفعه برای محجور پیدایش یافته و تأخیر در اخذ بشفعه در اثر جنون و صغر است که عذر قانونی شناخته میشود و تقصیر ولی یا قیّم موجب سقوط حق محجور نمیگردد. بنابراین هرگاه ولی یا قیّم حق اخذ بشفعه را بدون رعایت غبطهٔ صغیر و مجنون ساقط نمایند، آن حق بحال خود باقی خواهد بود و پس از بلوغ، آنان میتوانند اخذ بشفعه کنند. ضرری که در اثر تأخیر اخذ بشفعه ممکن است متوجّه مشتری گردد، نمیتواند موجب سقوط حق شفعه محجور شود، زیرا پس از پیدایش حق مزبور و نبودن دلیلی بر اسقاط آن، حق شفعه استصحاب میشود. بعضی بر این امر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲

اشکال کرده‌اند و تأخیر در اخذ بشفعه را از نظر توجه ضرر بمشتری موجب سقوط حق مزبور میدانند و بر آنند، که با فوری بودن اخذ بشفعه، چنانچه اخذ بآن نشود حق مزبور ساقط میگردد، و هرگاه در اثر سقوط حق شفعه خسارت بمولّی علیه متوجه شود ولی

یا قیّم که سبب آن میباشند در مقابل آنان مسئول جبران خواهند بود. اشکال مزبور از نظر تحلیلی بنظر قوی میرسد و سقوط حق شفعه و مسئولیّت ولی یا قیّم مطابق اصولی میباشد که در قانون مدنی رعایت شده است. از نظر حقوق امامیه با وجود دعوی اجماع و نبودن مخالف، اعتقاد بسقوط حق شفعه، دور از احتیاط است.

مسأله- در صورتی که ولی (پدر یا جد پدری) سهم مولّی علیه را که با خود او شریک میباشد بدیگری بفروشد، ولی میتواند برای خود اخذ بشفعه بنماید،

زیرا فروش بعنوان ولایت و نمایندگی قانونی از طرف مالک، مانع از ایجاد حق شفعه نمیگردد. عده‌ای از فقهاء بر این امر تصریح میکنند و بعضی دیگر از نظر آنکه ولی در اخذ بشفعه در معرض اتهام قرار میگیرد اشکال نموده‌اند. اشکال مزبور با توجه بآنکه ولی میتواند مستقیماً مال مولّی علیه خود را بخرد مرتفع خواهد بود.

در مورد وکیل نیز گفته شده که وکیل نمیتواند مالی که بعنوان وکالت میفروشد اخذ بشفعه بنماید، زیرا قبول وکالت در فروش از طرف وکیل، مستلزم رضایت او بواگذاری سهم مشترک بمشتری میباشد و آن مستلزم اسقاط حق شفعه است. بنظر میرسد که وکیل میتواند سهمی را که بدیگری واگذار مینماید بشفعه تملک کند، زیرا قبول وکالت در فروش اگر چه رضایت به انتقال بغیر و خریدار نبودن خود وکیل میباشد ولی این امر نمیتواند بخودی خود مانع ایجاد حق شفعه شود و یا پس از پیدایش مسقط حق شفیع گردد، زیرا حق شفعه در اثر بیع سهم مشاع حاصل میگردد و اسقاط حق مزبور محتاج به ارادهٔ دارندهٔ حق بر این امر است و قبول وکالت در فروش و یا فروش آن کاشف از داشتن ارادهٔ بر اسقاط نیست، علاوه بر آنکه قبل از پیدایش حق نمیتوان آن را اسقاط نمود. همچنین هرگاه شریک بوکالت از طرف شخص ثالث سهم شریک خود را بخرد، میتواند آن را اخذ بشفعه نماید، زیرا حق شفعهٔ خود را ساقط ننموده است

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳

و رضای بوکالت در خرید و یا عمل خرید مانند فروش آن مانع از پیدایش حق مزبور نمیتواند قرار گیرد. همچنانکه موجب اسقاط حق شفعه نخواهد بود. بنابر آنچه گفته شد ولی میتواند سهم مشترك خود را بغیر بفروشد و از طرف مولّی علیه آن را اخذ بشفعه کند و یا آنکه سهم یکی از دو مولی علیه خود را بشخص ثالث بفروشد و از طرف مولّی علیه دیگر اخذ بشفعه نماید.

در امور مذکورهٔ در بالا، قیّم مانند ولی میباشد، علاوه بر آنکه در قوانین موضوعهٔ کنونی (قانون مدنی و قانون امور حسبی) قیّم باید در فروش اموال مولّی علیه و یا خرید برای او، تشریفات مخصوصی را رعایت نماید که تصور تبانی و سوء نیّت نمیرود. وصی بر ثلث مانند وکیل است. بنابراین چنانچه وصی سهم مورد وصایت را بدیگری بفروشد (تا ثمن فروش آن را بمصارف معینه برساند) میتواند آن را اخذ بشفعه کند. وصی بر صغیر مانند ولی میباشد، زیرا در وصایت کلیه حقوقی که ولی دارد در حدود وصایت بوصی واگذار مینماید و وصی نمایندهٔ موصی میباشد.

فصل سوم- فوریت اخذ بشفعه

اشاره

طبق مادهٔ «۸۲۱» ق. م. «حق شفعه فوری است» یعنی پس از آنکه شریك اطلاع بر فروش سهم شریك خود پیدا نمود، میتواند در مدتی که عرفاً برای اخذ بشفعه لازم است، حق خود را اعمال نماید و مبیع را تملك کند، زیرا حق اخذ بشفعه برای جلوگیری از

ضرریست که از بقاء بر شرکت ناشی میشود و آن امر با دادن مهلتی که شریک بتواند حق مزبور را اعمال و اخذ بشفعه کند تأمین میگردد و ضرر مرتفع میشود، علاوه بر آنکه اجازهٔ تأخیر در اخذ بشفعه بشریک، موجب ضرر مشتری خواهد بود بدون آنکه موجبی برای تحمیل چنین ضرری بر مشتری باشد، زیرا کلیه معاملات مشتری بر مبیع در معرض انحلال است و چنانچه مشتری خودداری از تصرف در مبیع بنماید و انتظار اعمال و یا اسقاط حق شفعه را از ناحیه شفیع بکشد، آثار ملکیت که توانائی هر گونه تصرفی باشد بدون رضایت مالک برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴

مدتی از بین میرود.

تشخیص مدتی که برای فوریت اخذ بشفعه لازم میباشد بنظر عرف است، چنانکه در خیارات در مجلّد اوّل گذشت. بنابراین چنانچه شفیع دور از محل وقوع معامله باشد و برای اخذ بشفعه باید بمحلّ وقوع معامله بیاید، لازم نیست که با سریع‌ترین وسیله خود را بمحل مزبور برساند، بلکه با وسیله‌ای که معمولا مسافرت مینمایند کافی میباشد، مثلا چنانچه در این راه عموماً با اتومبیل مسافرت میکنند شفیع ملزم نیست بوسیلهٔ هواپیما بمحل وقوع معامله بیاید، بلکه کافی است که با اتومبیل مسافرت نماید.

قول بفوریت اخذ بشفعه مشهور بین فقهای امامیه میباشد و شیخ در خلاف دعوی اجماع بر آن نموده است. قول دیگر که مورد متابعت ابن بابویه، ابن جنید و ابن- ادریس قرار گرفته است و سید مرتضی دعوی اجماع بر آن کرده تراخی، یعنی اجازه در تأخیر اخذ بشفعه میباشد. مستند اینان علاوه بر اصل عدم فوریت، استصحاب بقاء حق شفعه برای شفیع است.

بنابر آنچه گذشت شریک پس از آنکه بر فروش سهم مشترک آگاه شد و همچنین مقدار و جنس و وصف ثمن و آنکه مشتری کیست مطلع گردید، در مدتی که عرفاً برای اخذ بشفعه لازم است میتواند اخذ بشفعه نماید. بدین جهت هر گاه شریک از شهری که معامله در آن واقع شده غائب باشد و بر وقوع آن آگاه نگردد مگر پس از آنکه بشهر خود مراجعت کند، پس از اطلاع میتواند اخذ بشفعه نماید. همچنین هر گاه شفیع تصور مینموده که مقدار ثمن زیادتر از آنچه میباشد که در عقد بیع معین شده است بدین جهت در اخذ بشفعه تأخیر انداخته و بعداً مقدار حقیقی ثمن معلوم شود، حق شفعه او ساقط نمیگردد، چنانکه هر گاه شفیع تصور میکرده که ثمن از جنس مخصوصی است و بدین جهت تأخیر در اخذ بشفعه انداخته و بعد معلوم شده ثمن از جنس دیگری است حق شفعه او باقی است و میتواند پس از علم بآن اخذ بشفعه نماید، مثلًا هر گاه شفیع تصور مینموده که ثمن از مسکوك طلا میباشد مانند هزار لیرهٔ طلا

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵

و نمیتواند آن را تهیه کند و بعد معلوم شده از جنس ریال است و میتواند آن را تأدیه نماید. در صورتی که شفیع در شهر دیگری سکونت دارد و از معاملهٔ شریک آگاه گردد و میتواند بوسیلهٔ وکیل ثابت الوکاله خود اخذ بشفعه نماید و با قدرت بر توکیل غیر اخذ بشفعه را تأخیر اندازد تا خود بمحل وقوع معامله بیاید، حق شفعه او ساقط میشود، زیرا عرفاً این امر بر خلاف فوریت است و تأخیر در اخذ بشفعه محسوب میگردد. در صورتی که شفیع پس از علم بمعامله و علم بآنچه برای اخذ بشفعه لازم است و داشتن قدرت بر آن، اهمال نماید حق مزبور ساقط میگردد و دیگر نمیتواند سهم مشترك را تملك نماید. در صورتی که شفیع قدرت بر اخذ بشفعه نداشته باشد مانند، آنکه در بازداشت بوده و به او اجازه ندهند که با خارج مکاتبه نماید و یا وکیل برای این امر تعیین کند، حق او باقی خواهد بود تا آنکه بر این امر قدرت پیدا نماید، ولی هر گاه بتواند وکیل انتخاب بنماید حق اخذ بشفعه در اثر عدم رعایت فوریت ساقط میشود.

فرع- در جهل شفیع بحق شفعه و یا فوریت آن

اشاره

در صورتی که شـفیع جاهل بحکم شـفعه باشد، یعنی نداند که در مورد فروش سهم مشاع از طرف شریک دیگر، او حق اخذ بشفعه دارد و یا آنکه آن را بدانـد ولی جاهل بفوری بودن آن باشـد، یعنی ندانـد که پس از علم بداشـتن حق شـفعه باید فوراً آن را اعمال بنمایـد و در اثر آن اخذ بشـفعه نکند، حق اخذ بشـفعه ساقط نمیگردد و پس از علم بحق شـفعه و یا فوریت میتواند اخذ بشـفعه کند. شرح فرع مزبور در دو قسمت بیان میشود.

۱– جهل شفیع بحق شفعه

کسـی که جاهـل بحکم شـفعه میباشـد، هر زمـان که از آن آگـاهی یـافت میتوانـد اخـذ بشـفعه کنـد، زیرا تأسیس حـق شـفعه برای جلوگیری ضـرر ناشـی از بقاء در شـرکت است. چنانچه در صورت جهل بحکم، حق شـفعهٔ ساقط گردد شفیع متحمّل ضرری میشود که حق شفعه برای رفع آن برقرار شده است.

بنابراین باید بر آن بود که جهل بحکم در مورد بالا موجب معذوریت شفیع میباشد.

تحقیق و جستجو نکردن از وجود حق اخذ بشفعه، مانند ترک نمودن مشتری از

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶

جستجوی غبن و عیب در مبیع میباشـد. چنانچه در مورد شـفعه گفته شود که شـفیع باید بوجود حق شـفعه آگاه باشد و حکم آن را بدانـد، ناچـار بایـد گفت که مشتری ملزم است پس از تحقق معـامله از وجود غبن و عیب تحقیقـات لازم بنمایـد و الا خیارش ساقط میگردد، کسی از فقهاء امامیه این را بیان نکرده است.

۲– جهل شفیع بفوریت أخذ شفعه–

کسـی که جاهل بفوریت اخـذ شـفعه است پس از آنکه علم بفوری بودن آن پیـدا نمود، میتوانـد فوراً اخـذ بشـفعه بنماید. بعضـی از فقهاء از نظر مزبور پیروی نموده و شـفیع را معذور در تأخیر دانسـته و بر آنند که هر زمان آگاهی بفوری بودن اخذ بشفعه پیدا نمود میتواند اخذ بشـفعه کند، زیرا جهل بفوریت مانند جهل به اصل حق شفعه میباشد. چنانچه گفته شود که در مورد مزبور شفیع معذور نخواهـد بود، باید او را توجه داد که در این صورت ضـرری که برای جلوگیری از آن، حق شـفعه تأسیس شده برطرف نمیگردد، و حال آنکه هدف قانون همواره جلوگیری از زیان و جبران آنست.

عدهٔ دیگر از فقهاء بر آنند که چنانکه شـفیع در اثر جهل بفوریت، اخذ بشـفعه را تأخیر اندازد حق شفعهٔ او ساقط میگردد، زیرا شفیع پس از علم بحق شـفعه مدتی را در اختیار داشـته که بتواند از آن اسـتفاده کند و اخذ بشـفعه نماید تا رفع ضرر از او بشود و با اختیار خـود آن را تـأخیر انـداخته است. از نظر فن حقـوقی در صورتی که شـک به بقـاء حق اخـذ بشـفعه پس از زمـان اول بشود، آن حق استصحاب میشود.

از نظر قضائی با شباهتی که بین حق شفعه و حق خیار فسخ موجود است، میتوان بوحدت ملاک ماده «۱۱۳۱» ق. م. معذوریت جاهل بحکم حق شـفعه و همچنین جاهل بفوریت را اسـتنباط نمود. ماده «۱۱۳۱» ق. م: «خیـار فسـخ فوری است و اگر طرفی که حق فسـخ دارد بعـد از اطلاـع بعلّت فسخ، نکـاح را فسـخ نکنـد خیار او ساقط میشود، بشـرط اینکه علم بحق فسـخ و فوریت آن داشـته باشـد. تشـخیص مـدتی که برای امکان اسـتفاده از خیار لازم بوده بنظر عرف و عادت است» حکم بمعـذوریت جاهل بخیار و یا فوریت آن در ماده بالا طبق قاعدهٔ حقوقی میباشد و خصوصیتی در نکاح و یا خیار

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷

فسخ از این جهت موجود نیست تا حکم مزبور استثنائی تلقی گردد، بلکه معذوریت جاهل باعتبار ضرری میباشد که متوجه دارندهٔ خیار میشود. بنابراین چون سبب پیدایش حق شفعه برای شفیع ضرری است که از نظر شرکت و یا تقسیم متوجه او میشود و ضرر مزبور در مورد جهل بحق شفعه و همچنین جهل بفوریت آن نیز موجود است، لذا باید بر آن بود که حق جاهل بشفعه و یا فوریت آن، در اثر تأخیر در اعمال، ساقط نمیگردد و پس از علم بآن میتواند اخذ بشفعه بنماید.

دعوی جهل بشفعه و یا جهل بفوریت آن از طرف شفیع بدون ابراز دلیل پذیرفته میشود. در صورتی که مشتری مدعی خلاف آن باشد میتواند علم شفیع را ثابت نماید، چنانکه ثابت کند که شفیع از مطلعین علم حقوق مدنی است و یا گواهانی اقامه نماید که شریک اقرار بحق شفعه یا بفوریت آن نموده است.

فصل چهارم- طریق اخذ بشفعه

اشاره

پس از اطلاع شفیع بر فروش سهم مشاع و مقدار ثمنی که در مقابل آن بفروش رفته و آنچه دانستن آن برای اخذ بشفعه لازم است، میتواند فوراً اخذ بشفعه کند، یعنی ارادهٔ خود را بر تملک مبیع در مقابل ثمن المثل اعلام دارد. در اخذ بشفعه طبق مستنبط از ماده «۲۱۶» ق. م. باید مقدار، جنس و وصف ثمن برای شفیع معلوم باشد. ماده مزبور اگر چه در مورد عقود است، ولی بنظر میرسد که تمامی شرائط اساسی معاملات مگر آنچه لازمه طبیعت عقد است باید در ایقاعات نیز موجود باشد تا بتواند محقق گردد، زیرا ارادهٔ فرد از نظر حاکمیت اراده زمانی میتواند مولد امر حقوقی شود که اراده‌کننده با توجه بموضوع و حدود آن خود را متعهد و ملتزم گرداند و چنانچه مبهم باشد دارای هیچ‌گونه آثاری نخواهد بود، مگر قانون استثناء بجهتی، از جهات، علم اجمالی را کافی بداند مانند مورد ابراء. بنابراین در صورتی که شفیع جنس یا وصف یا مقدار ثمن را نداند نمیتواند اخذ بشفعه کند، لذا هرگاه شفیع بمشتری بگوید: به هر مقدار که حصهٔ مشاعه را خریداری نموده‌ای آن را اخذ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸

بشفعه نمودم، اخذ بشفعه باطل خواهد بود، زیرا معامله غرری است. در این صورت حق شفعهٔ شفیع ساقط نمیگردد و پس از علم او بثمن میتواند اخذ بشفعه بنماید.

اخذ بشفعه دارای دو مرحله است:

اول- تملک مبیع مشاع که عمل دماغی است و بوسیلهٔ قصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر آن نماید محقق میشود.

بنابراین تملک مبیع مشاع ممکن است بوسیلهٔ لفظ اعلام گردد چنانکه شفیع بگوید: اخذ بشفعه نمودم و یا مبیع را تملک کردم. و ممکن است بوسیلهٔ فعل اعلام شود، مانند آنکه ثمن المثل را بمشتری بدهد و مبیع را تصرف بنماید. بعض از شافعیه لفظ را شرط صحت اخذ بشفعه میدانند بنظر میرسد که ایقاع احتیاج بارادهٔ انشائیه نداشته باشد.

دوم- تأدیهٔ ثمن بمشتری که عمل مادی است.

پس از اعلام اخذ بشفعه از طرف شفیع بمشتری انجام میشود و یا با موافقت مشتری تأدیهٔ ثمن را بتأخیر می‌اندازد.

بدون تسلیم ثمن بمشتری یا جلب موافقت او بتأخیر تأدیه، اخذ بشفعه صحیح نمیباشد.

بنابراین تأدیهٔ ثمن کاشف از صحت تملک خواهد بود. ظاهر ماده «۸۰۸» که تأدیهٔ ثمن را قبل از تملک لازم میداند بر خلاف قاعده معاوضه میباشد لذا ماده تفسیر میگردد.

مبیع پس از تأدیهٔ ثمن بمشتری بقبض شفیع داده میشود. علت استحسانی این امر آنست که بوسیلهٔ آن شفیع تا اندازهٔ از مشتری دلجوئی بعمل می‌آورد که بدون ارادهٔ او ملکش را قهراً تملک نموده است، و الا اخذ بشفعه یکی از معاملات معوض است و چنانکه از ماده «۳۷۷» ق. م استنباط میشود طبیعت معاوضه اقتضاء دارد که هر یک از طرفین معامله از انجام تعهد خود امتناع بنماید تا طرف دیگر تعهد خود را ایفاء کند.

مورد اخذ بشفعه چون مال غیر منقول میباشد و معاملات غیر منقول طبق مادهٔ «۴۶» و «۴۷» قانون ثبت اسناد و املاک، در دفتر اسناد رسمی تنظیم میگردد، اخذ بشفعه نیز در همان دفتر بعمل خواهد آمد، بنا بر این برای آنکه مشتری از قبول ثمن مماطله ننماید تا فوریت بگذرد، کسی که میخواهد اخذ بشفعه نماید باید ثمن را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹

در صندوق ثبت تودیع و قبض رسمی آن را بدفترخانه‌ای که بیع را واقع ساخته است تسلیم و اخذ بشفعه را اعلام کند، همچنانکه شفیع میتواند بدون مراجعه بدفتر اسناد رسمی قبض صندوق را مبنی بر تودیع ثمن بوسیلهٔ اظهارنامه طبق ماده «۷۰۹» و «۷۱۰» ق آئین دادرسی مدنی بطرف اعلام دارد.

تأدیهٔ ثمن نقداً پس از تملک مبیع در صورتی بعمل می‌آید که ثمن حال باشد و الا چنانچه ثمن مؤجل و برای تأدیهٔ آن ببایع مدتی معین شده که هنوز موعد آن نرسیده است، بنظر میرسد که شفیع میتواند با دادن تضمین معتبر (مانند تضمین بانگی) اخذ بشفعه نماید، و ملزم نیست که ثمن را نقداً بمشتری بپردازد، زیرا تأدیهٔ ثمن نقداً با آنکه بیع مؤجل بوده موجب پرداخت زیادتی حکمی میگردد که شفیع را نمیتوان ملزم بآن نمود. بعضی از فقهاء بر آنند که چنانچه ثمن مؤجل باشد شفیع میتواند فوراً اخذ بشفعه کرده و ثمن را نقداً تأدیه کند و یا آنکه انتظار بکشد تا موعد تأدیهٔ ثمن برسد و سپس با اخذ بشفعه ثمن را پرداخت نماید. قول مزبور موافق با اصول حقوقی نمیباشد، زیرا اخذ بشفعه و تأدیهٔ ثمن نقداً پرداخت زیادتی حکمی را ایجاب مینماید و تأخیر اخذ بشفعه تا رسیدن اجل منافات با فوریت آن دارد.

پس از آنکه اخذ بشفعه خاتمه پذیرفت مشتری باید مبیع را بقبض شفیع بدهد و در صورتی که در موقع اخذ بشفعه هنوز مبیع از طرف بایع بمشتری تسلیم نشده باشد شفیع آن را از بایع مطالبه خواهد نمود، زیرا مبیع در اثر اخذ بشفعه در ملکیت شفیع در آمده و او ملک خود را نزد هر کس بیابد میتواند مطالبه کند. نمیتوان مشتری را الزام نمود که آن را از بایع بگیرد و بشفیع بدهد، زیرا مشتری تعهد بتسلیم مورد شفعه بشفیع ننموده و این امر از آثار شفعه شناخته نشده است. بالعکس در موردی که مشتری قبل از قبض مبیع از بایع، آن را بدیگری بفروشد، مشتری اخیر میتواند بایع خود را الزام نماید که مبیع را از بایع اول گرفته و به او تسلیم نماید، زیرا طبق شق ۳ ماده «۳۶۲» ق. م «عقد بیع بایع را بتسلیم مبیع ملزم مینماید» و هر بایعی ملزم بتسلیم مبیع بمشتری خود میباشد. این است که ذیل ماده «۸۱۷» ق. م. میگوید:

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰

«... لیکن اگر در موقع اخذ بشفعه، مورد شفعه هنوز بتصرف مشتری داده نشده باشد، شفیع حق رجوع بمشتری نخواهد داشت» این قسمت از ماده مربوط بقسمت اول آن که حکم ضمان درک را در شفعه بیان مینماید نمیباشد.

فصل پنجم– حق شفعه و آثار آن

۱– حق شفعه از آثار بیع صحیح است

چنانکه از ماده «۸۰۸» ق. م معلوم میگردد، حق اخذ بشفعه بسبب بیع سهم شریک بوجود می‌آید و پس از تحقق مالکیّت مشتری، شفیع میتواند آن را تملّک کند. بنا بر این چنانچه بیع باطل باشد مشتری مالک مبیع نمیشود تا شفیع بتواند آن را تملّک نماید، زیرا طبق ماده «۳۶۵» ق. م: «بیع فاسد اثری در تملّک ندارد» این ستکه ماده «۸۱۳» ق. م. میگوید: «در بیع فاسد حق شفعه نیست».

۲– اخذ بشفعه ایقاع است

اخذ بشفعه بوسیلهٔ اراده شفیع بتملّک مبیع بعمل می‌آید، یعنی شفیع ارادهٔ مینماید که مبیع را در مقابل ثمن المثل بملکیّت خود درآورد، و بپیدایش ارادهٔ شفیع ملکیّت برای او محقق میگردد. بنظر میرسد که اخذ بشفعه احتیاج بکاشف از لفظ و فعل نداشته باشد بلکه ارادهٔ حقیقیه کافی برای تحقق آن است، زیرا چنانکه در مجلّد اول گذشت ایقاع طبیعةً محتاج بکاشف نیست مگر آنکه قانون تصریح بشرط بودن آن بنماید چنانکه در طلاق تصریح کرده است.

۳– نمائات منفصله متعلق بمشتری میباشد و متصله بتبع مبیع بشفیع منتقل میشود

طبق ماده «۸۱۹» ق. م: «نمائاتی که قبل از اخذ بشفعه در مبیع حاصل میشود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری ... است» مانند نتاج، میوه درختان، زیرا مبیع در مدت مزبور ملک مشتری بوده و نمائات منفصله در ملکیّت او حاصل شده است. در صورتی که نمائات متصل باشد مال شفیع است مانند نموّ درختان در باغ. مثلًا هرگاه سهم مشاع از باغ جدیدی که نهالهای تازه در آن نشانده‌اند حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱
فروخته شود و پس از چند سال که درختان تنومند و بارآور شده است شفیع از معامله آگاه و اخذ بشفعه بنماید، باغ بهمان وضعیت موجود بملکیّت شفیع داخل میگردد و مبیع بهمان وضعیت بشفیع داده میشود و او در مقابل زیاده ملزم بپرداخت عوض بمشتری نمیباشد، زیرا چنانکه در احکام خیارات در مجلّد اول گذشت: نمائات متصله اگر چه در ملکیّت مشتری پیدایش یافته و اصولًا تابع اصل ملک و متعلّق بمشتری است ولی چون وضعیّت ملک از این جهت در موقع فروش در نظر گرفته نشده تا بتوان مقدار اضافی را تقویم نمود و ارزش نمائات متّصله را دانست، لذا قانون برای جلوگیری از اختلافات بین متعاملین نمائات متصله را در انتقال، تابع مبیع دانسته است.

۴– حق شفعه قابل تبعض نمیباشد–

اشاره

طبق ماده «۸۱۵» ق. م. «حق شفعه را نمیتوان فقط نسبت بیک قسمت از مبیع اجرا نمود. صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت بتمام مبیع اجرا نماید» زیرا دادن حق شفعه بشفیع، برای رفع ضرر ناشی از تقسیم احتمالی مال مشترک میباشد و با

تبعض آن، یعنی اخذ بشفعه نسبت ببعض از مبیع، علاوه بر آنکه ضرر مزبور مرتفع نمیشود، موجب آن خواهد گردید که سهم مشاع مشتری کمتر گردد و این امر ممکن است افراز را دچار اشکال و یا ممتنع نمایـد و از این رو بر مشتری ضـرر وارد آیـد. بدین جهت میتوان گفت حق شـفعه بسیط و غیر قابل تجزیه است و در پیکر مبیع منتشر میباشد، مثلًا هر گاه دو نفر در باغی شریک باشند و یکی از آن دو سهم خود را بفروشد، شریک دیگر نمیتواند نسبت بنصف مبیع اخذ بشفعه کند.

تبصره

طبق ماده «۸۱۲» ق. م. «اگر مبیع متعـدد بوده و بعض آن قابـل شـفعه و بعض دیگر (قابل شـفعه) نباشـد، حق شـفعه را میتوان نسـبت ببعضـی که قابل شفعه است بقدر حصهٔ آن بعض از ثمن اجرا نمود» مثلًا هر گاه یکی از دو نفر شریک سهم مشاع خود را از باغ و از دکان کوچکی بوسیلهٔ یک عقد بکسی بفروشد، شریک دیگر میتواند نسبت بباغ فقط اخذ بشفعه نماید، زیرا موجب حق اخذ بشفعه که ضرر ناشی از تقسیم احتمالی است فقط در باغ موجود میباشد و در دکان کوچک که

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲

قابل تقسیم نمیباشد قانون اجازهٔ اخذ بشفعه نداده است، زیرا عقد واحد باعتبار تعدد مورد منحل بدو عقد میگردد که در یکی از آن دو حق شـفعه موجود است و دیگری فاقد آن میباشد. فقهای امامیه در این امر متفقند و بعضـی صریحاً بر آن دعوی اجماع نموده‌اند. در صورتی که مورد عقد بیع متعدد باشد ولی موجبی برای انحلال آن نباشد، شـفیع نمیتواند فقط نسبت بیکی از آن دو اخذ بشـفعه کند، زیرا حق شفعه طبق مادهٔ «۸۱۵» ق. م قابل تبعض نمیباشد، مثلًا هر گاه کسی سهم مشاع خود را از باغ و از خانه که هر یک قابل اخذ بشـفعه میباشد بدیگری بفروشد، شریک دیگر نمیتواند نسبت بباغ و یا خانه بتنهائی اخذ بشفعه کند. تحلیل عقلی اقتضاء مینماید بین موردی که مبیع در خارج متعـدد استماننـد مثال بالا، و بین موردی که مبیع واحد است فرق گذارد و ماده «۸۱۵» ق. م را ناظر بمورد اخیر دانست، ولی انحلال عقد واحد در صورتی که مورد آن متعدد باشد بدون سبب دور از روش حقوقی است، بدین جهت از نظر قضائی، در صورتی که مبیع متعدد باشد نیز مشمول اطلاق بالا خواهد بود.

منظور ماده «۸۱۲» ق. م که میگوید: «... میتوان نسـبت ببعضی که قابل شفعه است بقدر حصّهٔ آن بعض از ثمن اجرا نمود» آنست که شریک در مقابل اخـذ بشـفعه نسـبت ببعض مبیع، بایـد مقـداری از ثمن را که در مقابل آن بعض قرار میگیرد بمشتری بپردازد. برای دانسـتن آن باید مجموع مبیع را تقویم کرده و همچنین آنچه را که مورد اخذ بشـفعه قرار میگیرد نیز تقویم نمود و سپس نسـبت بین آن دو را سنجید و شفیع بمقدار نسبت مزبور از ثمن بمشتری خواهد پرداخت. مثلًا در مثال فروش باغ و دکان کوچک، هر گاه فرض شود که شریک سهم مشاع خود را از آن دو که دو دانگ است در مقابل هفتصد هزار ریال فروخته و شفیع نسبت بسهم مشاع از باغ اخذ بشفعه نموده است، بطریق ذیل مقداری که شفیع باید بعنوان ثمن ببایع بپردازد معلوم میشود:

قیمت مجموع سهم مشاع از باغ و دکان تقویم میگردد، فرض نمائیم یک ملیون ریال.

همچنین قیمت دو دانگ مشاع از باغ جداگانه تقویم میشود، فرض کنیم پنجاه هزار ریال. سپس نسبت بین آن دو سنجیده میشود که ۱ /۲۰ است و از مبلغ هفتصد هزار ریال،

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳

سی و پنج هزار ریال میباشد. بنابراین شـفیع باید مبلغ مزبور را بعنوان ثمن دو دانگ مشاع از باغ بمشتری تسـلیم کند و آن را تملک نماید.

بعضـی از فقهاء در فرض بالا بر آننـد که پس از اخـذ بشـفعه نسـبت بدو دانگ مشاع از باغ، مشتری میتواند بیع را نسبت بآنچه باقی میمانـد یعنی سـهم مشاع از دکان فسخ نماید (فرق بین علم مشتری و جهل او به آنکه شـفیع حق اخذ بشـفعه دارد نگذاشـته‌اند) زیرا

مشتری بتصور آنکه تمامی مبیع را دارا خواهـد بود اقدام به خرید نموده است و چون قسـمتی از آن بوسـیلهٔ اخذ بشـفعه از ملکیّت او خـارج شود، میتوانـد نسبت بباقی عقـد بیع را فسخ کنـد. بعض دیگر از فقهـاء بر آننـد که چنانچه مشتری جاهل بر این امر باشـد و شریک اخـذ بشـفعه کند او میتواند بیع را نسبت بما بقی فسخ نماید. منشأ فکر اینان در آنست که مورد از موارد خیار تبعض صـفقه میباشـد. آنچه بنظر میرسـد آنست که مشـتری حق فسـخ بـاقی را نـدارد، زیرا خود اقـدام بمعاملهٔ مزبور نموده است و از موارد خیـار تبعض صـفقه بشـمار نمیرود، زیرا در خیار تبعض صـفقه منشأ تبعض قبل از معامله موجود میباشد، چنانکه در مورد مسـتحق للغیر در آمـدن بعض از مبیع است، ولی در فرض بالاـ حق اخـذ بشـفعه قبل از بیع موجود نبوده و در اثر بیع و مالکیّت مشتری حاصل میشود. بنابراین موجبی برای فسخ مشتری نسبت بآنچه از مبیع باقی میماند نخواهد بود.

۵– حق شفعه حق مالیست

حق شـفعه ماننـد حق خیار، حق مالی میباشـد، بـدین جهت ممکن است آن حق مورد صـلح برای کسـی که میتواند از آن منتفع شود قرار گیرد، مانند مشتری. چنانچه شفیع حق شفعه خود را بمشتری صلح بنماید او دارای حق شفعه میشود و در نتیجه حق مزبور ساقط خواهد گردید، بدون آنکه احتیاج باسقاط آن باشد. همچنین مشتری میتواند با شفیع صلح بر ترک اخذ بشفعه بنماید.
نتیجهٔ صـلح مزبور آنست که هرگاه شـفیع اخـذ بشـفعه کنـد عمل او بلا اثر خواهـد بود. بر این امر عده‌ای از فقهاء تصـریح نموده و خلافی دیده نشده است.

۶– حق شفعه از حقوق عینی است

چنانکه از مادهٔ «۸۰۸» ق. م معلوم
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴
میگردد، در اثر بیع سـهم مشاع از طرف یکی از دو شـریک، برای شریک دیگر نسبت بمبیع حق شفعه پیدا میشود که میتواند با دادن ثمن آن را تملّـک کنـد. حق مزبور باین اعتبار در حکم حق عینی میباشـد و ماننـد حقوق دیگر، مادام که صاحب حق آن را اسـقاط نکند و یا طبق صریح قانون ساقط نشود بحال خود باقی خواهد بود.
از نظر تحلیلی حق شـفعه را نمیتوان از قبیل حقوق عینی مانند حق وثیقه در رهن و حق انتفاع و یا آنکه حق طلبکار در مال بازداشت شـده به وسـیلهٔ قرار تـأمین و اجرائیـات دادگـاه و ثبت اسـناد دانست، زیرا حقـوق مزبور فعلیت دارد ولی حق شـفیع هنوز فعلیت پیـدا ننموده است و چنانکه از مواد «۸۰۸» و «۸۱۶» ق م معلوم میشود، حق مزبور مانند حق تحجیر یعنی اولویت در تملک و یا حق طلبکار نسبت بمالی که برای فرار از دین مورد معامله قرار گرفته است بشمار میرود، که آثار حق عینی را داراست. بعبارت دیگر حق شفعه منشأ حق تملّک بوسیلهٔ شفیع میباشد.
بنظر میرسد که اختلاف بین حق شفعه و حقوق عینی دیگر موجب نمیشود که حق شفعه از اقسام حقوق عینی بشمار نیاید.

۷– حق شفعه در معامله منتقل بغیر نمیشود

در صورتی که شفیع سهم خود را قبل از اخذ بشفعه بفروشد خریدار نمیتواند بعنوان قائم مقامی از شفیع اخذ بشفعه کند، اگر چه در

بیع نیز تصریح بانتقال حق شفعه باو شده باشد. در این امر فرقی نمینماید که فروش سهم مشاع قبل از اطلاع بر حق شفعه باشد یا بعد از آن، زیرا حق شـفعه بر خلاف قاعده میباشد و ماده «۸۰۸» ق. م فقط آن را بشـریک داده است. همچنین حق شفعه از شفیع پس از انتقال سهم خود نیز ساقط میگردد و او نمیتواند آن را اعمال کند، زیرا شفعه برای جلوگیری از ضرر ناشی از تقسیم احتمالی است و او پس از انتقال سهم خود، دیگر شریک نیست تا ضرری از تقسیم احتمالی به او متوجه گردد.

۸- حق شفعه بورثه منتقل میگردد

اشاره

طبق مادهٔ «۸۲۳» ق. م: «حق شفعه بعد از موت شفیع بوارث یا ورّاث او منتقل میشود». قول مزبور مشهور نزد فقهای

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵

امامیه است. دلیل اینان عموم قاعـدهٔ انتقال اموال و حقوق مالی به ارث میباشـد و حق شـفعه یکی از حقوق مالی است. قول دیگر که از شـیخ در نهایه و خلاف نقل شده آنست که حق شـفعه به ارث منتقل نمیشود. دلیل اینان روایت از معصوم است. دلیل اسـتحسانی دیگری که بعضـی از اینـان اقـامه مینماینـد آنست که هرگاه ورثه متعـدد باشـد ناچار بایـد بر آن بود که حق شـفعه بین ورثه تقسـیم میشود و حال آنکه هر یک از شـرکاء متعـدد نمیتوانـد جداگانه نسبت بسـهم الارث خود اخذ بشـفعه بنماید. نتیجهٔ دلیل استحسانی مزبور صـحیح نمیباشـد، زیرا بنـا بر قول مشـهور که حق شـفعه بورثه منتقـل میشود و قانون مـدنی از آن پیروی نموده، چنانکه وارث منحصـر باشد حق شـفعه از آن او است و میتواند اخذ بشفعه بنماید و هرگاه ورثه متعدد باشند حق شفعه مانند اموال دیگر متوفی بین ورثه بنسبت سهم الارث آنان تقسیم میگردد ولی چنانکه ذیلًا بیان شده عمل میشود:

مسأله- ۱- بنابر قول فقهای امامیه که انتقال حق شفعه بورثه مبتنی بر قاعدهٔ ارث میباشد،

هرگاه شـفیع فوت کند و دارای یک زن و یک پسـر باشد زوجه ثمن از آن حق را میبرد و باقی متعلق بپسر خواهد بود. عدهٔ از فقهاء بر آننـد که چنانچه تمامی ورثه توافق در اخـذ بشـفعه بنمایند ثمن از مبیع از آن زوجه و هفت ثمن دیگر از آن پسـر خواهد بود اگر چه مبیع زمین یا عرصه یا بنا باشد، زیرا استحقاق زوجه از ثمن مبیع باعتبار آن است که حق شفعه حق مالی مستقلی است مانند اموال دیگر مورث که بورثه منتقل میگردد. از نظر تحلیلی میتوان گفت که حق شفعه مانند حق خیار باعتبار متعلّق، مال شناخته میشود و الّا بخودی خود ارزش مالی نخواهـد داشت و زوجه باعتبار متعلّق حق شـفعه ارث خواهد برد. بنابراین هرگاه متعلّق حق شـفعه از اموالی باشـد که زوجه از ارث آن محروم است ماننـد اراضـی، زوجه نصـیبی از حق شـفعه نخواهد داشت و چنانچه متعلّق حق شـفعه زمینی است که دارای ابنیه و اشـجار میباشـد زوجه فقط بمقـدار ربع یا ثمن از قیمت ابنیه و اشـجار از بقیّه ورثه دریافت میدارد. ماده «۹۴۶» ق. م: در تقسیم حق شفعه بنسبت سهم الارث بین فقهاء امامیّه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶

اختلافی نیست، زیرا شـفعه حق مالی است و مانند اموال دیگر متوفّی قابل انتقال به ارث میباشد و اموال بنسبت سهام قانونی بین ورثه تقسیم میشود. عامه بر آنند که ورثه شریک در حق شفعه میباشند و بین آنان بتساوی تقسیم میشود.

مسأله- ۲- در صورتی که ورثه متعدد باشند نمیتوانند در حق شفعه تبعّض نمایند،

باین معنی که بعضـی نسـبت بسـهم خود صـرفنظر کند و بعض دیگر نسـبت بسهم خود اخذ بشفعه نماید، زیرا ورثه بیش از حقی که

مورث دارا بوده نمیتواند دارا شود، و مورث خود نمیتوانست نسبت ببعض از مبیع اخذ بشفعه کند و نسبت ببعض دیگر آن را ترک نماید. بنابراین چنانچه بعض از ورثه از حق اخذ بشفعه صرف نظر نماید حق او ساقط میگردد و حق شفعه برای ورثهٔ دیگر باقی خواهد بود، لذا هرگاه تمامی ورثه بغیر از یک نفر از آنان حق شفعه خود را ساقط نمایند، آن یک نفر میتواند نسبت بتمامی مبیع اخذ بشفعه کند و یا آن را ترک نماید، زیرا حق شفعه بسیط و غیر قابل تبعض میباشد. این ستکه ماده «۸۲۴» ق. م. میگوید: «هرگاه یک یا چند نفر از وراث حق خود را اسقاط کند، باقی وراث نمیتوانند آن را فقط نسبت بسهم خود اجرا نمایند و باید یا از آن صرفنظر کنند یا نسبت بتمام مبیع اجرا نماید». این تنها راه جمع بین حقین است، زیرا در این امر مشتری بثمن پرداختی خود نائل آمده است و وارثی که حق شفعهٔ خود را ساقط ننموده است از آن بهره‌مند شده است.

۹- حق شفعه قابل اسقاط است-

اشاره

طبق مادهٔ «۸۲۲» ق. م: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط بهر چیزی که دلالت بر صرفنظر کردن از حق مزبور نماید واقع میشود» خواه لفظ باشد چنانکه شفیع پس از بیع بمشتری بگوید اخذ بشفعه نمیکنم و یا فعل باشد مانند آنکه شفیع پس از اطلاع بر بیع شریک، سهم خود را بدیگری انتقال دهد.

مسأله- ۱- در صورتی که یکی از دو شریک سهم مشاع خود را برای فروش بشریک دیگر پیش نهاد نماید و او آن را رد کند

و سپس پیشنهادکننده آن را بدیگری بفروشد، حق شفعه شریک دیگر باقی است و میتواند از مشتری اخذ بشفعه بنماید،

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷

خواه مبیع بهمان مبلغی فروش رفته باشد که قبلا بایع با شریک خود مذاکره نموده و یا کمتر، زیرا حق شفعه در اثر بیع سهم مشاع برای شریک حاصل میگردد و امتناع شریک دیگر از خرید آن سهم، موجب اسقاط حقی که بعداً حاصل میشود نمیگردد. همچنین هرگاه شریکی که حق شفعه برای او پیدا میشود قبل از انعقاد بیع بمشتری گفته باشد که سهم شریک مرا بخر و من اخذ بشفعه نخواهم نمود و یا از حق شفعه‌ای که پیدا خواهد شد صرفنظر میکنم، حق شفعهٔ او ساقط نمیشود، زیرا حق شفعه پس از تحقق بیع حاصل میگردد و حقی که هنوز بوجود نیامده نمیتوان آن را اسقاط نمود، بدین جهت است که هرگاه شفیع قبل از بیع سهم مشاع از طرف شریک دیگر، حق شفعهٔ خود را ساقط نماید و یا حق شفعه خود را بمشتری، صلح کند، حق شفعهٔ او ساقط نمیشود.

بعضی از فقهاء بر آنند که چنانچه بایع پیش نهاد خرید سهم خود را بشریک دیگر بنماید و او از خرید آن امتناع کند و یا بدون آنکه پیشنهاد خرید بشریک دیگر بشود، او راضی بفروش آن بشخص ثالث گردد، حق شفعه برای شریک دیگر پیدا نمیشود تا ساقط گردد، همچنین است هرگاه شفیع بمشتری پس از خرید تبریک بگوید.

مسأله- ۲- در صورتی که یکی از دو شریک سهم خود را بشخص ثالث بفروشد و شریک دیگر ضامن درک مبیع نزد مشتری بشود

و یا آنکه ضامن درک ثمن نزد بایع گردد، حق شفعهٔ او ساقط نخواهد شد، زیرا اسقاط حق محتاج بقصد اسقاط از طرف دارندهٔ آن میباشد و فرض آنست که شفیع در عمل خود قصد اسقاط حق شفعه را نداشته است و ضامن درک شدن بخودی خود نمیتواند کاشف از قصد اسقاط حق شفعه قرار گیرد.

مسأله– ۳– در صورتی که یکی از دو شریک سهم خود را بشخص ثالث بفروشد و در آن شرط خیار فسخ برای شریک دیگر بنماید،

قبول شریک دیگر اسقاط حق شفعه از طرف او نخواهد بود، حتی هرگاه شریک مزبور حق خیار خود را ساقط و بیع را تنفیذ نماید، حق شفعهٔ او ساقط نمیشود، زیرا ممکن است بدین وسیله شفیع خواسته

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸

حق شفعه خود را تثبیت کند. این امر در صورتیست که فوریت حق شفعه از بین نرود و الّا حق مزبور باعتبار تأخیری که در اخذ بآن شده است ساقط میگردد.

بعضی از فقهاء بر آنند که استفاده شفیع از حق خیار بصورت تنفیذ عقد، کاشف از اسقاط حق شفعهٔ او میباشد.

مسأله– ۴– در صورتی که شفیع با جهل بآنکه شریکش سهم خود را فروخته و او حق شفعه دارد،

سهم اختصاصی خود را بدیگری واگذار نماید. بعضی از فقهاء بر آنند که حق شفعهٔ او ساقط نمیگردد، زیرا استحقاق شفیع بر اخذ بشفعه قبل از واگذاری او موجود بوده و با جهل بآن سهم خود را واگذار کرده است و در صورت تردید بقاء آن استصحاب میشود، بر خلاف موردی که شفیع پس از علم بفروش سهم مشاع از طرف شریک، سهم خود را بدیگری واگذار کند که این امر اعراض از حق شفعه و اسقاط آن محسوب میگردد. آنچه بنظر میرسد آن است که حق شفعه در مورد جهل نیز ساقط میشود، زیرا حق شفعه باعتبار مالکیت حصّهٔ مشاع برای جلوگیری از ضرر تقسیم احتمالی میباشد و پس از بیع حصّهٔ مشاع بوسیلهٔ شفیع، او مالک سهمی نمیباشد تا باعتبار آن اخذ بشفعه کند.

قول دیگر آن است که حق شفعه پس از فروش سهم مشاع از طرف شفیع ساقط نمیگردد، خواه فروش پس از علم و یا قبل از علم بآن باشد، زیرا حق شفعه بوسیلهٔ بیع سهم مشترک حاصل گردیده و در مورد تردید، بقاء آن استصحاب میشود و آنچه گفته شده که واگذاری سهم مشاع از طرف شفیع پس از علم بفروش سهم دیگر، اعراض از حق شفعه میباشد ثابت نیست، زیرا انتقال سهم مشاع بوسیلهٔ شفیع اعم از اعراض از حق شفعه میباشد، علاوه بر آنکه ممکن است ثمن المثل در اخذ بشفعه کمتر از مبلغی باشد که شفیع سهم خود را در مقابل آن واگذار نموده است و خواسته بدین وسیله انتفاعی نیز برده باشد.

امّا أخذ بشفعه از طرف مشتری اول در مثال بالا، چنانچه انتقال شفیع بوسیلهٔ عقد بیع باشد، مشتری اول میتواند از مشتری دوم اخذ بشفعه نماید، زیرا مشتری اول با فروشندهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۹

دوم شریک بوده است. ولی بنا بر قولی که حق شفعهٔ شریک در اثر فروش سهم خود بشخص ثالث ساقط نمیگردد، زمانی مشتری اول میتواند از مشتری دوم اخذ بشفعه کند که شریک (فروشندهٔ دوم) از حق شفعهٔ خود استفاده نکرده باشد، زیرا حق شریک مزبور قبل از حق مشتری اول موجود شده است و استقرار مالکیت مشتری اول نسبت بمبیع متفرع بر عدم اخذ بشفعه از طرف شریک است.

۱۰– بایع نمیتواند با شفیع اقاله نماید

بایع نمیتواند پس از آنکه شفیع اخذ بشفعه نمود آن را با او اقاله کند، زیرا طبق ماده «۲۸۳» ق. م. که میگوید:

«بعد از معامله، طرفین میتوانند بتراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند» اقاله بین متعاملین واقع میشود و شفیع طرف معامله با بایع نبوده است تا با او بتواند اقاله نماید، بلکه طرف معامله با بایع، مشتری است.

فصل ششم– آثار و احکام حق شفعه

الف– تأثیر اخذ بشفعه در معاملات–

هر گونه معامله که از طرف مشتری نسبت بمبیع بعمل آید و منافات با حق شفیع داشته باشد، در صورتی که شریک اخذ بشفعه کند آن معامله بلا اثر میگردد، زیرا معاملهٔ مؤخّر نمیتواند حق عینی شفیع را که مقدم بر آن معامله بوده است زایل نماید.
از نظر تحلیلی بایـد بر آن بود که مشتری در نتیجهٔ مالکیتی که در مبیع پیـدا مینمایـد میتواند هر گونه تصـرفی در ملک خود بنماید، بنابراین او میتواند آن را بسببی از اسـباب بغیر واگذار کند، مانند آنکه بفروشد یا هبه نماید و یا وقف کند، ولی چون مورد معامله در اثر حق شـفعه‌ای که از بیع سـهم شریک حاصل شده، متعلق حق شفیع قرار گرفته است، مانند معاملات فضولی مراعی به اجازه شفیع یا سقوط حق او میباشد. بنابراین چنانچه شفیع معامله مشتری را بغیر اجازه دهد، اجازهٔ او کاشف از صحت معاملهٔ شریک خواهد بود و هر گاه حق شفیع ساقط شود مانع از نفوذ معامله
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۰
برطرف شـده و معامله مشتری مؤثر قرار میگیرد، اما چنانچه شـفیع اخـذ بشـفعه کنـد مانند رد در معاملهٔ فضولی معامله مشتری بلا اثر میگردد. این سـتکه ماده «۸۱۶» ق. م میگویـد: «اخـذ بشـفعه هر معاملهٔ را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت بمورد شـفعه نموده باشد باطل مینماید» مثلا هر گاه کسـی سـهم مشاع خود را از باغی بفروشد و مشتری آن را بشـخص ثالث هبه نماید و یا صـلح کنـد و یا مهر در نکاح زوجه قرار دهـد و سـپس شـریک نسبت بآن اخذ بشـفعه نماید آن معامله (هبه، صـلح، مهر) باطل میگردد و همچنین هر گاه مشتری مبیع را وقف بر امور خیریه و یا مسـجد قرار دهـد، اخـذ بشـفعه وقف را باطل میگردانـد و تمامی آثار وقفیت مسجدیت برطرف میشود و مانند آنست که هیچ زمان وقف نبوده است.

ب– اخذ بشفعه پس از اقاله

اشاره

بطلان تصـرفات حقوقی مشتری منحصـر بمعامله نمیباشد، بلکه هر گاه مشتری و بایع بیع را اقاله نمایند، هر گاه شفیع اخذ بشفعه کند، نظر بوحدت ملاک مادهٔ «۸۱۶» قانون مـدنی آن اقاله بلا اثر میگردد، زیرا چنانکه در احکام اقاله در جلـد اول گذشت، اقاله از زمان اعلام آن عقـد را منحل میگردانـد و اثر قهقرائی نسبت بما قبل خود نمیکنـد و شـفیع باعتبار حق عینی که قبلًا در اثر بیع سـهم مشاع بدست آورده آن را تملک مینماید، این ستکه با اخذ بشفعه، اقاله بلا اثر میگردد. میتوان با تفسیر وسیعی در مادهٔ «۸۱۶» ق.م. معامله را اعم از اقاله دانسـته و مادهٔ مزبور را شامل مورد اقاله نیز نمود. بعضـی از فقهاء امامیه بر آننـد که بوسـیلهٔ اقاله از طرف متبایعین حق شفعه ساقط میگردد، زیرا اقـاله انحلال عقـد است که در اثر آن مبیع ببـایع منتقـل میشود و در موقع اخـذ بشـفعه مشتری مالک مبیع نیست تا شفیع بتواند با دادن ثمن المثل آن را تملّک کند و صرف وجود منشأ حق شفعه قبل از اقاله موجب بطلان اقاله نمیگردد.

مسأله– در صورتی که مشتری باجاره یا بنحوی از انحاء دیگر مانند صلح و معاوضه، منفعت مبیع را برای مدتی بدیگری واگذار کند

و یا آنکه برای دیگری حق انتفاع در آن قرار دهد، و در آن مدت شفیع نسبت بمبیع اخذ بشفعه بنماید، از
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۱

تاریخ مزبور معاملهٔ مشتری نسبت بما بقی از مدت باطل میشود، زیرا پس از اخذ بشفعه از طرف شفیع کشف میگردد که مشتری فقط نسبت بمدت قبل از تاریخ اخذ بشفعه مالک منفعت مبیع بوده و نسبت بمنفعت مدت بعد از آن تاریخ حقی نداشته است. باین اعتبار معامله مشتری از حیث مدت منحل بدو عقد میگردد و نظر بوحدت ملاک مادهٔ «۴۹۷» ق. م «... لیکن اگر موجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستأجره بوده است اجاره بفوت موجر باطل میشود ...» قسمت اول از معاملهٔ مشتری صحیح میباشد و قسمت دیگر آن که پس از تاریخ اخذ بشفعه قرار گرفته باطل خواهد بود.

ج- خیارات و اخذ بشفعه

اشاره

در صورتی که یکی از متبایعین در اثر یکی از خیارات، بیع را فسخ کند و سپس شفیع اخذ بشفعه بنماید فسخ بلا اثر میگردد. مثلا هرگاه شریکی سهم خود را بفروشد و یکی از بایع یا مشتری بجهتی از جهات مانند خیار تأخیر ثمن، تفلیس، عیب و امثال آن عقد بیع را فسخ کند، سپس شریک دیگر آگاه از بیع سهم مشاع بوسیله شریک خود گردد و اخذ بشفعه کند، فسخ باطل و بلا اثر خواهد شد. برای اثبات امر بالا علاوه بر وحدت ملاک مادهٔ «۸۱۶» ق. م. میتوان از تحلیل عقلی کمک خواست بدین جهت متذکر میگردد که خیارات باعتبار زمان پیدایش، بر دو دسته‌اند:

اول- خیاراتی که سبب آن پس از عقد بوجود می‌آید،

مانند خیار تأخیر ثمن و تفلیس و امثال آن. چنانکه گذشت حق شفعه در اثر تحقق عقد بیع سهم مشاع برای شفیع حاصل میشود و در نتیجهٔ آن شفیع حق عینی نسبت بمبیع پیدا مینماید. در مورد خیارات نامبرده در بالا سبب فسخ بمدت زمانی پس از عقد بوجود می‌آید (چنانکه در خیار تأخیر ثمن طبق ماده «۴۰۲» ق. م حق فسخ برای بایع پس از گذشتن سه روز از تاریخ بیع و عدم تأدیه ثمن پیدا میشود و در خیار تفلیس طبق ماده «۳۸۰» ق. م حق فسخ برای بایع در صورتی که مشتری پس از انعقاد بیع مفلس شود حاصل میگردد). بنابراین حق شفعه مقدم بر حق فسخ موجود شده، و حق مؤخر نمیتواند

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۲

حق مقدم را بلا اثر گرداند، بدین جهت با اخذ بشفعه، فسخ بیع از ناحیهٔ یکی از متبایعین بلا اثر میگردد.

دوم- خیاراتی که سبب آن در حین عقد موجود میباشد

اشاره

از نظر تحلیلی آنها بر سه قسمند:

یک- خیار عیب

خیار عیب با انعقاد بیع بوجود می‌آید و برای کسی که از عیب متضرر است حق فسخ ایجاد میشود. حق اخذ بشفعه مانند خیار مزبور نیز در اثر عقد بوجود می‌آید. بنابراین حق خیار عیب و حق شفعه با یکدیگر پیدایش می‌یابند و برای جمع بین حقین، حق شفعه بر حق خیار عیب مقدم داشته میشود، زیرا در صورتی که مبیع معیوب باشد، مشتری در اثر فسخ بیع، قصد رسیدن بثمن پرداختی را

دارد که در اثر اخذ بشفعه از طرف شریک، ثمن را بدست می‌آورد. مثلًا در بیع سهم مشترک از خانه، در صورتی که خانه معیوب در آید و در اثر خیار عیب، مشتری آن را فسخ کند و سپس شفیع آگاه بر بیع شود و اخذ بشفعه نماید، فسخ در اثر خیار عیب بلا اثر میگردد و مبیع بملکیّت شفیع در خواهد آمد و حق مشتری نیز تضییع نمیشود، زیرا مشتری ثمن خود را از شفیع دریافت میدارد.

در صورتی که فسخ از طرف بایع در اثر وجود عیب در ثمن معین باشد، نظر بایع از فسخ بیع، جبران ضرر ناشی از وجود عیب در ثمن است و با اخذ بشفعه از طرف شفیع، بایع میتواند از مشتری ارش بخواهد و بدین وسیله ضرر او نیز جبران میشود و نتیجهٔ هر یک از شفیع، بایع و مشتری بحق خود رسیده‌اند. بر خلاف آنکه حق خیار عیب مقدم بر حق شفعه قرار گیرد و بایع بتواند بیع را فسخ و مبیع را مسترد دارد و یا مشتری بتواند بیع را فسخ و مبیع را ببایع رد نماید تا ثمن خود را دریافت کند که در این صورت حق شفیع تضییع میگردد. پیروان نظریهٔ مزبور از فقهاء، علاوه بر استدلال بالا بعموم ادلهٔ شفعه نیز استناد جسته‌اند.

بعض از فقهای امامیه در مورد بالا، ملاک تقدیم یکی را بر دیگری، زمان اعمال حق دانسته‌اند. بنابراین هرگاه اخذ بشفعه قبل از فسخ بیع بعمل آید شفعه مقدم

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۳

میباشد و چنانچه فسخ بیع قبل از اخذ بشفعه انجام شود، فسخ مقدم است. بعض دیگر از فقهای امامیه گفته‌اند که حق خیار مطلقاً مقدم بر حق شفعه است، زیرا سبب خیار که عیب است در حین عقد موجود میباشد و حق شفعه پس از تحقیق عقد بیع حاصل میشود.

بطلان دو قول اخیر با توجه بآنچه در استدلال قول اول بیان گردید ظاهر میگردد، علاوه بر آنکه سبب خیار عیب اگر چه در زمان عقد موجود است ولی آن امر کافی برای پیدایش حق خیار نیست، بلکه حق خیار با تحقق عقد بر مال معیوب بوجود می‌آید، همچنانکه با پیدایش بیع سهم مشترک، حق شفعه حاصل میشود، نه بوجود شرکت که آن هم در زمان عقد موجود است.

دو- خیارات دیگر-

در مورد خیارات دیگر از قبیل غبن، تدلیس، تبعّض صفقه و امثال آن، عدهٔ از فقهاء بر آنند که مانند مورد خیار عیب، حق شفعه مقدم بر حق خیار فسخ میباشد. بنابراین چنانچه شفیع پس از فسخ بیع (بسبب یکی از خیارات مذکور در بالا) اخذ بشفعه کند، فسخ بلا-اثر میگردد، زیرا با توجه باستدلالی که در مورد خیار عیب بعمل آمد، از این جهت هیچگونه فرقی بین خیار عیب و خیارات دیگر تصور نمیرود.

عقیدهٔ مشهور فقهای امامیه که دعوی اجماع هم بر آن شده بر آنست که در صورت فسخ بیع بسبب یکی از خیارات غیر از خیار عیب حق شفعه ساقط میگردد و اگر قبلًا شفیع أخذ بشفعه کرده است و سپس بیع فسخ گردد أخذ بشفعه باطل میشود.

بعضی از فقهاء بر آنند که بین خیار غبن بایع و خیار غبن مشتری و همچنین بین خیار آن دو در باقی خیارات باید فرق گذارد، یعنی در خیار غبن بایع، خیار را بر اخذ بشفعه مقدم داشت و در خیار غبن مشتری اخذ بشفعه را بر خیار مقدّم دانست، زیرا چنانچه بایع در بیع سهم مشترک، مغبون باشد و أخذ بشفعه مقدم داشته شود زیان بایع بدون جبران میماند چون تأسیس حق خیار برای بایع بمنظور جبران ضرریست که در اثر غبن به او متوجه شده است و با اخذ بشفعه از طرف شفیع ورد مثل ثمن بمشتری،

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۴

ضرر بایع جبران نمیشود. و از طرف دیگر هرگاه شفیع اخذ بشفعه ننماید ضرری به او متوجه نمیگردد و وضعیت حقوقی او مانند وضعیت حقوقی قبل از بیع سهم مشاع خواهد بود، و با تقدم شفعه جمع بین حقین نمیتوان نمود. بنابراین تنها راه جبران ضرر بایع مغبون مقدم داشتن حق خیار بر شفعه است. اما در مورد خیار غبن مشتری، هرگاه خیار مقدم بر أخذ بشفعه باشد حق شفیع بدون

جهت تضـییع میشود، زیرا منظور مشتری از فسخ، رسیدن بثمن است که ببایع پرداخته و آن را در اثر اخذ بشفعه بدست می‌آورد. همچنین است در مورد باقی خیارات که فسخ از طرف مشتری بعمل می‌آید.

آنچه در بالا راجع بخیارات دیگر از قبیل: غبن، تدلیس، تبعض صفقه و امثال آن گفته شد نسبت بثمن عین معین نیز جاری میگردد.

سه- خیار شرط

خیار شرط مانند خیار عیب، در اثر عقد حاصل میشود.

ولی ملکیّت مشتری در مورد خیار شرط (خواه خیار برای مشتری باشد یا بایع یا هر دوی آنان) نسبت بمبیع متزلزل، و قابل برگشت ببایع میباشد، (زیرا بوسیلهٔ بیع خیاری، ملکیّت متزلزل مبیع بمشتری واگذار شده است، بالعکس آنچه در مورد خیارات دیگر است که ملکیّت مشتری نسبت بمبیع قطعی میباشد، اگر چه بیع قابل انحلال باشد، زیرا بوسیلهٔ عقد بیع مطلق، ملکیت مستقر بمشتری انتقال داده میشود) بنابر آنچه گفته شد که حق شفعه در اثر بیع بوجود می‌آید، تقدم حق شفعه بر خیارات دیگر (غیر از خیار شرط) بشرحی که گذشت اشکالی ندارد، زیرا در نتیجهٔ بیع مطلق، ملکیّت قطعی برای مشتری و همچنین حق شفعه برای شفیع حاصل میشود.

بر خلاف بیع خیاری که برای بایع خیار شرط قرار داده شده است که ملکیت مشتری نسبت بمبیع متزلزل میباشد و هر زمان بایع میتواند آن را بملکیت خود عودت دهد.

بعبارت دیگر از نظر تحلیلی در بیع خیاری مزبور حق بایع از مبیع کاملًا سلب نشده و حق شفعه مستقر نگشته است، لذا خیار بایع مقدم بر شفعه خواهد بود، همچنین است در خیار مشتری که مالکیت او در مدت خیار مستقر نشده است. تقدم خیار مزبور بر حق شفعه مانع از آن نمیشود که شفیع قبل از انحلال بیع بتواند أخذ بشفعه بنماید،

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۵

زیرا در صورت عدم انحلال عقد بیع بوسیلهٔ خیار، شفیع مالك سهم دیگر نیز خواهد گردید. این ستکه مادهٔ «۸۱۴» ق. م. میگوید: «خیاری بودن بیع مانع از أخذ بشفعه نیست». بنابراین چنانچه شفیع أخذ بشفعه نماید و سپس از طرف بایع یا مشتری بیع خیاری فسخ گردد، شفعه باطل میشود. بدین جهت است که بعض از فقهای امامیه زمان أخذ بشفعه را پس از انقضای مدت خیار قرار داده‌اند، اگر چه اینان انتقال ملکیّت را در بیع خیاری از زمان عقد میدانند، زیرا با مقدم بودن خیار فسخ بر شفعه فایده‌ای در أخذ بشفعه در مدت خیار موجود نیست. بنظر میرسد که بنا بر نظر مشهور که ملکیّت در بیع خیاری از زمان عقد حاصل میشود و قانون مدنی نیز متابعت از آن نموده است، فائدهٔ أخذ بشفعه قبل از انقضاء خیار در نمائات منفصله و منافع مبیع میباشد، که در صورت أخذ بشفعه بتبع مبیع از آن شفیع خواهد بود.

بنابراین اشکالی ندارد گفته شود که بلافاصله پس از بیع خیاری، شفیع بتواند اخذ بشفعه نماید.

بعض از فقهای امامیه احتمال داده‌اند که در بیع خیاری هرگاه حق خیار از آن مشتری باشد حق أخذ بشفعه مقدم بر حق خیار خواهد بود، و بدین وسیله جمع بین حقین بعمل می‌آید، زیرا مشتری از فسخ معامله جز استرداد ثمن خود مقصود دیگری ندارد و این أمر در اثر أخذ بشفعه و دادن ثمن المثل از طرف شفیع به او تأمین میگردد، بر خلاف آنکه خیار شرط از آن بایع باشد که منظور او استرداد عین مبیع است و با أخذ شفعه این منظور عملی نمیشود.

بنظر میرسد که از نظر تحلیلی عقیدهٔ مزبور با اصول حقوقی بیش سازگار میباشد و بتوان از آن پیروی نمود، در این صورت باید بر آن بود که ماده «۸۱۴» ق. م در مورد بیع خیاری است که برای مشتری در آن خیار شرط قرار داده شده باشد، اگر چه از نظر قضائی مشکل است که بتوان از اطلاق ماده «۸۱۴» ق. م دست برداشت و بین بیع خیاری که حق خیار برای بایع قرار داده شده و بین بیع

خیاری که برای مشتری حق خیار است فرق گذارد، زیرا چنانکه ماده «۱۸۸» ق. م میگوید: «عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۶

خیـاری آنست که برای طرفین یـا یکی از آنهـا یا برای ثالثی اختیار فسـخ باشـد» مگر آنکه گفته شود که ماده «۸۱۴» مذکور در بالا ناظر باجازه أخذ بشفعه در مدت خیار میباشد و در مقام بیان تقدم حق شفعه بر حق خیار نیست چنانکه این امر هم بنظر میرسد.

بنابر آنچه گـذشت قانون مدنی حکم حق أخذ بشـفعه را در مورد خیارات مانند مورد اقاله بسکوت برگزار نموده است، فقط میتوان حکم آن را از تحلیل حقوقی با توجه بوحدت ملاک و روح مادهٔ «۸۱۶» ق. م بدست آورد.

د- ضمان درک در مورد شفعه

در صورتی که پس از تأدیـهٔ ثمن از طرف شـفیع بمشـتری و اخـذ بشـفعه، مـبیع مسـتحق للغیر در آیـد، کشف میشود که بیع باطـل و مشتری مالـک مبیع نبوده است، بنـابراین شـفیع در تملّـک مبیع که متفرع بر مـالکیّت مشتری است نیز ذیحق نمیباشـد، زیرا طبق ماده «۸۱۳» ق. م: «در بیع فاسـد حق شـفعه نیست». در این صورت بنا بر قاعدهٔ مستنبط از ماده «۳۹۰» ق. م مشتری در مقابل شـفیع ضامن درک است و طبق مـاده «۳۹۱» ق. م باید مشتری ثمن را بشـفیع مسترد دارد. این سـتکه ماده «۸۱۷» ق. م میگوید: «در مقابل شریکی که بحق شـفعه تملّک میکند مشتری ضامن درک است نه بایع ...» زیرا در اخذ بشـفعه شـفیع ثمن المثل را بمشتری میدهد و چنانچه کشـف شود که بیع باطـل بوده معلوم میگردد که شـفعه نیز باطـل است و مشـتری در اخـذ ثمن المثـل مسـتحق نمیباشـد و آن را غیر عادلانه دارا شـده است، بـدین جهت بایـد آن را بمالک آن که شـفیع میباشـد برگردانـد. در فرض بالا مشتری بنوبهٔ خود نیز میتواند ثمنی را که ببـایع پرداخته طبق صـریح مـاده «۳۹۰ و ۳۹۱» ق. م مسـترد دارد. اینست که ذیـل مـاده «۸۲۰» ق. م میگویـد: «... حقوق مشتری در مقابل بایع راجع بدرک مبیع همان است که در ضمن عقد بیع مذکور شده است».

عبارت ذیل ماده «۸۱۷» ق. م میگوید: «... لیکن اگر در تاریخ أخذ بشـفعه، مورد شـفعه هنوز بتصـرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع بمشتری نخواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۷

داشت» چنانکه قبلًا در طریق أخـذ بشـفعه تـذکر داده شـد، عبارت مزبور در مقام بیان قبض مورد شـفعه از طرف شـفیع میباشد که او میتواند ملک خود را نزد هر کس بیابد قبض کند، علاوه بر آنکه شـفیع قائم مقام قانونی مشتری میباشد. بنابراین در صورتی که مبیع در تصـرف بایع بوده و هنوز بمشتری تسـلیم ننموده باشـد، شـفیع آن را از بایع مطالبه خواهد کرد و نمیتواند مشتری را مجبور کند تا مبیع را از بایع بگیرد و بشـفیع بدهد، زیرا مشتری در أخذ بشـفعه در مقابل شفیع تعهد بتسلیم مورد شفعه ننموده است و این امر نیز از آثار أخـذ بشـفعه نمیباشد بر خلاف آنچه در بیع است که بدسـتور شق ۳ ماده ۳۶۲ ق. م بایع در اثر عقـد ملزم بتسـلیم مبیع بمشتری شـده است. بنـابراین چنـانچه مشتری مبیع را بـدیگری بفروشـد، مشتری دوم میتوانـد تسـلیم مبیع را از مشتری اول که بـایع بـاو اسـت بخواهد. همچنانی که میتواند بعنوان قائم مقامی از مشتری اول، از بایع مطالبه تسلیم مبیع را بنماید.

مطلبی که در ذیل ماده «۸۱۷» بیان شده با آنچه در قسـمت اول ماده است ارتباط ندارد، زیرا قسمت اول ماده در مورد ضمان درک مشتری میباشد و قسـمت دوم آن در مورد قبض مورد شـفعه است. از نظر قانون‌نویسـی مقتضی آن بوده که هر یک در مادهٔ مستقلی بیان شود تا موجب سوء تفاهم نگردد. بنظر میرسـد که علت تنظیم ماده بـدین نحو آنست که تهیه کنندگان مجموعه قانون مدنی در نوشـتن مادهٔ مزبور خواسته‌اند مفاد عبارت مـذکور در تألیفات بعضـی از فقهای امامیه را بیان کننـد و در آن اشـتباه روی داده است. فقهای مزبور پس از بیان ضـمان درک مشتری میگوینـد: فرقی نمی‌نماید که شـفیع مال مورد شـفعه را از مشتری گرفته باشد یا آنکه

در موقع أخذ شفعه هنوز بایع، مبیع را تسلیم مشتری نکرده و شفیع آن را از بایع گرفته است. تصور نرود که منظور از عبارت ماده بالا که میگوید: (لیکن اگر در موقع أخذ بشفعه مورد شفعه هنوز بتصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع بمشتری نخواهد داشت) آنست که شفیع در مورد مزبور برای مطالبهٔ ثمنی که بمشتری داده است باید ببایع رجوع کند، زیرا ضمان درک چنانکه در مجلّد اول گفته شد نتیجهٔ بطلان بیع وادار

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۸

شدن غیر عادلانه میباشد. این است که طبق ماده «۳۶۶» ق. م کسی که به بیع فاسد مالی را قبض کرده باید آن را بصاحبش رد کند. در موردی که شفعه باطل باشد مشتری ثمن را از شفیع دریافت کرده و مستحق آن نبوده است، او باید آن را بشفیع بدهد، و بایع چیزی از شفیع نگرفته تا بتواند شفیع به او رجوع نماید. چنانچه تصور شود که چون بایع ثمن را از مشتری دریافت داشته و مشتری همان مقدار از شفیع گرفته است، برای سهولت امر و جلوگیری از تکرار تأدیه، شفیع باید مستقیماً ببایع رجوع کند. باید توجه نمود که این امر با قواعد حقوقی سازگار نیست، زیرا هیچ رابطهٔ حقوقی بین شفیع و بایع در موضوع ثمن پرداختی شفیع بمشتری موجود نمیباشد، اگر چه شفیع مبیع را از بایع قبض کرده باشد.

طبق ذیل مادهٔ «۸۲۰» ق. م: «... حقوق مشتری در مقابل بایع راجع بدرک مبیع همان است که در ضمن عقد بیع مذکور شده است» یعنی طبق ماده «۳۹۱» ق. م بایع باید ثمن را که از مشتری گرفته است باو بدهد، خواه آنکه مشتری ثمن المثلی را که از شفیع گرفته به او رد کرده باشد و یا آنکه شفیع او را بری نموده و یا هنوز از مشتری آن را دریافت نکرده است.

ه– فروش مبیع از طرف مشتری بشخص ثالث

در صورتی که مشتری پس از خرید سهم مشترک، مبیع را بدیگری بفروشد، شفیع میتواند از مشتری اول أخذ بشفعه نماید، زیرا حق اخذ بشفعه مقدم بر بیع بوده و طبق ماده «۸۱۶» ق. م: «أخذ بشفعه هر معامله‌ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت بمورد شفعه نموده باشد باطل مینماید». همچنانی که شریک میتواند از مشتری دوم أخذ بشفعه کند، زیرا او شریک با مشتری اول است و باین اعتبار میتواند از مشتری دوم أخذ بشفعه کند.

در این صورت حق شفعهٔ شفیع که ناشی از بیع اول است ساقط میگردد. مثلًا هرگاه کسی سهم خود را از باغی که با دیگری مشترک است بمحمّد بفروشد و محمّد آن را بحسین بفروشد، شریک دیگر میتواند بوسیلهٔ أخذ بشفعه از محمّد معامله او را با حسین ابطال کند و میتواند با فروش محمّد بحسین موافقت کند. در این صورت چون شفیع در اثر خرید محمّد

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۴۹

با او شریک میشود و میتواند در اثر فروش سهم مشترک بحسین از شخص اخیر أخذ بشفعه بنماید. بنابراین در صورتی که چندین بیع یکی پس از دیگری بر سهم مشترک واقع شود، شفیع میتواند از هر یک از مشتریان که بخواهد أخذ بشفعه کند و از هر یک از آنان که أخذ بشفعه بنماید بیعهای ما قبل صحیح و ما بعد باطل خواهد بود، زیرا أخذ بشفعه از هر یک از مشتریان، فرع بر مالکیت او میباشد و مالکیّت او متفرع بر صحت بیعهای سابق است.

و– تصرفات مادی مشتری در مبیع

اشاره

مشتری میتوانـد هر گونه تصـرفی در سـهم خریـداری خود بنماید، زیرا مالک است و طبق مادهٔ «۳۰» ق. م حـق همه گونه تصـرف و انتفاع را دارد و حق شـفعه برای شـریک مانع از تصـرف او نخواهد بود، مستنبط از مادهٔ «۸۱۹» ق. م. بنـابراین در صورتی که مشتری در مبیع تصـرفاتی نماید و أموالی از خود بر آن بیفزاید مانند گذاردن در و پنجره در بنا و یا ساختن بنا و کاشـتن درخت در زمین، و شریک أخـذ بشـفعه بنمایـد پس از أخـذ بشـفعه مشتری میتواند آنها را جدا نموده بردارد، این سـتکه در ذیل ماده «۸۱۹» ق. م گفته شـده: «... مشتری میتوانـد بنائی را که کرده یا درختی را که کاشـته قلع کند». منظور از عبارت مزبور آنست که شـفیع نمیتواند آنچه مشتری بر مبیع افزوده بوسـیله أخـذ بشـفعه بتبع مبیع تملّک کنـد و قیمت آن را بپردازد، بلکه مشتری میتواند آن را کنده و ببرد، زیرا آنهـا ملک مشتری میباشـد و خارج از مورد شـفعه است و تملک آنها بوسـیلهٔ شـفیع بر خلاف اصل مالکیّت میباشـد. در صورتی که شفیع بخواهـد بنـائی را که مشتری نموده و درختی را که کاشـته قلع نکنـد، میتوانـد بـا موافقت مشتری نسبت بآنهـا معاملهٔ مسـتقلّی بصورت صلح یا بیع بنماید.

در کنـدن درخت و خراب کردن بنائی که مشتری نموده اجازه شـفیع لازم نمیباشـد. اگر چه زمین در نتیجهٔ أخذ بشـفعه ملک شـفیع قرار گرفته است، زیرا آن اضافـات ملـک مشتری است و عمـل مزبور ماننـد آمـاده کردن مبیع از طرف بایع برای تسـلیم آن بمشتری میباشـد. بنـابراین مشـتری ملزم نیست پس از کنـدن درختـان و خراب کردن بنـا زمین را مسـطح و گودیهـا را پر نمایـد، بلکه بهمـان حالت، زمین تسلیم شفیع میشود. قول

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۰

مزبور مورد پیروی عـده‌ای از فقهای امامیّه، مانند علّامهٔ در قواعد و شـیخ در موضـعی از مبسوط قرار گرفته است. عدهٔ دیگر از فقهاء بر خلاف اینان بر مشتری لازم میداننـد که زمین را تسـطیح نمایـد و حتّی بعضـی از فقهاء بر آننـد که چنانچه در اثر کندن درخت و خراب کردن بنا نقصـی در زمین حاصل شود، مشتری باید ارش آن را بشفیع بدهد، زیرا تخریب در ملک غیر بعمل آمده است. بنظر میرسد که قول مزبور بیش با اصول حقوقی موافق است.

قانون مـدنی حکم موردی را که مشتری نخواهـد بنا و درخت خود را خراب یا بکنـد بیان نکرده است که آیا شـفیع میتوانـد با دادن ارش او را اجبار بتخریب بنا و کندن درخت بنماید یا آنکه بدون ارش، مشتری مجبور بآن عمل خواهد بود؟

پاسخ سؤال مزبور با توجه باستدلال حقوقیین امامیه معلوم میگردد.

حقوقیین امامیّه دارای سه قولند:

قول اول – مشتری اجبار میشود که بنا را خراب و درختان را بکند، بدون آنکه حق مطالبهٔ ارش از شفیع داشته باشد،

زیرا در اثر بیع، سـهم مشاع متعلق حق شـفیع قرار میگیرد و هر عملی که منافی با حق شـفیع میباشـد از طرف مشتری جایز نیست. این است که بعضـی از فقها تصـریح مینماینـد مالکیّت مشتری نسبت بسـهم مشاع، متزلزل است تا شـفیع أخذ بشـفعه کند و یا حق مزبور بنحوی از انحاء ساقط گردد.

بعبارت دیگر مالکیت مشتری در سهم مشاع مانند مالکیّت مشتری در بیع خیاری میباشد. بنابراین مشتری نمیتوانسته چنین تصرفی که منافی حق شـفعه باشد در مبیع بنماید و چون بر خلاف حق در مبیع تصرف کرده، بنا ساخته و درخت کاشته است شفیع میتواند او را مجبور بتخریب بنا و کنـدن درخت بنمایـد بدون آنکه ملزم بتأدیهٔ ارش باشد. آنچه بنظر میرسد آنست که نمیتوان مالکیّت مشتری را در مورد ماننـد مـالکیّت مشتری خیاری متزلزل دانست، بلکه مالکیّت مشتری مزبور ماننـد مالکیّت مشتری در بیع قطعی است که بایع دارای خیـارات دیگر ماننـد غبن و امثـال آن میباشـد که مشتری با علم بخیار غبن بایع، میتوانـد همه گونه تصـرف و انتفاع را از مبیع ببرد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۱

قول دوم- شفیع میتواند با دادن ارش مشتری را الزام بتخریب بنا و کندن درختان بنماید.

طرفداران عقیدهٔ مزبور خواسته‌اند مورد را قیاس بعاریهٔ زمین برای بنا و کاشتن درختان بنمایند و تأدیه ارش را در صورت الزام بتخریب بنا و کندن درختان لازم بدانند و حال آنکه بین آن دو فرق است، اگر چه در مورد عاریه چنانکه گذشت، گفته شد که معیر، با الزام مستعیر بتخریب بنا و کندن درختان ملزم بپرداخت ارش نمیباشد. از طرف دیگر، تادیه ارش منافی با فلسفهٔ تأسیس أخذ بشفعه است، زیرا هرگاه شفیع الزام بتأدیه ارش گردد، دچار ضرر دیگری میشود که در مواردی بیش از ضرر ناشی از درخواست تقسیم احتمالی مال مشترک است، و ابقاء بنا و درخت پس از اخذ بشفعه تجاوز بحق مالکیت شفیع از طرف مشتری میباشد. بنابر آنچه گفته شد باید بر آن بود که شفیع میتواند مشتری را بدون دادن ارش، الزام بقلع بنائی که نموده و درختانی که کاشته بنماید.

قول سوم- شفیع میتواند با دادن ارش مشتری را الزام بقلع درخت و تخریب بنا کند

و یا بدون رضای مشتری قیمت عادلهٔ بنا و درختان را باو بدهد و آنها را تملّک نماید، زیرا بدین نحو جمع بین حقین شده و ضرری متوجّه هیچ‌یک از شفیع و مشتری نمیشود.

اشکالی که نسبت بنظریهٔ مزبور موجود است انتقال ملک بدون رضایت مالک است که بر خلاف اصل مالکیت میباشد و دلیلی بر این امر موجود نیست. اجازهٔ تملّک مبیع بوسیلهٔ أخذ بشفعه باستناد دلیل خاصی است استثنائی که نمیتوان از نظر وحدت ملاک و تنقیح مناط در أشباه و نظایر آن جاری ساخت.

کشت و زرع نمودن مشتری در مبیع مانند بنا و کاشتن درخت، مورد اختلاف نظر قرار گرفته است. بعضی بر آنند که شفیع باید مجاناً محصول را در زمین خود نگهدارد تا موقع درو برسد و برداشت شود، زیرا مشتری باجازهٔ قانونی حق تصرف در مبیع را داشته- است و مدتی که برای رسیدن محصول لازم است چندان طولانی نیست که زیان غیر قابل تحملی متوجه شفیع گردد، بر خلاف آنچه در ابقاء درخت و بنا میباشد. دلیل رد نظر مزبور آنست که الزام شفیع ببقاء کشت مجاناً تحمیلی است بر شفیع، و تحمیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۲

خسارت بر فرد اگر چه ناچیز باشد محتاج بدلیل صریح است. بعضی دیگر از فقهاء بر آنند که چنانچه مبیع زمین بوده و مشتری در آن کشت کرده باشد، شفیع میتواند پس از اطلاع بر بیع، أخذ بشفعه نماید و مبیع را بخواهد و یا آن را تأخیر اندازد و صبر کند تا کشت برداشت شود. چنانچه شفیع أخذ بشفعه نماید، کشت تا زمان درو و برداشت محصول در مقابل تادیه اجرت المثل از طرف مشتری در زمین باقی میماند.

بنظر میرسد که شفیع نمیتواند أخذ بشفعه را بتأخیر اندازد، زیرا این امر منافات با فوریت أخذ بشفعه دارد.

فصل هفتم- عیب و تلف مورد شفعه

اشاره

عیب و تلف مورد شفعه در دو قسمت بیان میشود:

۱- معیوب بودن مبیع در زمان بیع-

اشاره

در صورتی که پس از أخذ بشفعه کشف شود که مبیع قبل از بیع معیوب بوده است، چهار فرض میشود که ذیلًا حکم هر یک از آنان بیان میگردد.

الف- هرگاه مشتری در حین عقد بیع و شفیع در حین أخذ بشفعه از وجود عیب آگاه بوده‌اند،

شفیع و مشتری هیچ‌یک نمیتواند معاملهٔ خود را فسخ کند و یا مطالبه ارش نماید، زیرا خیار عیب در صورتیست که منتقل الیه در حین معامله جاهل بعیب باشد.

ب- هرگاه شفیع در حین أخذ بشفعه جاهل بعیب بوده، ولی مشتری در حین بیع آن را میدانسته

و یا حق خیار خود را ساقط نموده است، فقهاء بر آنند که شفیع میتواند شفعه را فسخ و ثمن را از مشتری دریافت دارد. توهم آنکه خیار عیب اختصاص بعقود معوض دارد و شفعه ایقاع است، بی‌مورد میباشد، زیرا دلیل بر حق فسخ قاعدهٔ لا ضرر است که آن در مورد شفعه نیز موجود میشود و اختصاص آن بعقد معوض بدون دلیل میباشد و ایقاع معوض مانند شفعه با عقد معوض از این جهت یکسان است. در این صورت شفیع نمیتواند مبیع را نگهداشته و از مشتری مطالبه ارش نماید،

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۳

زیرا در مورد مزبور دلیلی بر اخذ ارش موجود نیست و در مورد تردید در استحقاق مطالبهٔ ارش، اصل عدم آنست. از نظر قضائی حکم بعدم حق ارش در صورت نگاهداری مبیع از ناحیهٔ شفیع مشکل بنظر میرسد. دلیل این امر آنست که مادهٔ «۴۵۶» ق. م که میگوید: «تمام أنواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد ...»

شامل شفعه نیز میگردد، زیرا شفعه یکی از معاملات لازمه شناخته میشود و ناچار مفاد مواد مربوطه بخیار عیب نسبت بآن جاری خواهد گشت و در مورد مزبور بین فسخ و ارش نمیتوان تفکیک نمود، مگر آنکه در تفسیر مواد توسعه قابل توجهی داده شود و باستناد مفاد قاعدهٔ عقلی لا ضرر حق فسخ را جاری و باستناد اصل عدم استحقاق مطالبهٔ، ارش را اجازه نداد و این امر دور از روش تفسیری میباشد که مورد پیروی قضائی قرار گرفته است.

ج- هرگاه شفیع در حین أخذ بشفعه عالم بعیب باشد ولی مشتری در حین بیع جاهل بآن بوده است،

شفیع نمیتواند معاملهٔ خود را فسخ بنماید، زیرا با علم بعیب مبیع، راضی باخذ بشفعه، شده است و خیار عیب در مورد جهل بآن موجود میگردد.

امّا مشتری نیز نمیتواند بیع را فسخ کند، زیرا مبیع از ملکیّت او خارج شده است، بلکه میتواند از بایع ارش عیب بخواهد. در این صورت بنظر میرسد که ارش مزبور از بابت ثمن المثل محسوب میشود باین معنی که هرگاه شفیع ثمن المثل را پرداخته بمقدار ارش مسترد میدارد و چنانچه نپرداخته است پس از کسر ارش بقیه را بمشتری میدهد، زیرا در حقیقت ثمن پرداختی مشتری ببایع پس از کسر ارش است، اگر چه ارش برای جبران ضرر مشتری باشد، چنانکه در مجلّد اول (طبع دوم) شرح آن گذشت و علم شفیع بوجود عیب تأثیر در این امر ندارد، زیرا کسر ارش از ثمن المثل باعتبار خیار عیب برای شفیع نمیباشد تا با علم بعیب حین أخذ بشفعه نتواند

احتساب نماید.

د- هرگاه شفیع در حین أخذ بشفعه و مشتری در حین بیع جاهل بعیب باشند،

شفیع میتوانـد ماننـد مورد اول شـفعه را فسـخ و مبیع را بمشتری رد نمایـد و مشتری نیز میتواند بیع را فسخ و مبیع را ببایع مسترد دارد. توهم نرود که چون در اثر شفعه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۴

مبیع انتقال بشفیع یافته طبق مادهٔ «۴۲۹» ق. م بایع نمیتواند بیع را فسخ نماید و فقط میتواند ارش بخواهد، زیرا شق یک مادهٔ مزبور که میگویـد: «در صورت تلف شـدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن بغیر» ناظر بموردیست که مشتری آن را بوسـیلهٔ عقـدی از عقود بدیگری منتقل کند و شامل شـفعه که ایقاع است و شـفیع بدون موافقت مالک آن را تملّک مینماید نمیشود، بنابراین مشتری میتواند پس از فسخ شـفیع، بیع را فسخ کند و یا آنکه بیع را فسخ نکند و از بایع ارش بخواهد، همچنانکه شفیع میتوانسته شفعه را فسخ نکند و از مشتری مطالبه ارش نماید.

۲- عیب و تلف مورد شفعه نزد مشتری-

اشاره

طبق ماده «۸۱۸» ق. م:

«مشتری نسبت بعیب و خرابی و تلفی که قبل از أخذ بشـفعه دریـد او حادث شـده باشـد ضامن نیست و همچنین است بعـد از أخذ بشفعه و مطالبه در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد».

توضیح مادهٔ بالا منوط به بیان امور ذیل میباشد:

الف- عیب مورد شفعه قبل از أخذ بشفعه

بنظر میرسـد که کلمـهٔ خرابی بعد از کلمهٔ عیب در ماده ذکر خاص بعد از عام است چه خرابی مبیع عرفاً نوعی عیب محسوب میشود چنانکه قسـمت اول مادهٔ بالا بیان مینماید. مشتری نسبت بعیب و خرابی که قبل از أخذ بشـفعه نزد او حادث شده باشد ضامن نیست. در این صورت شـریک میتواند شفعه را ترک بنماید و یا در وضعی که موجود است أخذ بشفعه کند و تمامی ثمن المثل را بمشتری بدهـد و نمیتوانـد مطالبه ارش کند، زیرا اصل، عدم اسـتحقاق مطالبهٔ ارش است. از طرف دیگر عیب و خرابی در ملک مشتری بعمل آمده است و أخذ بشـفعه بر خلاف قاعده با دادن تمامی ثمن المثل اجازه داده شده است، لذا نمیتوان با تقلیل ثمن بشفیع اجازهٔ أخذ بشفعه داد و چنانچه أخذ بشفعه بدون گرفتن ارش موجب ضرر شفیع میشود، او الزامی بر أخذ بشفعه ندارد.

ب- تلف مورد شفعه قبل از اخذ بشفعه

کلمهٔ تلف در مادهٔ «۸۱۸» را باید تلف بعض دانست، زیرا در مورد غیر منقول تلف حقیقی فرض نمیشود. علّت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۵

ذکر کلمهٔ مزبور در ماده، قطعاً اشتباهی است که از نویسـندگان قانون مدنی ناشی شده است. سبب اشتباه آنست که اینان برای تهیه و تنظیم قـانون مـدنی، تألیفـات متعـددی از فقهـای امامیه را مورد نظر قرار دادهانـد و بعضـی از آنان شـفعه را در مال منقول نیز جایز

میداند. ممکن است منظور از تلف، خارج شدن غیر منقول از قابلیّت انتفاع باشد چنانکه مبیع باغ یا خانه واقع در کنار دریا یا رودخانه بوده و زمین فرو ریخته و جزء دریا یا رودخانه شده است. بنابر عقیدهٔ فقهای مزبور تلف مورد شفعه قبل از أخذ موجب سقوط حق شفعه میباشد، زیرا مورد شفعه موجود نیست و با فقدان مورد حکم جاری نمیشود و مشتری نیز ضامن آن نخواهد بود، زیرا تلف در ملك او بعمل آمده است و کسی ضامن تلف مال خود در مقابل دیگری نمیباشد.

ج- نقص مورد شفعه قبل از اخذ بشفعه

ماده صریحی در موضوع نقص مبیع قبل از أخذ بشفعه نزد مشتری در قانون مدنی موجود نیست ولی میتوان از کلمهٔ خرابی مذکور در مادهٔ «۸۱۸» ق. م استنباط نمود که نقص در مبیع مانند عیب است که شفیع میتواند أخذ بشفعه نماید و تمامی ثمن المثل را بمشتری بدهد و میتواند آن را ترك کند. بعضی از فقهای دیگر بر آنند که مورد شفعه قبل از أخذ بشفعه اگر چه ملك مشتری است، ولی چون متعلّق حق شفیع قرار گرفته باید نقصی که در مدت تصرف مشتری حادث شده با او محسوب شود و مانند عیب قبل از قبض مبیع خواهد بود. قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیه است و بر این أمر اجماعات عدیده‌ای در مؤلفات خود نقل نموده‌اند.

۳- تلف و عیب مبیع بعد از أخذ بشفعه و مطالبهٔ تسلیم آن-

در صورتی که شفیع أخذ بشفعه کند و از مشتری مطالبهٔ تسلیم مبیع را بنماید، مشتری ملزم بتسلیم آن در اولین وقت فرصت بشفیع میباشد. در صورتی که مبیع در مدت مزبور بدون تعدی و تفریط از ناحیهٔ مشتری تلف شود او ضامن نخواهد بود، زیرا مشتری امین محسوب میشود و طبق مادهٔ «۶۱۴» ق. م: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که باو سپرده شده است نمیباشد مگر در صورت تعدی یا تفریط» این است که قسمت أخیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۶

مادهٔ «۸۱۸» ق. م میگوید: «... و همچنین است بعد از أخذ بشفعه و مطالبه در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد».

در صورتی که شفیع پس از أخذ بشفعه، مطالبهٔ مورد شفعه را از مشتری بنماید و او از تسلیم آن امتناع کند و یا اهمال و مماطله نماید. بنابر مستنبط از مادهٔ «۳۰۸» ق. م در حکم غاصب شناخته میشود و مسئول هر عیب و نقصی خواهد بود که در مورد شفعه حاصل میگردد. زیرا پس از أخذ بشفعه مبیع بملکیّت شفیع در می‌آید و در ید مشتری امانت است و مادام که شفیع مطالبه ننماید مشتری الزام بتسلیم آن را ندارد و پس از مطالبه ملزم بتسلیم آن خواهد بود و چنانچه امتناع و یا مماطله نماید و یا منکر وجود آن نزد خود گردد صفت امانت از مشتری زایل میشود. مادهٔ «۶۱۶» ق. م که میگوید: «هرگاه رد مال ودیعه مطالبه شود و أمین از رد آن امتناع کند از تاریخ امتناع احکام أمین باو مترتب نشده و ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است که در مال ودیعه حادث شود اگر چه آن عیب یا نقص مستند بفعل او نباشد» این امر را تأیید مینماید.

۴- تلف و عیب مبیع پس از أخذ بشفعه و قبل از مطالبهٔ تسلیم آن-

در صورتی که پس از أخذ بشفعه شفیع مطالبهٔ تسلیم مبیع را ننماید و مبیع بدون تعدی و تفریط نزد مشتری تلف و معیوب شود او ضامن آن نخواهد بود، زیرا پس از أخذ بشفعه ید مالکانهٔ مشتری نسبت بمبیع تبدیل بید امانی میگردد و مادام که شفیع مطالبه تسلیم آن را ننماید عنوان امانت باقی است و امین طبق قاعدهٔ حقوقی مستنبط از مواد مربوطهٔ بودیعه مسئول تلف و نقص مال مورد امانت

نمیباشد.

۵– تعدی و تفریط مشتری در مبیع پس از أخذ بشفعه

در صورتی که پس از أخذ بشفعه مشتری در مبیع شروع بتعدی و تفریط نماید، ضامن تلف و هر نقص و عیبی خواهد بود که در مورد شفعه حاصل میشود، زیرا چنانکه گذشت پس از أخذ بشفعه مبیع بملکیّت شفیع در می‌آید و در ید مشتری امانت است و چنانچه تعدی و تفریط کند سمت امانت او زایل شده و غاصب محسوب میگردد و غاصب ضامن تلف و هر نقص و عیبی خواهد بود که در مال مغصوب حاصل میشود. ماده «۶۱۴» ق. م

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۷

میگوید: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که باو سپرده شده است نمیباشد مگر در صورت تعدی یا تفریط».

۶– تلف و عیب مورد شفعه قبل از تسلیم بایع

در صورتی که قبل از تسلیم مبیع بمشتری شفیع أخذ بشفعه کند و پس از آن مبیع نزد بایع تلف گردد، بیع و شفعه منفسخ میشود، و بایع ثمن را بمشتری و مشتری ثمن المثل را که از شفیع دریافت داشته باو مسترد میدارد.

از نظر تحلیلی، تلف مبیع مادام که بایع آن را بقبض مشتری یا قائم مقام او نداده باشد، تلف قبل از قبض است، اگر چه معاملات متعددی بر آن شده باشد، بنابراین طبق مادهٔ «۳۸۷» ق. م. بیع منفسخ میگردد. در این امر فرق نمیکنند که مشتری آن را بدیگری فروخته باشد و یا هبه کرده باشد و یا آنکه مورد أخذ بشفعه قرار گرفته باشد. چنانکه فقهاء امامیه در مورد تلف مبیع قبل از قبض گفته‌اند که مبیع قبل از انفساخ آنا ما بملکیّت بایع در آمده و سپس در ملکیت او تلف میگردد، بنابراین در فرض بالا ناچار باید بر آن بود که مبیع از ملکیّت شفیع آنا ما در ملکیّت مشتری داخل شده و از ملکیّت او آنا ما بملکیّت بایع در آمده و سپس تلف میگردد. همچنین است هرگاه چندین معامله یکی پس از دیگری نسبت بمبیع قبل از قبض واقع شود. نماءات حاصله در مدتی که در ملکیّت مشتری بوده از آن مشتری میباشد و در مدت پس از أخذ بشفعه تا زمان تلف به تبعیّت ملك از آن شفیع خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۸

قسمت چهارم در وصایا وارث

اشاره

چون ترکهٔ میّت در وصیّت وارث، بوسیلهٔ فوت بوارث و موصی له منتقل میشود، قانون مدنی آن دو را تحت عنوان قسمت چهارم بیان نموده و بدو باب یکی را در وصایا و دیگری را در ارث اختصاص داده است.

باب اول در وصایا

اشاره

وصیّت مشتق از وصی یصی بمعنی وصل و پیوند است و باعتبار اتصال تصرفات زمان حیات موصی بزمان پس از فوت آن را وصیّت نامیده‌اند. ممکن است وصیّت اسم مصدر از أوصی یوصی یا وصی یوصی بمعنی عهد باشد. در این صورت وصیّت نامیدن عقد مزبور باعتبار تعهدی است که موصی بوسیلهٔ آن مینماید.

ماده «۸۲۵» ق. م میگوید: «وصیّت بر دو قسم است: تملیکی و عهدی».

قانون مدنی بپیروی بسیاری از فقهای امامیّه تعریفی از وصیّت که شامل وصیّت تملیکی و عهدی باشد ننموده و ابتداء آن را بدو قسم تقسیم کرده است. علّت این امر آنست که هر یک از دو قسم وصیّت تملیکی و عهدی طبیعت حقوقی مخصوصی را در بر دارد، اگر چه هر دو مربوط به پس از فوت موصی میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۵۹

فصل اول وصیت تملیکی

اشاره

مادهٔ «۸۲۶» ق. م وصیّت تملیکی را تعریف نموده میگوید: «وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش بدیگری مجاناً تملیک کند ...» و در بند سوم مادهٔ بالا اشخاصی که در وصیّت تملیکی نقش اساسی را بازی مینمایند نام برده و میگوید: «... کننده موصی، کسی که وصیّت تملیکی بنفع او شده است موصی له، مورد وصیّت موصی به ...

نامیده میشود».

مبحث اول- عقد وصیت

۱- وصیت تملیکی عقد است

وصیّت تملیکی یکی از عقود میباشد، زیرا عقد چنانکه از مواد مربوطه بتعهدات و بیع معلوم میگردد آنست که از طرف یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و یا مالی را تملیک کنند و مورد قبول آنها باشد و در وصیّت تملیکی مالی از طرف موصی بموصی له تملیک میگردد و موصی له آن را قبول میکند. بنابراین وصیّت بوسیلهٔ ایجاب از طرف موصی و قبول از طرف موصی له بعمل می‌آید، زیرا عقد محقق میشود بتوافق قصد و رضای طرفین بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد نماید. این ستکه ماده «۸۲۷» ق. م میگوید: «تملیک بموجب وصیّت محقّق نمیشود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی».

بعضی از حقوقیین امامیه در تألیفات خود بر آنند که وصیّت ایقاع است و قبول موصی له خواه آن را ناقل بدانند و خواه کاشف، شرط پیدایش ایقاع است. نظریه اینان صحیح بنظر نمیرسد، زیرا ایقاع بوسیله ارادهٔ یک نفر (خواه موجب اسقاط

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۰

حق باشد و یا ایجاد آن) واقع میشود و کس دیگری هیچ‌گونه مداخلهٔ در آن ندارد، حتّی رد دیگری نیز بلا اثر است چنانکه در ابراء گذشت و فرق بین شرط بودن یا جزء بودن قبول در امر اعتباری، خود نیز تصوری و اعتباریست. گفتهٔ بعض از فقهاء بآنکه وصیّت ایقاع است ولی مانند ابراء و اعراض ایقاع صریح نمیباشد، بلکه غیر صریح است و حق مالکیّت برای موصی له نسبت بموصی به بوسیلهٔ ایجاب موصی (بطور معلق) واقع میگردد و قبول شرط مؤخر و کاشف از آنست، بنظر اشتباه میباشد.

مبنای اشتباه آنست که عقود بوسیلهٔ ایجاب و قبول محقق میگردد و آثار مخصوصه بلافاصله ایجاد میشود. در وصیت که معلق بر فوت میباشد، ملکیّت موصی به برای موصی له بفوت موصی موجود میگردد، اگر چه هنوز موصی له قبول ننموده باشد و چون موصی له قبول کند ملکیّت او تثبیت میگردد. این امر موجب شده است که نتوانند تصور نمایند که قبول مؤخّر، جزء اخیر علّت تامّه قرار گیرد و ایجاد ملکیّت در زمان فوت شود آنگونه که در عقود منجزه میباشد، زیرا لازم می‌آید که معلول بر علّت خود مقدم شود، لذا ناچار شده‌اند که وصیّت را ایقاع بدانند و بر آن شوند که ملکیّت برای موصی له بوسیلهٔ ایجاب موصی محقق میگردد و قبول شرط مؤخّر و کاشف میباشد. دلیل بر ضعف استدلال مزبور آنست که تقدم معلول از حیث زمان بر علّت خود در عالم مادّی محال میباشد ولی این امر در عالم حقوقی که عالم فرض و اعتبار است هیچ‌گونه اشکالی در بر ندارد، زیرا چنانچه بتوان برای امری که در عالم مادّی هیچ‌گونه تأثیری در پیدایش امر دیگری ندارد، فرض نمود که مؤثّر و علّت موجده تعهد یا ملکیّت است و آن را در عالم حقوقی معتبر شناخت، میتوان بآسانی فرض نمود که أمر مؤخر میتواند در امر مقدم تأثیر کند و علّت پیدایش آن باشد، زیرا هیچ امری در عالم تصور محال نمیباشد و هر چه تصور شود میتوان معتبر دانست و تأثیر آن را در شیئی مقدم اعتبار نمود. بنابراین عقد معلّق [خواه آنکه طبیعهٔ معلّق باشد مانند وصیّت و یا آنکه عقود دیگر را بطور معلّق واقع ساخت، مثل آنکه کسی مالی را بپسرش بقیمت نازلی بفروشد هرگاه پسر باخذ دیپلم نائل گردد] مانند عقد منجز، بوسیلهٔ ایجاب و قبول،

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۱

یعنی توافق دو اراده بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند واقع میشود.

در این صورت چنانچه قبول قبل از پیدایش معلّق علیه باشد، با حاصل شدن معلّق علیه ملکیّت حاصل میگردد و چنانچه قبول پس از پیدایش معلّق علیه باشد جزء اخیر علت موجود شده و بوسیلهٔ آن کشف میگردد که ملکیّت از زمان پیدایش معلّق علیه حاصل شده است و منافات ندارد که شیئی واحد در حقیقت جزء علت قرار گیرد و باعتباری پیدایش آن کاشف از تحقق معلول نیز باشد. بنابراین در موارد مزبور همیشه جزء اخیر علت تامه دارای دو عنوان بدو اعتبار است: یکی آنکه در ایجاد معلول تأثیر مینماید و دیگر آنکه وجود آن کاشف از پیدایش معلول میباشد.

وضعیت مزبور عدهٔ از حقوقیین را بر آن داشته که معتقد شوند وصیّت ایقاع است و قبول شرط تحقق آن میباشد.

۲- ایجاب وصیت

اشاره

ایجاب عبارت از اعلام تملیک معلق بفوت، از طرف موصی بموصی له میباشد و آن طبق مادهٔ «۱۹۱» ق. م: «محقق میشود بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند». در مواردی که برای موصی تلفظ ممکن نباشد طبق ماده «۱۹۲» ق. م. اشاره‌ای که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود. ممکن است ایجاب وصیت بوسیلهٔ عملی که مبین قصد و رضا باشد نیز واقع گردد. در ایران سالهای متمادی از قاعدهٔ مزبور پیروی میشده تا آنکه مواجه با اشکالات عدیده گردیدند، زیرا وصیّت همیشه پس از فوت موصی مورد استفاده قرار میگیرد و اشخاص ذی‌نفع میتوانند بانواع دسیسه از اقامه شهود یا جعل سند، وصیّتی را که واقع نشده است اثبات نمایند.

بدین جهت بمتابعت از قانون فرانسه، در ۲۳ بهمن ماه ۱۳۱۷ قانونی در ۲۴ ماده بنام قانون راجع بطرز تنظیم وصیّت‌نامه بتصویب رسید که بعداً با تغییر کلماتی چند، فصل ششم از قانون امور حسبی مصوب ۲ تیر ماه ۱۳۱۹ قرار داده شد. قانون مزبور در شرایط صوری وصیّت است که در آخر فصل وصیّت، شرح داده خواهد شد.

تبصره – بطلان وصیت فضولی

مادهٔ «۸۴۱» ق. م میگوید: «موصی به

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۲

باید ملک موصی باشد و وصیت بمال غیر و لو با اجازهٔ مالک باطل است» چنانکه در شرح معاملات فضولی گذشت، عقد فضولی، طبق قاعدهٔ حقوقی صحیح میباشد ولی قانون مدنی استثناء آن را در مورد وصیّت باطل دانسته است. بنابراین با توجه باطلاق ماده بالا فرقی نمینماید که موصی برای خود ملک غیر را وصیّت کند یا برای مالک آن، چنانکه شرح آن در مالک بودن موصی نسبت بموصی به خواهد آمد.

۳– قبول وصیت

اشاره

قبول عبارت است از اعلام ارادهٔ موصی له بتملک آنچه موصی برای پس از فوت خود باو تملیک نموده است. بعضی از فقهای امامیه بر آنند که قبول در وصیّت مانند قبول در هبه، اعلام رضایت موصی له بایجاب است. و متضمن انشاء دیگری نمیباشد. بر خلاف قبول در عقود معوضه که عبارت از اعلام تملک قبول‌کننده در مقابل تملیک ایجاب گوینده است. اینان از نظر تحلیلی بر آنند که هر عقد خواه معوض باشد و خواه غیر معوض، مرکب از دو انشاء است، با این فرق که در عقد معوض اعلام هر یک از طرفین عقد مرکب از دو امر است: تملیک مال بطرف و تملّک آنچه طرف باو در عوض تملیک مینماید، و در عقد غیر معوض مانند هبه از یک طرف تملیک مال بطرف دیگر میشود، و طرف دیگر موافقت بر این امر میکند، یعنی رضایت خود را بتملیک اعلام میدارد، بدون آنکه انشاء تملک آن را بنماید و قصد کند مالی که طرف باو تملیک کرده در ملکیّت او داخل شود. احتمال میرود که قبول در عقد غیر معوض تملیکی نیز مانند قبول در مورد عقد معوض باشد که قبول‌کننده انشاء تملّک چیزی را بنماید که طرف باو تملیک نموده است.

بسیاری از فقهای امامیه بر آنند که قبول موصی له شرط و کاشف از مالکیّت او از زمان فوت موصی میباشد. بعضی دیگر بر آنند که قبول شرط است ولی نقل ملکیّت از زمان قبول میباشد. عدهٔ دیگر بر آنند که موصی به در اثر فوت بطور متزلزل وارد ملکیت موصی له میشود و بوسیلهٔ قبول مستقر میگردد.

عقد بودن وصیّت تملیکی نزد فقهای امامیه مشهور میباشد و مورد پیروی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۳

قانون مدنی قرار گرفته است. بدین جهت قبول را لازم میداند. قول غیر مشهور بر آن است که وصیّت ایقاع معلق میباشد و احتیاج بقبول ندارد و کافی است که موصی له آن را رد ننماید و چنانچه رد کند وصیّت باطل میگردد.

آنچه در بالاـ بپیروی از ماده «۸۲۷» ق. م گفته شد، که وصیت محقق نمیشود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی، در صورتیست که وصیّت بشخص یا اشخاص معین بشود و بعبارت دیگر موصی لهم محصور باشند، مانند آنکه موصی وصیّت کند که خانه او پس از فوت متعلق بفلان شخص یا فرزندان او باشد و الا هرگاه وصیت، بر افراد غیر محصور باشد مانند وصیّت بر فقراء و دانشجویان و یا آنکه وصیّت بر جهت باشد مانند وصیّت بر امور عام المنفعه از قبیل تحصیل ایتام و مداوای بیماران، احتیاج بقبول ندارد و بصرف اعلام ارادهٔ موصی و تحقق معلّق علیه واقع میشود. این است که مادهٔ «۸۲۸» ق. م. میگوید «هرگاه موصی له غیر محصور باشد مثل اینکه وصیّت برای فقراء یا امور عام المنفعه شود قبول شرط نیست» بعضی از فقهاء بر این امر چنین استدلال

نموده‌انـد که وصـیّت بر غیر محصور و بر جهت، وصـیّت بر مفهوم کلی است و در حقیقت تملیک بمفهوم کلی نمیتوان نمود، بدین جهت در وصـیّت مزبور مانند وصیّت عهدی قبول شرط نیست. ماده «۸۳۴» ق. م میگوید: «در وصـیّت عهدی قبول شرط نیست لیکن وصـی میتوانـد مادام که موصـی زنـده است وصایت را رد کنـد و اگر قبل از فوت موصـی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهـل بر وصایت بوده باشـد» بنابراین بایـد بر آن بود که وصـیّت بر غیر محصور و بر جهت ایقاع است، زیرا با ارادهٔ موصـی بتنهائی بدون مداخلهٔ دیگری واقع میشود.

نکته‌ای که بایـد متذکّر بود آنست که قانون مدنی طبق ذیل ماده «۵۶» در صورتی که موقوف علیهم غیر محصور یـا وقف بر مصالح عامه باشد قبول حاکم را شـرط صـحت وقف دانسته است و حال آنکه در وصیّت بر غیر محصور و امور عام المنفعه طبق مادهٔ «۸۲۸» قبول را لازم نمیدانـد. در بین فقهای امامیه کسـی دیـده نشـده است که در وصـیّت مزبور قبول را لازم بدانـد. شاید علّت این امر آن باشد که چون

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۴

وصـیت نوعاً در حالت و وضعیّت غیر عادی میشود، تحقق آن را آسان‌تر از وقف قرار داده‌اند، همچنانی که معلوم بودن موصی به را شرط صحت وصیّت ندانسته‌اند.

قبـول در وصـیّتماننـد قبـول در عقود دیگر بوسـیلهٔ لفـظ یـا فعلی محقق میگردد که دلالـت بر قصـد بنمایـد و احتیـاج به هیـچ‌گونه تشـریفات صوری نـدارد، بنـابراین چنانچه موصـی له پس از فوت موصـی، موصـی به را بفروشـد و یا اجاره دهـد، ضـمناً وصـیّت را پذیرفته است.

قبـول موصـی له ممکن است در زمـان حیـات موصـی باشـد و ممکن است پس از فوت او واقع شود و چون هر یـک دارای أحکـام خاصی میباشد، لذا هر یک جداگانه مورد بحث قرار میگیرد.

الف- قبول موصی له در زمان حیات موصی

موصی له میتواند در زمان حیات موصی وصیّت را بپذیرد، این است که ذیل ماده «۸۳۰» ق. م میگوید:

«... اگر (موصـی له) قبل از فوت قبول کرده باشد بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست» زیرا وصیّت مرکب از اجزاء متعددی است که بـا اجمـاع آنها ملکیّت موصی به برای موصـی له ایجاد میگردد و یکی از آن اجزاء قبول موصـی له میباشـد. بنابراین در صورتی که موصـی له وصـیّت را در زمان حیات موصـی قبول بنمایـد. ملکیّت پس از فوت موصـی را پـذیرفته است، یعنی موصـی ملکیّت معلّق بفوت خود را بموصـی له واگـذار نموده و او ملکیّت مزبور را قبول کرده است و پس از آنکه معلّق علیه (فوت) بوجود آید، ملکیّت برای موصی له محقق میگردد. وصیّت در این صورت مانند عقود معینه دیگر است که بصورت معلّق واقع شوند.

عده‌ای از فقهای امامیه بر آنند که قبول موصـی له در زمان حیات موصی بلا اثر است و باید پس از فوت موصی بعمل آید. استدلال اینـان بر این امر آنست که: اولًا وصـیّت تملیـک پس از فوت است و چنانچه موصـی له آن را قبل از فوت موصـی قبول کنـد، مانند آنست که قبول قبل از ایجاب گفته شود و یا آنکه کسی مالی را که بعداً مالك میشود بفروشد. ثانیاً- قبول با ایجاب منطبق نمیباشد. و حال آنکه یکی از شرائط

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۵

صحت عقـد توافق بین ایجـاب و قبول است. ثالثـاً- قبول موصـی له یـا ناقـل ملکیّت میباشـد و یا کاشف از آنست و چون ملکیّت در وصـیّت منوط بفوت موصی میباشد چنانچه موصی له قبل از فوت موصی، وصیّت را قبول بنماید آن قبول نمیتواند کاشف از ملکیت و یا ناقل آن قرار گیرد، زیرا قبول مقـدم بر انتقال ملکیّت است. هیـچ‌یک از اسـتدلالهای اینان صـحیح بنظر نمیرسد، زیرا: اولًا- قبول

وصیّت قبل از فوت موصی شباهتی با قبول قبل از ایجاب ندارد، علاوه بر آنکه از نظر تحلیلی اشکالی هم در قبول قبل از ایجاب بنظر نمیرسد، چنانکه در مجلّد اول در قسمت تعهدات گذشت. ثانیاً– مورد قبول موصی له عبارت است از آنچه موصی پس از فوت باو واگذار نموده است. بنابراین توافق بین قبول با ایجاب موجود است. ثالثاً– آنچه راجع بکاشفیت قبول یا ناقلیت آن گفته‌اند در موردیست که قبول پس از فوت موصی واقع شود و الا چنانچه قبول موصی له در زمان حیات موصی باشد، قبول مانند ایجاب جزء سبب انتقال است و موت شرط آن میباشد، و موصی به از تاریخ فوت موصی، ملک موصی له شناخته میشود. این وضعیت در تمامی عقود معلقه موجود است و اختصاصی بوصیت ندارد.

ب– قبول موصی له پس از فوت موصی

اشاره

بموجب قسمت اول ماده «۸۳۰» ق. م: «نسبت بموصی له رد یا قبول وصیّت بعد از فوت موصی معتبر است ...»
وصیّت پس از آنکه بعمل آمد، مادام که موصی آن را الغاء ننموده در تمامی مدت حیات او باقی است. ادامه وجود وصیّت در مدت مزبور از نظر تحلیلی با توجه بسلطهٔ موصی بر انحلال آن، مانند تجدید مکرر وصیّت در تمامی آنان مدت حیات موصی میباشد. بعبارت دیگر ادامهٔ وجود وصیّت، در حکم تجدید مسلسل و پی‌درپی آن است. بدین جهت هر تصمیمی از رد یا قبول که بوسیلهٔ موصی له در زمان حیات موصی اعلام گردد قابل تغییر است، مگر رد و یا قبولی که پس از فوت موصی باشد (در صورتی که موصی به را نیز قبض نموده است) که تصمیم نهائی و قطعی است. بنابراین کلمه معتبر در مادهٔ بالا بمعنی قطعی و نهائی میباشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۶

از تحلیل بالا حکم مسائل زیر را میتوان بسهولت دانست:

مسأله 1- در صورتی که موصی له قبل از فوت موصی وصیّت را قبول کرده باشد،

طبق صریح مادهٔ «۸۳۰» ق. م بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست، زیرا عقد مرکب از دو جزء ایجاب و قبول میباشد که بعمل آمده است و احتیاج بتکرار قبول ندارد. علّت این امر آنست که آثار قبول موصی له در زمان حیات موصی پس از پیدایش ادامه دارد تا آنکه موصی له خود آن را برطرف نماید و یا موصی در اثر الغاء وصیت موضوع را منتفی سازد. هرگاه موصی له مجدداً پس از فوت موصی وصیّت را قبول کند تأکیدی بیش نیست.

مسأله 2- در صورتی که موصی له وصیّت را رد کند، پس از فوت موصی میتواند آن را قبول کند،

زیرا رد موصی له اثر وصیّت را از بین نمیبرد و مادام که موصی در قید حیات میباشد وصیّت موجود است تا خود او آن را الغاء نماید. این است که مادهٔ «۸۳۰» ق. م میگوید: «... اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیّت را رد کرده باشد بعد از فوت میتواند آن را قبول کند ...» همچنین در صورتی که موصی له در زمان حیات موصی وصیّت را قبول کند و سپس قبل از فوت موصی آن را رد کند، رد مزبور اثر قبول را ملغی مینماید و مانند آن خواهد بود که موصی له اصلًا وصیت را قبول نکرده است، لذا میتواند مجدداً آن را بپذیرد. قول مزبور نتیجهٔ موافق است با عقیدهٔ کسانی که قبول پس از فوت موصی را فقط مؤثّر میدانند.
عدهٔ دیگری از فقهاء بر آنند که: رد موصی له در زمان حیات موصی آثار ایجاب را ملغی مینماید و پس از آن محلی برای قبول وصیّت باقی نمی‌گذارد. بنابراین همچنانی که قبول وصیّت در زمان حیات موصی در وقوع عقد تأثیر مینماید، رد آن در زمان حیات موصی نیز در رفع آثار ایجاب تأثیر میکند. بعبارت دیگر پس از الغاء آثار ایجاب بوسیله رد موصی له، ایجابی دیگر باقی نمی‌ماند تا

بتواند مورد قبول او قرار گیرد، همانگونه که در عقود دیگر است، مثلًا در وکالت که مانند وصیت از عقود جایزه میباشد، پس از رد آن از طرف وکیل، او نمیتواند دیگر وکالت را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۷

قبول نماید.

ضعف استدلال اینان با توجه بآنکه موصی در وصیّت خود ایجاب را برای مدت حیات خود گفته و پس از رد موصی له او بایجاب خود باقی است ولی در عقود دیگر ایجاب گوینده چنین قصدی را ندارد، بنابراین، قیاس وصیّت بعقود دیگر بی‌مورد است.

۴- رد وصیت

اشاره

رد وصیّت عبارت است از اعلام موصی له به نپذیرفتن آنچه را که موصی باو تملیک نموده است. رد وصیّت بهر لفظ و فعلی که دلالت بر قصد و رضای بآن نماید واقع میشود. عدم رضایت موصی له بر وصیّت کافی نیست اگر چه آن را اعلام دارد مثلًا بگوید بوصیّت فلان ملك بمن راضی نیستم، بلکه باید رد خود را اعلام کند، زیرا عدم رضایت اعم از رد میباشد.

رد وصیّت مانند قبول آن ممکن است قبل از فوت موصی واقع گردد و ممکن است پس از فوت موصی باشد. حکم هر یک جداگانه ذیلًا بیان میگردد.

الف- رد موصی له قبل از فوت موصی-

چنانکه در بالا گذشت در وصیّت قبل از فوت موصی آثار وصیّت را ملغی نمینماید و وصیّت بحال خود باقی و ادامه دارد و مانند آنست که تجدید میشود. بنابراین موصی له میتواند بعد از فوت موصی آن را بپذیرد، همچنانی که میتواند در زمان حیات موصی پس از آنکه آن را رد نمود مجدداً قبول کند. این ستکه ماده «۸۳۰» ق. م. میگوید: «... بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیّت را رد کرده باشد بعد از فوت میتواند آن را قبول کند ...».

ب- رد موصی له بعد از فوت موصی

چنانکه گذشت وصیّت عقد میباشد و عقد مرکّب از ایجاب و قبول است، بنابراین در صورتی که موصی له پس از فوت موصی وصیّت را رد نماید، عقد محقق نمیشود و آثار ایجاب نیز برطرف میگردد و چنانچه پس از رد مزبور آن را قبول کند آن قبول بلا اثر خواهد بود. در این امر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۸

فرقی نمینماید که موصی له در زمان حیات موصی وصیّت را قبول نموده یا آنکه بسکوت برگزار کرده است، زیرا بموجب صریح قسمت اول مادۀ «۸۳۰» ق. م: «نسبت بموصی له رد یا قبول وصیّت بعد از فوت موصی معتبر است، بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیّت را رد کرده باشد بعد از فوت میتواند آن را قبول کند ...».

مسائلی چند

مسأله ۱- موصی له میتواند نسبت بقسمتی از موصی به وصیّت را قبول کند.

بموجب صریح مادهٔ «۸۳۲» ق. م: موصی له میتواند وصیّت را نسبت بقسمتی از موصی به قبول کند، در این صورت وصیّت نسبت بقسمتی که قبول شده صحیح و نسبت بقسمت دیگر باطل میشود» زیرا عقد واحد باعتبار مورد بعقود متعدده منحل میشود و چون عقد غیر معوض است قبول بعض آن موجب غرر نمیگردد و توافق بین ارادهٔ موصی و ارادهٔ موصی له که شرط وقوع میباشد حاصل است. مثلا هرگاه کسی خانه و باغی را بدیگری وصیّت کند موصی له میتواند وصیّت را نسبت بباغ قبول کند و نسبت بخانه رد نماید و یا آنکه نصف مشاع از باغ را بپذیرد و نصف دیگر را بسکوت برگزار کند.

مسأله ۲– در صورتی که موصی له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی یا قیّم او خواهد بود.

ولی نمایندهٔ قانونی صغیر و مجنون میباشد و میتواند بنمایندگی محجور اعمال حقوقی انجام دهد. قبول و رد وصیت یکی از اعمال حقوقی میباشد که طبق صریح ماده «۸۳۱» ق. م که میگوید: «اگر موصی له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیّت با ولی خواهد بود» بولی اجازه داده شده است. بنابراین چنانچه ولی مالی برای مولّی علیه خود وصیت کند، خود بسمت ولایت از او میپذیرد و یا در مینماید در این صورت او بدو اعتبار ایجاب و قبول گفته است. قیم مانند ولی میباشد، او میتواند وصیّت را از طرف مولّی علیه خود نیز قبول یا رد نماید.

مسأله ۳– حق قبول بورثه موصی له منتقل نمیشود.

در صورتی که موصی له

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۶۹

قبل از آنکه وصیّت را قبول یا رد کند بمیرد، حق قبول بورثه او منتقل نمیشود، خواه آنکه موصی له قبل از فوت موصی مرده باشد و خواه بعد از آن، زیرا قبول حق مالی نیست تا مانند اموال بورثه منتقل گردد. بنابراین وصیّت باطل میشود همچنانی که در کلیه عقود است، علاوه بر آنکه در عقود دیگر هرگاه ایجاب گوینده قبل از قبول طرف عقد بمیرد، عقد نیز باطل میشود زیرا آثار ایجاب بفوت او زائل میگردد. از طرف دیگر نظر موصی در وصیّت واگذاری مال بشخص موصی له است و توجهی بورثهٔ او ندارد یعنی در حقیقت شخصیّت موصی له علّت عمدهٔ وصیّت میباشد.

دو روایت نیز این امر را تأیید مینماید. قول مزبور بر خلاف مشهور است. قول مشهور بر آنست که هرگاه موصی له قبل از قبول بمیرد حق قبول بورثه منتقل میشود، خواه قبل از فوت موصی باشد و یا بعد از آن. مستند قول مشهور روایت است.

عدهٔ دیگری از فقهاء بر آنند که هرگاه موصی له پس از فوت موصی قبل از آنکه وصیّت را قبول یا رد کند بمیرد حق قبول بوارث موصی له منتقل میشود، زیرا بفوت موصی معلّق علیه موجود شده و موصی به داخل در ملکیّت موصی له گردیده است و در اثر فوت بورثه او منتقل میگردد و آنها میتوانند آن را قبول یا رد نمایند، همچنانی که در بیع فضولی است که هرگاه مالك قبل از اجازه بمیرد ورثه میتوانند عقد را اجازه دهند. بنظر میرسد که نظریهٔ مزبور با اصول حقوقی که مورد پیروی قانون مدنی قرار گرفته موافق میباشد. بعضی بر آنند که جمع بین دو دسته اخبار اقتضا دارد که چنانچه فوت موصی له قبل از فوت موصی باشد حق قبول بورثه منتقل نمیشود، ولی چنانچه پس از فوت موصی باشد در داخل شدن موصی به در ملکیّت موصی له دو نظر است: مبنی بر آنکه قبول کاشف از ملکیّت حین الفوت باشد، یا ناقل از زمان قبول است.

در صورت اول چنانکه ورثه وصیّت را قبول کنند کشف میشود که موصی به وارد ملکیّت موصی له شده و پس از فوت او وارد ملکیّت ورثه میگردد، بدین جهت هرگاه موصی به زمین باشد زوجه موصی له از آن ارث نمیبرد و دیون موصی له از

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۰

آن پرداخت میگردد، همچنین است هرگاه گفته شود که مالکیت موصی له از زمان وفات موصی بطور متزلزل حاصل میشود و بوسیلهٔ قبول مستقر میگردد.

و در صورت دوم چنانکه ورثه وصیّت را قبول نمایند، موصی به مستقیماً از ملکیّت موصی بملکیّت ورثه داخل میگردد، نه آنکه لحظه‌ای منتقل بموصی له شده و سپس از ملکیت او داخل ملکیّت ورثه او میشود، بدین جهت دیون موصی له از آن ادا نمیشود و وصایای او نسبت بآن جاری نمیگردد.

ورثه موصی له بنسبت سهم الارث خود در موصی به شریک خواهند بود، زیرا مالکیّت آنان در موصی به اعتبار دارا بودن حق قبولی است که بنسبت سهم الارث بآنان رسیده است. در صورتی که بعض ورثه موصی له، وصیت را قبول و بعض دیگر رد نمایند، نسبت بسهم کسانی که پذیرفته‌اند وصیّت صحیح و نسبت بسهم کسانی که رد نموده‌اند وصیّت باطل میگردد (مستنبط از مادهٔ «۸۳۲» ق. م).

۵- عدم فوریت رد یا قبول

موصی له ملزم نیست پس از فوت موصی، رد یا قبول خود را نسبت بوصیّت فوراً اعلام دارد، بلکه میتواند آن را بتأخیر اندازد، زیرا با نبودن دلیلی بر فوریت، اصل عدم آن است. در صورتی که تأخیر اعلام رد یا قبول از طرف موصی له موجب ضرر ورثه موصی باشد و آنها نتوانند در سهم الارث خود تصرف کنند، آنان میتوانند بدادگاه رجوع نموده و حاکم، موصی له را مجبور میکند که تصمیم خود را بر قبول یا رد اتخاذ کند. این است که مادهٔ «۸۳۳» ق. م میگوید: «ورثهٔ موصی نمیتواند در موصی به تصرف کند مادام که موصی له رد یا قبول خود را بآنها اعلام نکرده است.

اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد حاکم موصی له را مجبور میکند که تصمیم خود را معین نماید». ماده مزبور در موردیست که مورد وصیّت سهم مشاع از ترکه باشد مانند ربع یا ثلث که هرگاه ورثه بخواهند در سهم خود تصرف نمایند در موصی به نیز تصرف نموده‌اند. امّا در صورتی که ورثه بتوانند در سهم الارث خود تصرف بنمایند بطوری که موجب تصرف در موصی به نشود مانند آنکه موصی به عین

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۱

معین باشد، اجبار موصی له باعلام رد یا قبول موردی نخواهد داشت (مستنبط از ماده «۸۳۳» ق. م).

۶- تأثیر فوت موصی در وصیت

چنانکه از مادهٔ «۸۲۷» ق. م که میگوید: «تملیک بموجب وصیت محقق نمیشود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی» معلوم میشود که تملیک در وصیّت معلّق بر فوت موصی میباشد، یعنی ملکیّت برای موصی له در صورتی که وصیّت را بپذیرد از تاریخ فوت موصی حاصل میگردد. بعبارت دیگر موصی به قبل از فوت ملک موصی و پس از آن ملك موصی له میباشد، بشرط آنکه آن را قبول نموده باشد. در این امر فرقی نمینماید که قبول در زمان حیات موصی باشد یا پس از فوت او بعمل آید.

۷- تأثیر قبض موصی به در وصیت

قبض موصی به عبارت از استیلاء موصی له بر آن مال است که هر گونه تصرفی بخواهد بتواند بنماید، اگر چه هنوز عملًا تصرف در آن نکرده باشد (مستنبط از مادهٔ «۳۶۷ و ۳۶۸» ق. م).

در بسیاری از عقود قبض هیچ‌گونه تأثیری ندارد و آثار مخصوصهٔ عقد بوسیلهٔ توافق قصد و رضای طرفین یعنی توافق دو اراده

بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر آن نماید حاصل میگردد، مانند: بیع، اجاره و امثال آن. این امر اصل در عقود است، زیرا تأثیر عقد باعتبار جنبهٔ خلاقیت ارادهٔ طرفین است و حاکمیّت اراده ایجاب مینماید که امر دیگری در تولید مقتضاء مؤثر قرار نگیرد.
در بعض عقود دیگر ایجاب و قبول بتنهائی مولد مقتضاء نمیباشد و بطور استثناء قانون قبض را نیز مؤثّر دانسته است، مانند: وقف، حق انتفاع، عمری، رقبی، سکنی، بیع صرف، رهن و هبه، حقوقیین در تأثیر قبض در پیدایش مقتضاء عقد یکی از سه نظر را پیروی نمودهاند: بعضی بر آنند که قبض جزء علّت است: یعنی سبب پیدایش مقتضاء عقد، عبارت است از ایجاب، قبول و قبض و پس از حصول تمامی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۲

اجزاء سه‌گانه، مقتضاء عقد حاصل میگردد. بعض دیگر بر آنند که قبض شرط تحقق مقتضاء میباشد، یعنی مقتضاء بوسیلهٔ ایجاب و قبول حاصل میگردد، بشرط آنکه مورد بقبض داده شود. بنابراین چنانچه قبض پس از عقد واقع گردد شرط متأخّر است و تأثیر در ما قبل خود مینماید. بعضی دیگر قبض را شرط لزوم عقد میدانند و بر آنند که مقتضاء عقد بوسیلهٔ ایجاب و قبول بطور متزلزل محقق میگردد و با حصول قبض لازم میشود، یعنی هر یک از طرفین مادام که مورد بقبض داده نشده میتواند عقد را منحل نماید و پس از قبض، عقد لازم میشود و نمیتوانند آن را بر هم زنند.
یکی از عقودی که قانون مدنی قبض را در آن مؤثّر دانسته است وصیّت میباشد در مادهٔ «۸۳۰» میگوید: «... اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد دیگر نمیتواند آن را رد کند ...» مادهٔ مزبور تصریح بنحوهٔ تأثیر قبض نمینماید و فقط (در صورتی که موصی له بعد از فوت وصیّت را قبول کرده باشد) آن را مانع از رد میداند.
چنانکه از مادهٔ «۸۲۷» ق. م که میگوید: «تملیک بموجب وصیّت محقق نمیشود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی» معلوم میگردد وصیّت بوسیلهٔ ایجاب و قبول موصی له پس از فوت تحقق پیدا میکند و موجب مالکیت موصی له از تاریخ فوت میشود. و از ماده «۸۳۰» ق. م که میگوید: «... و اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد دیگر نمیتواند آن را رد کند ...» استنباط میشود که قبض مانع از رد وصیّت است و در صورتی که موصی له وصیّت را پس از فوت موصی قبول نموده ولی موصی به را قبض نکرده باشد میتواند وصیّت را رد کند. بنابراین باید بر آن بود که وصیّت پس از تحقق متزلزل است و بوسیلهٔ قبض لازم میگردد.
بنابراین در صورتی که موصی له پس از فوت موصی وصیّت را قبول کند و قبل از قبض بمیرد، ملکیّت موصی به بورثهٔ موصی له منتقل میگردد و آنان میتوانند آن را قبض کنند و میتوانند عقد را بر هم زنند، زیرا فوت موصی له (پس از فوت موصی و قبول موصی له) عقد را لازم نمیگرداند و موصی به در اثر فوت موصی و قبول موصی له بورثه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۳

منتقل شده، ولی جایز است تا آنکه آن را ورثه قبض کنند.
تصور نرود که چون وصیّت قبل از قبض جایز است بدستور مادهٔ «۹۵۴» ق. م که میگوید: «کلیهٔ عقود جایزه بموت (و جنون) احد طرفین منفسخ میشود و همچنین بسفه در مواردی که رشد معتبر است» بفوت موصی له قبل از قبض وصیت منحل میگردد، زیرا ماده ناظر بعقود معینهایست که طبیعتاً جایز میباشند مانند وکالت، عاریه و ودیعه ولی وصیت بین عقود معینه دارای وضعیت حقوقی مخصوصی است که از حیث احکام با آنها فرق دارد، بدین جهت ماده منصرف از وصیّت میباشد.
بعضی بر آنند که عقد وصیّت بوسیلهٔ ایجاب و قبول بطور صحیح واقع میشود و پس از پیدایش معلق علیه (فوت موصی) ملکیّت برای موصی له حاصل میگردد، بشرط آنکه موصی به بقبض موصی له داده شود. بنابراین قبض شرط صحت میباشد چنانکه در هبه است.

بعضـی بر آننـد که ملکیّت برای موصـی له پس از فوت موصـی، بوسـیلهٔ ایجـاب و قبول حاصل میشود. بـدین جهت، رد آن را باطل نمیگرداند، اگر چه موصـی به بقبض موصی له داده نشده باشد، همچنانی که در عقود تملیکی دیگر است، زیرا ملکیّت محتاج بناقل قـانونی میباشـد و آن پیـدایش یافته است و اصل هم عـدم شـرط بودن قبض است. بنابراین رد موصـی له هیـچ گونه تأثیری در انتقال نخواهد داشت و در مورد تردید، مالکیّت موصـی له استصـحاب میشود. قیاس وصـیّت بهبه، در شرط بودن قبض بی‌مورد است، زیرا هر یک تأسیس جداگانه میباشد و دارای أحکام مخصوصی است و شرط بودن قبض در هبه بواسطهٔ دلیل خاص میباشد.

بنـابر نظر قانون مـدنی که قبض شـرط لزوم وصـیت است، چنانکه موصـی له پس از فوت موصـی وصـیّت را رد کنـد، وصـیت باطل میگردد اگر چه موصـی به را قبض کرده باشـد. بـدین جهت دیگر نمیتوانـد آن را قبول بنمایـد، زیرا بوسـیلهٔ رد آثار ایجاب برطرف میشود. این امر بین فقهای امامیه اجماعی است، مگر آنکه از قبض موصی به پس از فوت موصـی کشف شود که موصـی له وصیت را عملًا قبول نموده است، در

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۴

این صورت رد آن پس از قبول مزبور بلا اثر میباشد و الا هر گاه خلاف این امر مسـلم شود، چنانکه ثابت گردد که موصی له بتصور آنکه موصـی به ملـک خود اوست تصـرف نموده یا تصور کرده آنکه آن مال بعنوان عاریه نزد او است تصـرف نموده، قبض بلا اثر میباشد.

۸- وصیت مجانی است

اشاره

چنانکه مادهٔ «۸۲۶» ق. م در تعریف وصـیّت میگوید: «وصیّت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش بدیگری مجاناً تملیک کند ...» وصـیت تملیکی از عقود مجانی میباشد، یعنی غیر معوض است. وصـیّت مانند هبه و صـدقه از عقودیست که برای احسان و نیکی بـدیگران انجام میگیرد و طبیعـهٔ از عقود غیر معوضه میباشـد. بنابراین چنانچه موصـی بگوید:

خـانه‌ام را بتو وصـیّت کردم در مقابـل یکصـد هزار ریال صـحیح نمیباشـد، زیرا عقـد مزبور اگر چه بصـیغهٔ وصـیت واقع شـده، ولی بصورت معاملهٔ معوض منعقد گردیده است.

بنظر میرسد که شـرط عوض ضـمن عقد وصـیّت منافات با مجانی بودن آن ندارد چنانکه موصی ضـمن عقد وصـیّت شرط کند که موصـی له فلان مال را باو یا بـدیگری بدهـد و یا فلان عمل را انجام دهـد، چنانکه در هبه در مجلّد دوم گذشت. مثلا هر گاه کسـی خانه‌ای را بدیگری وصـیّت کند و ضمن آن شرط نماید که موصی له تا ده سال، ماهی یکصد هزار ریال بپسر کوچک موصی تأدیه کند وصـیّت صحیح خواهد بود، زیرا طبیعت عقد وصـیّت تغییر نیافته و مجانی است و شرطی که ضمن آن شده است طبیعت حقوقی عقد غیر معوض را معوض نمیگرداند، و الا چنانچه شـرط عوض منافات با قید مجانی بودن وصـیّت داشته باشد باید شرط عوض نیز در هبه نتوان نمود و حـال آنکه صـحیح است، زیرا قیـد مجانی نیز در تعریف هبه در مادهٔ «۷۹۵» ق. م شـده است، مادهٔ «۷۹۵» ق. م: «هبه عقـدی است که بموجب آن یک نفر مالی را مجاناً بکس دیگری تملیک میکند، تملیک‌کننده را واهب، طرف دیگر را متّهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه میگویند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۵

عدم جواز تصرف ورثه در موصی به-

ورثهٔ موصی نمیتوانند قبل از رد یا قبول موصی له، در ترکه تصرف کنند. چنانکه از ماده «۸۲۶» ق. م که میگوید: «وصیّت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش بدیگری مجاناً تملیک کند ...» فهمیده میشود که ملکیّت موصی له نسبت بموصی به از زمان فوت موصی حاصل میگردد و قبول موصی له جزء سبب است و چنانچه پس از فوت واقع شود کاشف از سبق ملکیّت موصی له خواهد بود. بنابراین بموجب بند اول ماده «۸۳۳» ق. م: «ورثهٔ موصی نمیتواند در موصی به تصرف کند مادام که موصی له رد یا قبول خود را بآنها اعلام نکرده است ...» این امر در صورتیست که موصی به جزء مشاع از ترکه باشد، مانند ربع و سدس آن، زیرا تصرف آنها در مال مشاع باعتبار سهم خود، موجب تصرف در موصی به میگردد، لذا آنان باید انتظار اعلام رد یا قبول موصی له را بکشند. این است که بند دوم ماده «۸۳۳» ق. م میگوید: «... اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد حاکم موصی له را مجبور میکند که تصمیم خود را معین نماید». از مفهوم مخالف مادهٔ مزبور معلوم میگردد که چنانچه تأخیر اعلام موصی له موجب تضرر ورثه نشود، مانند مواردی که موصی به عین معین و مفروز باشد ورثه در ما بقی از ترکه تصرف خواهند نمود و موصی به را وامیگذارند تا موصی له تصمیم خود را اعلام دارد و حاکم نمیتواند موصی له را اجبار در رد یا قبول بنماید، بنابراین موصی له میتواند هر چند مدت، اگر چه طولانی باشد اعلام قبول یا رد را بتأخیر اندازد.

در مادهٔ مزبور کلمهٔ حاکم مبهم است و با توجه باصول آئین دادرسی مدنی منظور، حاکم دادگاه شهرستان میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۶

مبحث دوم– در موصی

اشاره

وصیّت تملیکی عقد است و مانند عقود دیگر دارای دو طرف میباشد: یکی موصی و دیگری موصی له. چنانکه از ماده «۸۲۶» ق. م معلوم میشود، موصی کسی است که عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان پس از فوتش بدیگری مجاناً تملیک بنماید. بنابراین موصی بوسیلهٔ عقد وصیت در اموال خود تصرف مینماید و آن را بدیگری واگذار میکند. لذا برای صحت عقد مزبور موصی باید دارای شرایط زیر باشد:

۱– موصی باید دارای اهلیت قانونی باشد–

بموجب ماده «۲۱۰» ق. م موصی باید در حین وصیت برای معامله اهلیت داشته باشد، یعنی طبق ماده «۲۱۱» قانون مزبور باید بالغ و عاقل و رشید باشد، زیرا چنانکه از ماده «۸۲۶» ق. م در تعریف وصیّت تملیکی معلوم میگردد، موصی بوسیلهٔ وصیّت مال خود را بدیگری واگذار مینماید و واگذاری از اقسام معاملات بمعنی اعم است و بدون داشتن اهلیّت باطل میباشد. بنابراین موصی باید محجور بصغر، جنون یا سفه نباشد، زیرا اینان نمیتوانند در اموال خود تصرف نمایند، علاوه بر آنکه صغیر غیر ممیز و مجنون نمیتوانند اراده بنمایند. ولی و قیم نیز نمیتوانند بعنوان نمایندگی از محجورین وصیّت کنند، زیرا ولی و قیم برای ادارهٔ دارائی محجور میباشند که با در نظر گرفتن غبطه باید دارائی آنها را اداره کنند. وصیّت، واگذاری مجانی دارائی محجور میباشد و آن خارج از ادارهٔ اموال بشمار میرود. مجنون ادواری میتواند در زمان افاقه وصیّت نماید، زیرا در حالت مزبور عاقل محسوب میگردد.

عارض شدن جنون بر موصی پس از وصیّت، موجب بطلان وصیّت نمیگردد، اگر چه قبل از قبول موصی له باشد، زیرا اعتبار عقل در وصیّت، در زمان انشاء وصیّت معتبر است که موصی اراده مینماید و در دارائی خود تصرف میکند.

۲- موصی باید دارای قصد باشد

زیرا وصیّت عقد است و قصد رکن

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۷

اساسی تحقق آن میباشد بدین جهت مادهٔ «۱۹۵» ق. م میگوید: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله بواسطهٔ فقدان قصد باطل است».

۳- موصی باید دارای رضا باشد-

حاکمیّت اراده بر اساس رضا استوار است، بدین جهت وصیّت مکره نافذ نیست، لذا چنانکه کسی در اثر اکراه وصیّتی بنماید، میتواند پس از رفع اکراه رضایت دهد و آن را تنفیذ کند، زیرا وصیّت نوعی از عقد و معامله بمعنی اعم است. بنابراین هرگاه پدری را بعضی از اولادانش مجبور کنند که ثلث دارائی خود را بآنها وصیّت کند و او آن را انجام دهد پس از رفع اکراه میتواند آن را امضاء نماید. ماده «۲۰۳» ق. م میگوید: «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگر چه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود» و بموجب ماده «۲۰۹» ق. م: «امضاء معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است».

۴- اشتباه در شخص موصی له موجب عدم نفوذ وصیت است-

اشاره

چنانکه در تعهدات در مجلّد اول گذشت بموجب مادهٔ «۱۹۹» ق. م: «رضای حاصل در نتیجهٔ اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست» و مفهوم مادهٔ «۲۰۱» ق. م که میگوید: «اشتباه در شخص طرف بصحت معامله خللی وارد نمیآورد، مگر در مواردی که شخصیّت طرف علّت عمده عقد بوده باشد» چنانکه موصی بجهتی از جهات در شخص موصی له اشتباه نماید وصیّت غیر نافذ خواهد بود، زیرا در وصیّت مانند هبه شخصیّت موصی له علّت عمده عقد است، مثلًا شخصی بقصد آنکه ثلث خود را بفلان دانشمند مشهور وصیّت بنماید با مرد جاهلی مواجه میشود و او خود را بنام دانشمند معرفی مینماید و موصی بتصور آنکه شخص مزبور آن دانشمند است باو وصیّت میکند، وصیّت مزبور غیر نافذ میباشد، زیرا شخصیّت فلان دانشمند علّت عمدهٔ وصیّت بوده است، و هرگاه از شخصیت کسی که باو وصیّت کرده آگاه میبود وصیّت نمینمود.

وصیّت مزبور مانند عقود معوض نیست که قصد هر یک از طرفین معامله رسیدن بعوض باشد و هرگاه در شخصیت طرف هم اشتباه شود معامله صحیح باشد، زیرا در طبیعت عقود

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۸

مزبوره شخصیّت طرف معامله علّت عمدهٔ عقد نمیباشد. بنابراین چنانچه موصی پس از اطلاع بر اشتباه خود وصیّت را تنفیذ نمود وصیّت صحیح خواهد بود و هرگاه از آن آگاه نشود تا بمیرد وصیّت باطل میشود.

الف- موصی باید خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگری از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد،

مانند آنکه خود را از بام بزیر اندازد و یا اعتصاب غذا بنماید. بنابراین هرگاه موصی اعمالی مرتکب شود که نوعاً موجب هلاکت نمیشود، مانند آنکه سر خود را در اثر عصبانیّت بدیوار بزند و در اثر خونریزی مغزی فوت کند وصیّتی که پس از آن مینماید باطل نمیباشد.

ب– موصی عمل مزبور را بقصد خودکشی مرتکب بشود.

بنابراین در صورتی که موصی قصد خودکشی نداشته باشد و از ارتکاب عمل میخواسته رأفت دیگری را بخود جلب نماید، مثلًا موصی خواسته که پدرش محبت بیشتری نسبت باو پیدا کند با اسلحهٔ کمری تیری بطرف کتف خود انداخته است، ولی این امر منجر بهلاکت او شده است، وصیتی که پس از ارتکاب عمل مزبور مینماید باطل نخواهد بود، زیرا در ماده «۸۳۶» قید شده که عمل بقصد خودکشی انجام شده باشد و حال آنکه در مورد مزبور مرتکب، چنین قصدی نداشته است. همچنین است هرگاه ارتکاب عمل از روی سهو و خطا باشد، چنانکه موصی اسلحهٔ را برای پاک کردن در دست بگیرد و فشنگی از آن خارج و باو اصابت کند. بنابراین حکم ببطلان وصیّت را دادرس در زمانی صادر می‌نماید که بوسیلهٔ اوضاع و احوال و قرائن ثابت شود که موصی قصد خودکشی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۷۹

موصی را احراز کند. در صورتی که عمل موصی از اعمالی باشد که نوعاً منجر بموت بشود کشف از قصد هلاکت فاعل مینماید، مگر آنکه از قرائن خارج ثابت شود که چنین قصدی را نداشته است.

ج– وصیّت پس از ارتکاب عمل واقع شود

چنانکه کسی سمی را بقصد خودکشی بخورد و سپس وصیّت بنماید و در نتیجهٔ نوشیدن سم فوت کند وصیّتش باطل است، اما در صورتی که قبل از ارتکاب عمل، وصیّت بنماید وصیّت صحیح است.

اگر چه در حین وصیّت قصد خودکشی داشته است، زیرا در مادهٔ نامبرده قید شده است که پس از ارتکاب عمل خودکشی، وصیّت نماید.

د– عمل موصی منتهی بفوت او شود

در صورتی که عمل ارتکابی منتهی بفوت موصی شود، وصیّتی که پس از آن نموده باطل خواهد بود. و الا هرگاه منتهی بفوت او نگردد و بهبودی یابد بموجب صریح مادهٔ بالا وصیّت او نافذ است. همچنین هرگاه موصی عملی را مرتکب شود که نوعاً آن عمل موجب هلاکت میشود و در اثر آن موصی فوت ننموده است بلکه در اثر اشتباهاتی که در مداوای او بعمل آمده موصی بمیرد وصیّت صحیح خواهد بود، زیرا موصی در اثر عمل ارتکابی بهلاکت نرسیده است اگر چه هرگاه موصی مرتکب عمل خودکشی نمیشد احتیاج بمداوا پیدا نمیکرد تا اشتباه در طرز آن روی دهد (مستنبط از روح مادهٔ «۸۳۶» ق م) قول ببطلان وصیّت، مشهور نزد فقهای امامیه است، مستند آن روایت صحیحهٔ أبی ولاد از حضرت صادق علیه السّلام میباشد و دعوی اجماع بر آن نیز شده است و الا حکم ببطلان وصیّت منطبق با قواعد حقوقی نیست و استحساناتی را که موجب بطلان وصیّت در مورد بالا دانسته‌اند مثبت آن نمیباشد، بدین جهت ابن ادریس بر خلاف مشهور اظهار نظر نموده است و وصیّت را باطل نمیداند، عده‌ای دیگر از فقهاء او را متابعت نموده‌اند.

ارتکاب عمل بقصد خودکشی دلالت بر سفاهت فاعل نمینماید، زیرا ممکن است موصی در حال ارتکاب عصبانی بوده و پس از آن در زمان وصیّت حالت عادی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۰

داشته باشد. مخصوصاً هرگاه محقّق شود که در زمان وصیّت عقلش سالم و حالت اضطراب مرگ بر او مستولی نشده بوده است. بدین جهت علامه در تذکره بر آنست که چنانچه پس از ارتکاب عمل، رشد موصی محقّق باشد وصیّتش صحیح است.

قیاس عمل خودکشی بقتل مورث خود، بدین تقریب که موصی عملی را که بقصد خودکشی انجام میدهد و موجب هلاکتش میشود مانند عمل قاتل مورث میباشد که مرتکب عمل خلاف شده است، و بعنوان مجازات وصیّتش باطل میباشد، قیاس مع الفارق است، زیرا محرومیّت قاتل مورث از ارث برای جلوگیری از قتل است تا وراث بامید رسیدن بارث مرتکب قتل مورث خود نشوند، بخلاف مورد خودکشی که بطلان وصیّت نمیتواند مانع از ارتکاب خودکشی شود، زیرا خودکشی برای رسیدن موصی لهم به موصی به نمی‌باشد.

۵- وصیت کسی که بقصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم نموده باطل است

بموجب مادهٔ «۸۳۶» ق. م: «هرگاه کسی بقصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیّت نماید آن وصیّت در صورت هلاکت باطل است و هرگاه منتهی بفوت نشد وصیّت نافذ خواهد بود».

شرائط بطلان وصیّت در مورد بالا:

مبحث سوم- در موصی له

اشاره

موصی له کسیست که بوسیلهٔ وصیّت تملیکی، مالی باو واگذار شده است.

موصی له ممکن است ورثهٔ موصی باشد یا شخص اجنبی.

۱- موصی له باید در حین وصیت موجود باشد-

موصی له باید در زمانی که موصی وصیّت مینماید وجود داشته باشد. بنابراین وصیّت بر معدوم صحیح نیست، مانند آنکه کسی مالی را بدیگری وصیّت کند و بعد معلوم شود که موصی له در حین وصیّت مرده بوده است، زیرا ایجاب در وصیّت، انشاء تملیک موصی به پس از حصول معلّق علیه است و نمیتوان مالی را بکسی که موجود نیست تملیک نمود. بنابراین وصیت بکسی که بعداً بوجود می‌آید صحیح نمیباشد، چنانکه کسی مالی را برای پسر خود وصیّت کند و حال آنکه هنوز موصی دارای فرزندی نشده است. این ستکه ماده «۸۵۰» ق. م. میگوید: «موصی له باید موجود باید و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیّت شده است». قید (بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیّت شده است) قید توضیحی است. زیرا هر انسانی که موجود باشد طبق ماده «۹۵۸» ق. م. متمتع از حقوق مدنی خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۱

احتمال میرود که چون مضمون مادهٔ مزبور از کتب حقوق اسلامی اقتباس شده است و در حقوق مزبور برده نمیتواند مالک چیزی گردد، مادهٔ بالا بدین صورت تنظیم شده است. در قانون ایران که بموجب مادهٔ «۹۵۸» ق. م هر انسانی متمتع از حقوق مدنی است موردی برای بحث در این امر باقی نمیماند.

وصیّت را نمیتوان قیاس بوقف نمود و بوحدت ملاک ماده «۶۹» ق. م که میگوید:

«وقف بر معدوم صحیح نیست مگر بتبع موجود» بر آن بود که وصیّت بر معدوم بتبع موجود صحیح است، زیرا با تصریح مادهٔ «۸۵۰» ق. م بآنکه موصی له باید موجود باشد و سکوت از ذکر جواز وصیّت بر معدوم بتبع موجود، با آنکه در مقام بیان آن بوده است،

موردی برای قیاس باقی نمیگذارد، در ایراد بآنکه چگونه قانون وقف بر معدوم را بتبع موجود اجازه داده است و حال آنکه معدوم قابلیت تملک را ندارد، خواه مستقلًا موقوف علیه قرار گیرد یا تبعاً و در وصیّت اجازه انتقال باو تبعاً داده نشده است. در پاسخ‌هائی که داده‌اند تمامی آنها استحسانی بنظر میرسد و هیچ‌یک نمیتواند قانع‌کننده قرار گیرد، فقط میتوان گفت که هر یک از وقف و وصیّت تأسیس مستقلّی است و ساختمان و أحکام جداگانه‌ای دارد.

میتوان بمنظور بالا از طریق وصیّت عهدی دست یافت بدین نحو که کسی مالی را بدیگری وصیّت کند و مقرر دارد که موصی له پس از پیدایش پسری برای موصی آن مال را باو تملیک نماید و یا وقف برای تحصیل او کند.

۲– حمل میتواند از وصیت برخوردار شود–

اشاره

حمل چون موجود طفیلی و دارای وجود مستقلّی نمیباشد، وضعیت مخصوصی را از نظر شخصیّت حقوقی دارا است که قاعدهٔ کلی مذکور در مادهٔ «۹۵۷» ق. م از آن حکایت مینماید:

«حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود». چنانکه مادهٔ بالا تصریح میکند برای تمتع از حقوق مدنی کافی نیست که حمل موجود و زنده باشد، بلکه باید زنده نیز متولّد گردد و وجود مستقلّی را بدست آورد، در این صورت حمل میتواند از حقوق مدنی متمتع گردد. یکی از اقسام حقوق مدنی تملک است که

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۲

حمل میتواند از آن متمتع شود. امری که ممکن است مورد پرسش قرار گیرد آنست که بکدام یک از اسباب معینهٔ قانونی حمل میتواند مالک گردد. توضیح این امر در شرح مادهٔ بالا در مجلّد چهارم خواهد آمد. باری یکی از اسبابی که حمل میتواند بوسیلهٔ آن مالک گردد وصیّت بشمار میرود مادهٔ «۸۵۱» ق. م میگوید: «وصیّت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولّد شود». بنا بر این چنانکه کسی مالی را برای حمل وصیّت کند پس از آنکه زنده متولّد گردید، کشف میشود که وصیّت نسبت بحمل مزبور صحیح بوده است. قبول وصیّت بوسیلهٔ ولی یا قیّم او بعمل می‌آید. این است که مادهٔ «۸۳۱» ق. م میگوید: «اگر موصی له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیّت با ولی خواهد بود». بنابراین ولی یا قیّم میتواند پس از تولد طفل وصیت را قبول یا رد نماید. بنظر میرسد که بتواند با توجه بمواد مربوطه بولایت و قیمومیت و مادهٔ «۱۰۳» قانون امور حسبی بر آن بود که امین بر جنین نیز بتواند وصیّت را قبل از ولادت او قبول کند. مادهٔ «۱۰۳» قانون امور حسبی: «علاوه بر مواردی که مطابق قانون مدنی تعیین امین میشود در موارد زیر نیز امین معین خواهد شد.

۱– برای ادارهٔ سهم الارثی که ممکن است از ترکه متوفی به جنین تعلق گیرد در صورتی که جنین ولی یا وصی نداشته باشد ...».

اشاره

در اجراء مادهٔ «۸۵۱» قانون مدنی دو امر باید مورد توجه قرار گیرد:

الف– موجود بودن حمل در حین وصیت

چنانکه از مادهٔ «۸۵۰» ق. م معلوم میشود برای صحت وصیّت باید موصی له در حین وصیّت موجود باشد، بنا بر این حمل در صورتی در حین وصیّت موجود شناخته میشود که نطفهٔ او منعقد شده باشد. مستنبط از مادهٔ «۸۷۵» ق. م که میگوید: «شرط وراثت

زنـده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث میبرد که نطفهٔ او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولّد شود، اگر چه فوراً پس از تولّد بمیرد». انعقاد نطفه عبارت است از امتزاج بین تخمه مرد و تخمک زن که پس از ورود نطفه در رحم حاصل میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۳

وجود حمل در زمان وصیّت گاه هویدا است و گاه دیگر مورد تردید قرار میگیرد، زیرا چنانکه در اوان حمل باشد از ظاهر زن هیچ معلوم نمیشود و تشخیص آن جز بوسائل پزشکی ممکن نخواهد بود. قانون مدنی در مورد تردید در وجود حمل بوسیلهٔ مادهٔ «۸۷۷» راهنمائی کرده میگوید: «در صورت اختلاف در زمان انعقاد نطفه امارات قانونی که برای اثبات نسب مقرر است رعایت خواهد شد». امارات قانونی که برای اثبات نسب مقرّر است، احتساب مدت حمل میباشد که در مادهٔ «۱۱۵۸» و «۱۱۵۹» ق. م بیان شده است. مادهٔ «۱۱۵۸» ق. م: «طفل متولّد در زمان زوجیت ملحق بشوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولّد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». ماده «۱۱۵۹» ق. م: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولّد شود ملحق بشوهر است، مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد، مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد». بنابر دو مادهٔ بالا در صورتی که حمل، در مدت ده ماه از تاریخ وصیّت متولّد گردد، محقق میباشد که حمل در حین عقد موجود بوده است و الا هرگاه حمل پس از مدت ده ماه از تاریخ وصیّت متولّد شود معلوم میگردد که حمل در زمان وصیّت موجود نبوده و بعداً نطفهٔ او منعقد شده است، زیرا بیش از ده ماه از تاریخ انعقاد نطفه طفل در رحم نمیماند. آنچه در بالا گفته شد در صورتیست که پدر طفل در نزد مادر او باشد و الا هرگاه مرد غایب و نزد زن خود نباشد، در صورتی میتوان علم پیدا نمود که حمل در زمان وصیّت موجود بوده که طفل پس از وصیّت بدنیا آید و بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی متولّد نشود.

ب- زنده متولد شدن حمل

چنانکه ماده «۸۵۱» ق. م میگوید: «وصیّت برای حمل صحیح است لیکن تملّک او منوط است بر اینکه زنده متولّد شود».

وجود حمل در حین وصیّت برای صحت آن کافی نمیباشد، بلکه باید طفل زنده متولّد شود. بنابراین چنانچه طفل مرده متولّد شود معلوم میگردد که وصیّت باو باطل

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۴

بوده است. علامت زنده متولّد شدن را فقهای امامیّه حرکت طفل پس از ولادت و صدای اولیه او دانسته‌اند. این دو امر را نمیتوان دلیل منحصر حیات کودک دانست که چنانچه صدائی و حرکتی دیده نشود او را مرده پنداشت، زیرا ممکن است طفل لال و ضعیف باشد. بنابراین چنانچه حمل متولّد شود و حرکتی از آن دیده نشود و یا صدائی از آن شنیده نگردد، نمیتوان کشف نمود که وصیّت در بارهٔ او باطل است.

بلکه بوسیلهٔ تشریح کودک میتوان دانست که زنده متولّد شده یا آنکه مرده بدنیا آمده است.

از عبارت (لیکن تملّک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود) مذکور در مادهٔ بالا استنباط میگردد که زنده متولّد شدن شرط تملّک موصی به از زمان فوت میباشد، بنابراین چنانچه کسی در زمان حمل، وصیّت نماید و موصی بلا فاصله بمیرد و پس از پنج ماه طفل زنده متولّد شود، کشف میگردد که از زمان فوت موصی، حمل مالک موصی به بوده است و چنانچه حمل قبل از فوت موصی متولّد شود شرط تملّک موجود شده و پس از تحقق معلّق علیه که فوت موصی باشد مالکیت برای او حاصل میگردد.

از وحدت ملاک مادهٔ «۸۷۵» ق. م که میگوید: «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی

ارث میبرد که نطفهٔ او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولّد شود، اگر چه فوراً پس از تولّد بمیرد» معلوم میگردد طفلی که زنده متولّد شود، اگر چه قابلیت ادامهٔ حیات را نداشته باشد وصیّت نسبت باو صحیح است، مانند آنکه حمل ناقص الخلقه متولّد گردد که جهاز تنفس او کامل نباشد و بفاصلهٔ یک دقیقه پس از تولد بمیرد.

۳- سقط جنین

در صورتی که وصیّت برای حملی بعمل آید و او در نتیجهٔ جرمی که سقط شود، موصی به بورثه جنین میرسد مگر اینکه او سبب سقط شده باشد، که در این صورت از ارث محروم میگردد، و طبق مقرّرات ارث، موصی به بوراث دیگر میرسد. مثلًا هرگاه زن بدون اطلاع شوهر برای سقط جنین بپزشک

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۵

و یا قابله مراجعه نماید و آنان سبب سقط جنین او گردند مادر از موصی به سهمی نمیبرد. چنانچه این عمل در اثر تحریص و تحریک شوهر باشد او نیز از موصی به محروم خواهد بود و موصی به بورثه دیگر جنین از قبیل برادر و خواهر جد یا جدهٔ او خواهد رسید. اینست که مادهٔ «۸۵۲» ق. م میگوید: «اگر حمل در نتیجهٔ جرمی سقط شود موصی به بورثه او میرسد. مگر اینکه جرم مانع ارث باشد» زیرا موصی به متعلّق بحمل است و مانند ترکه بورثه او خواهد رسید، مگر اینکه وارث قاتل محسوب شود که در این صورت طبق ماده «۸۸۰» ق. م قتل از موانع ارث خواهد بود. بنابراین سقط جنین در مورد بالا- زمانی موجب محرومیت از ارث میگردد که طفل در اثر سقط بمیرد و الا هرگاه جنین در زمانی که نوعاً زنده میماند سقط شود و بسبب امر خارجی فوت کند، کسی که موجب سقط جنین گردیده از ارث ممنوع نخواهد بود.

مثلًا هرگاه در اثر ضربهٔ که شوهر بپهلوی زن حاملهٔ خود در اواخر ماه هشتم وارد آورد، زن سقط جنین کند و طفل زنده متولّد شود ولی در اثر نقص عضو یا عدم پرستاری لازم فوت نماید پدر از او ارث خواهد برد، زیرا پدر قاتل شناخته نمیشود.

ولی بالعکس چنانچه ضربه بپهلوی زن در ماه ششم وارد آید و بچه زنده سقط شود و بمیرد چون هنوز جنین قابلیّت حیات مستقل را در طبیعت پیدا ننموده و سقط موجب مرگ او شده است پدر قاتل محسوب میگردد و طبق ماده «۸۸۰» ق. م مذکور در بالا از جنین مزبور ارث نمیبرد. ماده «۸۵۲» ق. م اگر چه بطور اطلاق مقرر میدارد که اگر حمل در نتیجهٔ جرمی سقط شود موصی به بورثه او میرسد، ولی با توجه بقاعدهٔ کلی مذکور در مادهٔ «۹۵۷» ق. م که میگوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد مشروط بر اینکه زنده متولّد شود» و مادهٔ «۸۵۱» ق. م که میگوید: «وصیّت برای حمل صحیح است لیکن تملّك او منوط است بر اینکه زنده متولّد شود» باید بر آن بود که چنانچه جنین در اثر سقط زنده متولّد شود و سپس بمیرد، موصی به بورثهٔ او میرسد و الا هرگاه در شکم مادر بمیرد و مرده متولّد گردد، کشف میشود که وصیّت نسبت باو باطل بوده است. ماده «۸۵۲» ق م موردی از قاعدهٔ کلی وراثت از حمل را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۶

بیان میکند، بدین جهت در وراثت فرقی نمینماید که حمل بطور طبیعی متولّد شود یا آنکه بعلّتی سقط گردد، همچنانکه فرقی نمینماید که سقط در اثر جرم محقق شود یا بخودی خود در اثر عوارض بیماری سقط گردد.

(آنچه از نظر پزشکی باید متذکر بود آنست که جنین قبل از گذشتن یکصد و بیست و دو روز از تاریخ نزدیکی دارای روح نمیباشد تا هرگاه سقط شود بتوان زنده و یا مرده متولّد شدن او را دانست، و پس از گذشتن مدت مزبور که روح در آن حلول میکند، چنانچه سقط گردد اغلب مرده متولّد میشود. بنابراین مادهٔ بالا مواردی را پیش‌بینی نموده است که جنین پس از گذشتن یکصد و بیست و دو روز از تاریخ نزدیکی زنده سقط شود اگر چه بلا فاصله بمیرد) با توجه بآنچه گفته شد بنظر میرسد که تنظیم

ماده بدین نحو بملاحظهٔ آنست که در کتب فقهای اسلام در باب ارث راجع بارث بردن از دیه سقط جنین، بدین مضمون بیان شده که: دیه سقط جنین بورثه او میرسد مگر آنکه وارث موجب سقط آن شده باشد. و چون قوانین موضوعه کشوری که جنبه خصوصی برای جرائم نشناخته و پرداخت دیه را لازم ندانسته است مسئلهٔ مزبور بدین صورت در آمده وارث از موصی به را بیان کرده است.

آنچه گفته شد در صورتیست که جنین پس از فوت موصی سقط شود و الا هرگاه قبل از فوت موصی سقط گردد و سپس بمیرد مانند آنست که موصی له قبل از موصی فوت کند که شرح آن گذشت.

۴– موصی له متعدد

در صورتی که موصی له متعدد باشد و سهم هر یک جداگانه معین شده باشد هر یک سهم خود را میبرد، ولی هرگاه آنها متعدد و محصور باشند و سهام آنان بطور کلّی معین شده است، موصی به بین آنها بالسویه تقسیم میگردد.

این است که مادهٔ «۸۵۳» ق. م میگوید: «اگر موصی لهم متعدد و محصور باشند موصی به بین آنها بالسویه تقسیم میشود، مگر اینکه موصی طور دیگر مقرّر داشته باشد» زیرا اطلاق، اقتضاء تساوی را مینماید، اگر چه موصی لهم ورثه موصی و در سهم الارث متفاوت باشند. مثلًا هرگاه کسی ثلث دارائی خود را برای اولادش وصیّت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۷

کند و اولاد او عبارت باشند از سه پسر و دو دختر و یک زوجه، ثلث مزبور بین آنان بسهام متساوی تقسیم و هر یک سهمی را میبرد. امّا هرگاه موصی لهم متعدد ولی محصور نباشند مانند آنکه کسی وصیّت نماید که ثلث دارائی او بفقرا یا دانشجویان داده شود، نمیتوان بر آن بود که مانند صورت قبل باید بالسویه بین آنها تقسیم شود، بلکه وصی میتواند هر قدر که صلاح بداند بهر یک بدهد، زیرا غیر محصور بودن موصی لهم قرینه است که نظر موصی تقسیم متساوی نبوده است زیرا گاه لازم می‌آید که بهر فردی پشیزی برسد، بدین جهت تمسک باطلاق نمیتوان نمود. چنانچه موصی به کافی برای همهٔ آنان نباشد، مانند آنکه موصی به صد دست لباس است وعدهٔ دانشجویان بیش از هزار نفرند و یا آنکه در تقسیم موصی به بین آنان مقدار ناچیزی به هریک خواهد رسید، مانند آنکه موصی به یک هزار ریال است، و برای خوراک هزار نفر از دانشجویان باید مصرف شود و خوراک هر یکی بیست ریال تمام میشود، در این صورت ببعضی از آنها میدهند. در صورتی که موصی تصریح نماید که موصی به بتساوی بین تمامی موصی لهم تقسیم گردد، وصی طبق نظر او عمل مینماید، زیرا مقصود موصی منتفع شدن تمامی موصی لهم است اگر چه سهم هر یک ناچیز باشد. در صورتی که مالی بر فقرا یا دانشجویان یا بیماران وصیت بشود، بفقرا و بیماران و دانشجویان شهری که موصی در آن سکونت داشته مصرف میشود، اگر چه موصی در زمان وصیّت موقتاً در شهر دیگری بوده و یا موصی به در محل دیگری قرار داشته باشد، مثلا- چنانچه کسی ساکن تهران است و در مسافرت خود بامریکا در شهر نیویورک وصیّت نماید که عایدات املاک تبریز او بدانشجویان دانشکدهٔ طب داده شود، عایدات آن بدانشجویان دانشکده پزشکی تهران اختصاص می‌یابد، زیرا ظاهر امر اقتضاء آن را مینماید، مگر آنکه تصریح بر خلاف آن کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۸

مبحث چهارم– موصی به

اشاره

چنانکه از بند سوم مادهٔ «۸۲۶» ق. م دانسته میشود: موصی به عبارت از مالی است که مورد وصیّت قرار میگیرد.

موصی به باید دارای شرایط زیر باشد:

۱- مالیت و منفعت عقلائی مشروع داشته باشد-

موصی به باید مالیت داشته و دارای منفعت عقلائی مشروع باشد، یعنی دارای ارزش معاوضه باشد و منفعتی داشته باشد که عقلا آن را منفعت بدانند و قانون هم ممنوع ننموده باشد، زیرا وصیّت عقد است و مورد آن باید دارای شرائط مذکور در ماده «۲۱۵» ق. م باشد. مادهٔ «۲۱۵» ق. م: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلائی مشروع باشد».
بنابراین چیزی که مالیت یا منفعت عقلائی ندارد، خواه از نظر کمی مقدار آن باشد، مانند چند حبهٔ گندم و خواه از نظر طبیعت آن باشد. مانند یک بار از سنگهای قلوه بیابان، نمیتواند مورد وصیّت واقع شود، همچنانی که هرگاه منفعت آن غیر مشروع باشد نمیتواند مورد وصیّت قرار گیرد، مثلًا تریاک که استعمال آن از نظر قانون ممنوع است، نمیتواند مورد وصیت برای کشیدن عدهٔ افیونی واقع شود مگر آنکه از نظر پزشکی کشیدن برای آنان لازم باشد.

۲- قابلیت نقل و انتقال را داشته باشد-

چیزی که قانوناً نمیتواند مورد نقل و انتقال قرار گیرد، نمیتواند مورد وصیّت واقع شود، مانند موقوفات و مشترکات عمومی، زیرا وصیّت تملیک است و آنچه تملیک میگردد باید قانوناً قابلیت آن را از نظر حقوقی داشته باشد و موقوفات قابلیت انتقال را ندارد، مگر در موارد معینه که باید بفروش رود، و از ثمن آن مال دیگری خریداری شود، و مشترکات عمومی که متعلق بتمامی افراد است.

۳- ملک موصی باشد-

چنانکه از عبارت مادهٔ «۸۲۶» ق. م که میگوید:
«وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۸۹
بعد از فوتش بدیگری مجاناً تملیک کند ...» معلوم میگردد که یکی از شرایط صحت وصیت تملیکی آنست که موصی به ملک موصی باشد، بنابراین چیزی که در ملکیّت موصی نیست وصیّت نسبت بآن صحیح نمیباشد. این است که مادهٔ «۸۴۱» ق. م میگوید: «موصی به باید ملک موصی باشد و وصیّت بمال غیر و لو با اجازه مالک باطل است». منظور از شرط قرار دادن مالکیّت موصی نسبت بموصی به در ماده مزبور، با توجه بمفاد مادهٔ «۸۴۲» ق. م که میگوید: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیّت نمود» بیان بطلان وصیّت فضولی است. در این امر فرقی نمینماید که موصی، مال غیر را برای خود وصیّت کند، چنانکه کسی خانه غیر را برای سکونت خود وصیّت کند که در ظرف بیست سال پس از فوت مالک در آن سکونت نماید و یا برای مالک آن وصیت نماید، مانند آنکه کسی خانهٔ غیر را برای پسر مالک آن وصیت نماید که پس از مرگ مالک، از آن پسر او باشد و بعداً مالک آن را اجازه دهد.
با تحلیلی که در معاملهٔ فضولی بعمل آمد، هر نوع عملی که قانون تصریح بمعاشرت شخص ننموده است، همچنانی که ممکن است بوسیلهٔ وکالت حاصل گردد، بصورت فضولی قابل انجام میباشد، خواه آنکه عمل حقوقی باشد و یا غیر آن.
وصیّت از اموری نمیباشد که طبیعتاً قائم بشخص موصی باشد، بنابراین وصیت فضولی اصولا اشکالی ندارد. ادلهٔ استحسانی که بر بطلان وصیّت فضولی بیان شده است هیچیک مثبت آن نخواهد بود، بدین جهت بعضی از فقها بر آن شده‌اند که چنانچه موصی مال غیر را برای خود وصیّت کند باطل است ولی هرگاه مال غیر را فضولتاً برای مالک آن وصیّت نماید صحیح میباشد. ماده را

میتوان بوسیلهٔ تفسیر ساده ناظر ببطلان معامله فضولی دانست که موصی مال غیر را برای خود وصیّت کند. بنابراین وصیّت فضولی برای مالک با تنفیذ او صحیح خواهد بود. ولی تفسیر مزبور با اطلاق ماده دور از روش قضائی میباشد و باید طبق ماده «۸۴۱» ق. م وصیّت فضولی را مطلقاً باطل دانست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۰

آنچه راجع ببطلان وصیّت فضولی گفته شد، در موردیست که کسی مال غیر را برای خود باعتبار ملکیت غیر وصیت بنماید، و الا هرگاه باعتبار ملکیّت خود مالی را وصیّت نماید که در حین وصیّت متعلّق بغیر است، صحیح میباشد، مثلًا کسی وصیت میکند که خانه مسکونی که متعلّق بپدرم میباشد چنانچه پدرم قبل از من مرد و خانه بمن رسید از آن پسر بزرگم باشد، وصیّت مزبور صحیح و تعلیق هم موجب بطلان نمیگردد، زیرا چنانکه در اقسام عقود گذشت، تعلیق در عقد اصولًا موجب بطلان نمیباشد، مگر آنکه قانون تصریح بآن نماید، مخصوصاً در وصیت که طبیعت آن معلّق بفوت موصی است و ملکیّت حین فوت ملاک صحت وصیّت است.

وکالت در وصیت صحیح است، مانند آنکه کسی بدیگری وکالت دهد که ثلث دارائی او را بوصیّت باشخاص معینه واگذار کند، زیرا چنانکه در وکالت گذشت، هر امری که شخصیت موکّل در انجام آن شرط نباشد، میتوان بوسیله وکالت انجام داد و وصیّت از این حیث خصوصیّتی را در بر ندارد.

۴- مورد وصیت باید متعلق حق شخص ثالث نباشد-

مالی که مورد وصیّت قرار میگیرد بموصی له تملیک میشود و این امر منافات دارد با آنکه مال مزبور متعلّق حق شخص ثالث باشد، مانند مورد رهن یا مورد تأمین مدعی به یا بازداشت اجرائی ثبت یا دادگاه و امثال آن. بنابراین خانهٔ را که مورد رهن غیر قرار گرفته و یا در مقابل اجرائیه بنفع غیر بازداشت شده نمیتوان مورد وصیّت قرار داد، زیرا با فروش خانه مزبور باید دین مدیون تأدیه شود. این است که ماده «۸۳۵» ق. م میگوید: «موصی باید نسبت بمورد وصیت جائز التصرف باشد» مادهٔ مزبور اگر چه در فصل موصی در مجموعه قانون مدنی نوشته شده است ولی از شرایط موصی به میباشد.

باری چنانچه مالی که متعلّق حق شخص ثالث قرار گرفته از طرف مالک مورد وصیّت قرار گیرد وصیّت مزبور مانند فضولی خواهد بود و به اجازهٔ شخص ثالث و یا

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۳، ص: ۹۱

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۱

سقوط حق شخص مزبور بنحوی از انحاء، تنفیذ میگردد. بنظر میرسد که ماده «۸۴۱» ق. م شامل مورد بالاـ نمیشود. از نظر تحلیلی تصور میشود که وصیّت بمالی که متعلّق حق شخص ثالث است منوط برفع آن حق باشد، مثلًا هرگاه کسی وصیّت بمالی نماید که در حین وصیّت در رهن غیر قرار گرفته و یا بازداشت است، چنانچه قبل از فوت موصی رهن فک شود و یا بازداشت رفع گردد آن وصیّت صحیح باشد، زیرا انتقال مورد وصیّت در زمان فوت حاصل میشود و در زمان فوت هم عین ملک از آن موصی است و مادهٔ «۸۳۵» ق. م را هم میتوان با تفسیر وسیعی منصرف از مورد دانست، اگر چه بر خلاف روش قضائی کنونی میباشد.

وصیّت ورشکسته و مفلّس خواه قبل از حکم دادگاه باشد و خواه بعد از حکم صحیح میباشد، زیرا طبق مادهٔ «۸۶۹ و ۸۷۰» ق. م دیون متوفی قبل از اخراج ثلث تأدیه میشود، بنابراین ضرری از وصیّت متوجه طلبکاران نمیگردد. استدلال بر بطلان وصیّت مفلس و

ورشکسته، بآنکه وصیّت تملیك موصی به بموصی له است و مالی که متعلّق حق طلبکاران است قابل انتقال نمیباشد، صحیح بنظر نمیرسد، زیرا انتقال در وصیّت مقید باداء دیون است.

اموالی که میتواند مورد وصیّت قرار گیرد عبارت است از:

الف – عین –

موصی به ممکن است عین خارجی باشد که فعلًا موجود است مانند: خانه، باغ، کتاب و امثال آن، مشاع باشد یا مفروز. ممکن است موصی به عینی باشد که بعداً بوجود می‌آید، مانند نتاج حیوانات و میوه درختانی که بعداً موجود میگردد. این است که مادهٔ «۸۴۲» ق. م میگوید: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیّت نمود» ماده ناظر باموالیست که در زمان وصیّت موجود نمیباشند.

اطلاق ماده اقتضاء دارد بین اموالی که قبل از فوت موصی موجود میشود یا پس از فوت او موجود میشود فرق نباشد، ولی بنظر میرسد وصیّت نسبت باموالی که در زمان فوت موصی هنوز موجود نشده باطل باشد، زیرا وصیّت تملیك موصی به است و تملیك در زمان فوت موصی محقق میگردد، بنابراین مالی که در زمان فوت موصی هنوز موجود

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۲

نشده قابل تملیك نخواهد بود. مثلًا کسی نمیتواند بوسیله وصیّت جائزهٔ که دو سال پس از فوت او بکتابش اصابت میکند بغیر تملیك نماید. چنانچه دلیل مزبور پذیرفته شود میتوان گفت که وصیّت بمالی که در زمان وصیّت موجود نمیباشد اگر چه قبل از فوت موصی بوجود آید باطل است، زیرا تملیك مال غیر موجود عقلًا محال است.

ممکن است مورد وصیّت، مقداری از مالی باشد که از غیر جنس ترکه است، چنانکه کسی وصیّت بنماید که یکصد هزار ریال از مال او را پس از مرگش بزوجه مطلقه او بدهند. در این صورت هرگاه در ترکه متوفی پول نقد نباشد، ورثه با فروش مقداری از ترکه، موصی به را تهیه و بموصی له خواهند داد. همچنانی که آنها میتوانند مبلغ مزبور را از مال خود بموصی له بدهند و از ترکه محسوب دارند.

ب – منفعت

موصی به ممکن است منفعت قرار داده شود، خواه عین آن متعلّق بموصی باشد یا آنکه متعلّق بدیگری مانند منفعت مزرعه یا باغ. منفعت ممکن است برای مدت محدودی بکسی وصیّت شود که آن را موقت گویند مانند آنکه موصی بگوید:

منفعت شش ماه خانه‌ام پس از فوت من از آن پسر بزرگم باشد، و ممکن است منفعت بطور دائم برای کسی وصیت گردد مانند آنکه موصی وصیت کند که منافع فلان ملك برای همیشه از آن پسر بزرگم باشد. همچنانی که ممکن است منفعت بطور مطلق بکسی وصیت شود، مانند آنکه موصی بگوید منفعت فلان مزرعه پس از فوتم از آن پسر بزرگم باشد، در این صورت منافع همیشه از آن موصی له است. زیرا اطلاق ظاهر در دوام میباشد. این است که مادهٔ «۸۴۶» ق. م میگوید: «هرگاه موصی به منافع ملکی باشد دائماً یا در مدت معین ...».

در صورتی که بوسیلهٔ وصیت، منفعت، موصی به قرار گیرد، منفعت مزبور بفوت موصی بموصی له منتقل میگردد و موصی له مالك آن میشود و میتواند آن را باجاره واگذار نماید یا بنحوی از انحاء بدیگری انتقال دهد. چنانچه موصی له در اثناء مدتی که منفعت باو وصیّت شده بمیرد بقیهٔ مدت بورثهٔ او منتقل میگردد.

عین ملك که منفعت آن مورد وصیت قرار گرفته است متعلّق بورثه موصی خواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۳

بود و در مدت وصیت برای استیفاء منفعت، در دست موصی له امانت است و چنانچه بدون تعدی یا تفریط او تلف یا ناقص گردد ضامن نمیباشد، همچنانی که در مورد اجاره و عاریه است.

ج- حق مالی-

حق مالی که قابل نقل و انتقال است همچنانی که میتواند مورد صلح و معاوضه قرار گیرد، میتواند مورد وصیت واقع شود، مانند طلب که موصی میتواند آن را ببدهکار یا شخص ثالث بوصیت واگذار نماید و حق تحجیر، که موصی میتواند حق تحجیر خود را که در فلان زمین دارد بدیگری وصیت کند. همچنین است حق خیار غبن، که مغبون میتواند حق غبن خود را بتبع عین مبیع بوصیت بدیگری بدهد، هرگاه واگذاری بنحوی باشد که منافات با فوریت اعمال حق پیدا ننماید.

موصی میتواند حق انتفاع از ملکی را بوسیلهٔ وصیت بدیگری واگذار نماید در این صورت عین ملک بتصرف موصی له داده میشود تا از آن منتفع گردد.

د- ابراء مدیون-

موصی به ممکن است ابراء مدیون باشد، چنانکه موصی در وصیتنامهٔ خود بنویسد که فلان کس از ده هزارریالی که مدیون میباشد پس از فوت من بری شود. وصیت بابراء از نظر تحلیل حقوقی غیر از وصیت نمودن طلب بمدیون است که موصی بگوید صد هزارریالی که از فلان کس طلب دارم پس از فوتم باو واگذار نمودم، اگر چه نتیجهٔ این امر مانند وصیت بابراء، سقوط دین میباشد، ولی از حیث ماهیت حقوقی با یکدیگر متفاوتند چنانکه ابراء با هبهٔ دین بمدیون متفاوت است.

ه- فک ملک

چنانکه ممکن است بوسیلهٔ وصیت، مال معینی بموصی له تملیک گردد، ممکن است مال از ملکیت موصی فک شود بدون آنکه بکسی تملیک گردد، مانند ملکی که بعنوان وصیت مسجد قرار داده شود، چنانکه موصی بگوید پس از من فلان قطعه زمین مسجد باشد. بنظر میرسد که وصیت بمسجد بودن ملک فک آن ملک نمیباشد و مانند مورد وقف عام (وقف بر غیر محصور یا بر جهت) تملیک بافرادی است که میتواند از آن منتفع گردند و مالکیت افراد نسبت بآن از قبیل مالکیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۴

افراد نسبت بمشترکات عمومی میباشد بنابراین وصیّت برای مسجد وصیّت بر عموم نمازگزاران خواهد بود.

و- موصی به ممکن است مفروز یا مشاع باشد-

الف- موصی به ممکن است مفروز باشد، چنانکه کسی خانه و یا چند اطاق معین از آن را بکسی وصیت نماید.

در این صورت هرگاه قسمت مفروز بمقدار ثلث باشد، موصی له از زمان فوت مالک آن شناخته میشود و میتواند در آن تصرف بنماید و ورثه حق اعتراض بر او را ندارند، زیرا چنانکه از ماده «۸۴۴» ق م معلوم میشود، موصی میتواند تا مقدار ثلث از دارائی خود را وصیّت نماید، اگر چه بصورت مفروز باشد. استقرار مالکیت موصی له نسبت بقسمت مفروز از ترکه، در صورتیست که بمقدار دو برابر آن اقلا- در تصرف ورثه بوده بطوری که هر یک از ورثه مسلط بر آن باشد. بنابراین هرگاه مقداری از ترکه در تصرف غاصبانهٔ غیر باشد، موصی له میتواند بمقدار ثلث آنچه از ترکه غصب نشده است نسبت بعین مفروز تصرف بنماید. و نفوذ وصیت

نسبت ببقیه از عین مفروز، متوقف است بر آنکه مقدار دو برابر آن در تحت اختیار ورثه درآید، زیرا مالی که تحت استیلاء ورثه نباشد در معرض تلف است و چنانچه آن بدست نیاید و موصی له بیش از ثلث آنچه در دست ورثه است تصرف کرده باشد (یعنی بمقدار دو برابر آن را ورثه نتوانند از غاصبین بگیرند) ورثه برای استرداد ما زاد از ثلث بموصی له رجوع خواهند نمود.

بنابراین پس از آنکه ورثه بر مال مغصوب یا بدل آن مستقیماً استیلاء پیدا نمودند و یا بوسیله نمایندهٔ خود آن را بدست آوردند، مالکیت موصی له نسبت بتمامی ثلث مستقر میگردد. مثلًا هرگاه جزء دارائی متوفی طلبی است که احتمال عدم وصول آن داده میشود، آن را نمیتوان در دو ثلث سهم ورثه محسوب داشت، مگر پس از وصول آن از بدهکار. طلب متوفی چنانکه از شخص معتبری باشد از قبیل بانک یا مؤسسهٔ معتبر دیگری، طلب مزبور مانند اموالی میباشد که در دست ورثه است، اگر چه دین هم مؤجل باشد.

ب- موصی به ممکن است مشاع باشد، چنانکه کسی سهم مشاع از دارائی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۵

خود را مانند: ثلث، ربع، خمس یا عشر برای دیگری وصیّت کند. در این صورت بموجب مادهٔ «۸۴۸» ق. م. که میگوید: «اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث، موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود». هر یک از موصی له و ورثه بقدر سهم خود در ترکه شریک میباشند و میتوانند آن را طبق مقررات مربوط باموال مشترک تصرف کنند و یا افراز نمایند.

ز- موصی به ممکن است کلی باشد-

موصی به ممکن است مفهومی باشد که بر افراد عدیده صدق کند، مانند یک اتومبیل یا یک اسب. طبق مادهٔ «۸۴۷» ق. م: «اگر موصی به کلی باشد تعیین فرد با ورثه است، مگر اینکه در وصیّت طور دیگر مقرّر شده باشد». مثلًا هرگاه موصی بگوید: پس از فوت من یک اتومبیل سواری ببرادرم بدهید، انتخاب اتومبیل سواری بعنوان موصی به از حیث سیستم و مارک و رنگ با ورثه است و آنها میتوانند هر اتومبیل سواری که بخواهند بخرند کنند و بموصی له بدهند و او نمیتواند اعتراض بر این امر بنماید، اگر چه از ارزان ارزان‌قیمت‌ترین اتومبیلها را ورثه انتخاب کرده باشد، مگر اینکه موصی تعیین آن را بعهدهٔ موصی له یا کس دیگری گذارده باشد که در این صورت طبق دستور موصی رفتار میشود. در این صورت ورثه حق اعتراض بر انتخاب او نخواهند داشت، اگر چه از گرانترین سیستم و مارک را انتخاب نماید، زیرا متعلّق وصیّت در تمامی افراد کلی موجود است و در حقیقت مورد وصیّت طبیعت و ماهیت کلی در خارج میباشد و انتخاب فرد مخصوص از آن کلی بعهدهٔ ورثه یا موصی له و یا شخص ثالث گذارده شده است.

بعضی از فقهاء احتمال داده‌اند که در مورد وصیّت بر کلی، فرد موصی به بوسیله قرعه تعیین خواهد شد، زیرا قرعه برای هر امر مشکلی بکار میرود و در مورد بالا تعیین فرد، مشکل است مخصوصاً که هر یک از افراد کلی دارای خصوصیّتی باشد که بآن اعتبار ارزشش فرق بنماید. احتمال اینان باستقراع نمودن فرد موصی به در مورد بالا اشتباه میباشد، زیرا قرعه در موردی بکار میرود که منظور موصی در حقیقت فرد معین بوده و تشخیص آن فرد در خارج مشکل باشد و حال آنکه در فرض بالا موصی، فرد

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۶

معینی را در نظر نداشته است و مورد وصیّت هم اجمالی ندارد، بنابراین هر فردی از کلی را که ورثه تعیین نمایند موصی به خواهد بود.

نظر بوحدت ملاک مادهٔ «۸۴۷» ق. م ممکن است مورد وصیت کلی در معین باشد، مثلًا هرگاه موصی دارای اتومبیلهای متعددی از سیستم‌های مختلف باشد و وصیّت کند که یکی از آنها بفلان کس داده شود، انتخاب اتومبیلی که بموصی له داده میشود با ورثه

خواهد بود، مگر آنکه موصی در وصیّت خود طور دیگری مقرّر داشته باشد، مانند آنکه حق انتخاب آن را بموصی له یا شخص ثالث داده باشد که در این صورت بدستور موصی رفتار میشود.

ح- موصی به ممکن است من جمیع الجهات مجهول باشد-

موصی به ممکن است بر موصی یا موصی له یا هر دو و یا بطور مطلق برای هر کس مجهول باشد، زیرا چنانکه از روح مواد مربوطه بوصیّت مخصوصاً از مادهٔ «۸۴۵» ق. م. که میزان ثلث باعتبار دارائی موصی در حین وفات معین میشود، معلوم میگردد که علم طرفین بمورد وصیّت لازم نیست. بنابراین چنانکه موصی به در حقیقت معلوم است ولی بر موصی و موصی له مجهول میباشد وصیّت صحیح است مانند آنکه کسی که دارائیش منحصر بارث پدر است و از دارائی پدر به هیچ‌وجه اطلاع ندارد، ثلث آن را برای دانشجویان دانشگاه تهران وصیّت کند. همچنین است هرگاه موصی به اصلًا مجهول باشد چنانکه موصی وصیّت کند چیزی و یا حصه و قسمتی بزوجهٔ او بدهند. در این صورت بنابر مستنبط از مادهٔ «۸۴۷» ق. م. ورثهٔ موصی میتوانند مقدار آن را معین کنند، مگر آنکه موصی در وصیّت خود تعیین مقدار را بنظر شخص یا اشخاص دیگری گذارده باشد. این امر در صورتیست که از قرائن و یا اوضاع و احوال خارج نتوان دانست که موصی از کلمهٔ چیز، حصه یا قسمت، مقدار معینی را اراده نموده است. مثلًا هرگاه موصی در وصیّت نامهٔ خود نوشته باشد که چون زوجهٔ من پیر شده و حرفه نمیداند چیزی باو داده شود تا بتواند زندگانی کند، معلوم میشود که منظور موصی از کلمهٔ چیز، مقداری است که بتواند زندگانی زن پیرش را تأمین بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۷

ط- موصی به ممکن است مردد باشد-

ممکن است موصی به مردد بین چند چیز باشد، چنانکه از دو دستگاه ساختمان که همانند هستند موصی وصیّت کند که اولی یا دومی بکوچکترین اولادش داده شود و یا آنکه اطراف مورد تردید همانند یکدیگر نبوده و اختلاف فاحشی در قیمت داشته باشند. چنانکه موصی دارای یک باغ، یک قریه، و دو خانه، و چندین مزرعه باشد و وصیّت نماید که یکی از قریه یا باغ یا خانه‌ها را بپسر بزرگم بدهید، وصیّت در موارد بالا صحیح میباشد، زیرا با توجه بآنچه در مورد موصی به مجهول بیان گردید، مقتضی است وصیّتی که موصی به آن مردد است صحیح باشد، اگر چه از نظر سطحی میتوان بر آن بود که چون طبق شق ۳ مادهٔ «۱۹۰» ق. م. معین بودن مورد معامله، یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله شناخته شده است و وصیّت یکی از اقسام معاملات بمعنی اعم میباشد. بنابراین مورد وصیّت باید معین باشد و هرگاه تردید در موصی به موجب بطلان وصیّت نمیبود، باید بطور استثناء از قاعدهٔ کلی، این امر در وصیّت تصریح شود.

ی- توابع موصی به

اشاره

نظر بوحدت ملاک مادهٔ «۳۵۶» ق. م هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع موصی به شمرده شود، یا قرائن دلالت بر دخول آن در موصی به نماید، داخل در موصی به و متعلّق بموصی له است، اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و یا آنکه موصی و موصی له جاهل بر عرف باشند، زیرا بین هر شیئی و اجزاء و توابع آن ملازمهٔ عرفی است، و هر حکمی که نسبت بملزوم جاری گردد لازم آن دارای همان حکم خواهد بود، مگر اینکه صراحتاً استثناء شده باشد و یا بوسیلهٔ قرائن ثابت شود که قاعدهٔ مزبور در مورد خاص نباید رعایت گردد. بنا بر این چنانچه صندوق معینی موصی به قرار گیرد، محتویات آن هر چه ارزش داشته

باشـد جزء موصـی به است، مگر آنکه موصـی تصـریح کرده باشـد که محتویـات از مورد وصـیّت خارج است و یا قرائن و اوضاع و احوال خارج، این امر را برساند.

مسأله– در صورتی که کسی وصیت نماید که پس از فوت او بمبلغ معینی، مال مخصوصی برای دیگری خریداری شود

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۸

و یـا آن مبلغ بمصـرف مخصوصـی برسـد و مال مزبور کمتر از آن مبلغ خریـداری گردد یا مصـرف آن کمتر از آن مبلغ شود، آنچه باقی میماند بمصارف دیگری که نزدیک‌تر بمنظور موصـی باشد میرسد. مثلًا چنانکه کسی وصیّت کرده باشد که یکصد هزار تومان بمصـرف تحصیل فلان پسرش تا خاتمهٔ دانشکده پزشکی برسد و تحصیلات او پس از مصرف شدن شصت هزار تومان پایان پذیرد، بقیـهٔ آن برای مطالعـات علمی یـا خریـد کتب و یـا وسائـل فنی او مصـرف میشود بـالعکس چنانچه مال مخصوص بیش از مبلغی که موصـی برای خریـد آن معین کرده ارزش داشـته باشـد و یا برای مصـرفی که تخصـیص داده بیشتر لازم باشد و کسـی هم بنحوی از انحاء بقیّهٔ آن را نمیدهد که موصـی به خریداری شود و یا مصـرف گردد، اقوال مختلفی است: بعضـی بر آنند که مبلغ معین صـرف بریات عمومی میشود و بعضـی دیگر بر آنند که وصـیّت مزبور باطل است. عده‌ای معتقدند که منظور موصی از چنین وصیّتی کمک بموصی له بوسیلهٔ مال معینی باشد که بتواند استفاده مخصوصی را از آن بنماید و چون منظور موصی کاملا نمیتواند انجام گیرد باید بوسـیله امر دیگری آن کمـک و فائـده بموصـی له برسـد. آنچه بنظر میرسـد و انصـاف و عـدالت اقتضاء دارد آنست که گفته شود: منظور موصـی از این نحوه وصـیّت کمـک بمقـدار معینی بموصـی له بوسـیلهٔ مخصوص بوده است و چنانچه بوسـیلهٔ مخصوصـی که خرید شیئی معین یا مصرف معین باشد، نتوان منظور موصی را انجام داد، ناچار تا آنجائی که ممکن میباشد وصیّت انجام میگیرد، و آن این سـتکه بمبلغ معین مال دیگری که منظور موصـی را تأمین نمایـد خریداری شود و یا بمصـرف مخصوصـی برسد و چنانچه به هیـچ نحـو خریـد مـال ممکن نشود و نتوان بمصـرف، مخصوص رسانیـد، آن مبلغ بموصـی له داده خواهـد شـد تـا هر گونه بخواهد مصرف کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۹۹

مبحث پنجم– وصیت تا ثلث ترکه نافذ است

اشاره

بموجب مفهوم مخالف مادهٔ «۸۴۳» ق. م که میگوید: «وصیّت بزیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر با اجازهٔ وراث ...» موصـی میتواند برای پس از فوت هرگونه تصـرفی در ثلث دارائی خود بنمایـد و آن را به هرکس بخواهـد واگذار کند و یا برای مصارف معینه قرار دهـد. قول مزبور، مشـهور نزد فقهـای امامیّه است و دعوی اجماع بر آن نیز شـده است و روایات صـحیحه نیز بر این امر دلالت دارد. محمّـد بن علیّ بن بابویه (شـیخ صـدوق) وصـیّت را نسبت بتمامی ترکه نافـذ میداند. قول مزبور نادر است و مسـتند آن چند روایت است، من جمله روایت عمار ساباطی از حضـرت صادق علیه السّـلام میباشـد که میفرماید: شـخص مادامی‌که روح در بدن دارد احق بمال خود میباشـد، چنانچه بتمامی آن وصـیّت کند جائز است. چون در مقابل روایت مزبور روایات معارض موجود است ناچار باید بر آن بود که این روایت یـا نـاظر بموردی است که ورثه نسـبت بمـا زاد بر ثلث وصـیّت را اجازه بدهنـد و یا ناظر بموردی است که موصی وارثی نداشته باشد، چنانکه آن را شیخ توجیه نموده است، اگر چه عده‌ای از فقهاء در موردی که موصی وارثی نداشته باشد نیز اجازه وصیّت زائد بر ثلث را نمیدهند.

مسأله ۱– در وصیت لازم نیست موصی قصد نماید که موصی به از ثلث او احتساب شود،

بلکه هر وصیّتی که بنماید از ثلث محسوب میگردد، مگر وصیّت بر تجهیز و کفن و دفن ضروری (آنچه شرعاً واجب است) و تأدیهٔ دیون و واجبات مالی که از أصل ترکه برداشته میشود، زیرا آنها باصل ترکه تعلّق میگیرند و هرگاه موصی بخواهد آنها نیز از ثلث برداشت شود باید بآن تصریح کند. بنابراین هرگاه کسی خانه‌ای را بعنوان وصیّت بدیگری واگذار کند، بدون تصریح بآنکه از ثلث ترکهٔ او داده شود، وصیّت مزبور صحیح است و از ثلث محسوب میشود. زیرا هر کس میتواند تا ثلث از دارائی خود را وصیّت کند. ولی هرگاه کسی وصیّت بمالی کند

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۰

بقصد آنکه از دو ثلث متعلّق بورثه احتساب شود، وصیّت مزبور چنانچه ورثه اجازه ندهند باطل است، اگر چه نسبت بثلث هیچگونه وصیتی نکرده باشد، زیرا قانون دو ثلث از ترکه را متعلق حق ورثه قرار داده است و وصیت بقصد مزبور بدون اجازهٔ ورثه مخالف منظور قانون میباشد.

مسأله ۲– بعضی از فقهاء بر آنند که هرگاه موصی وارث سببی و نسبی داشته باشد، و تمامی دارائی خود را وصیّت کند، وصیّت نسبت بما زاد بر ثلث صحیح خواهد بود.

عدّهٔ دیگر از فقهاء بر آنند که موصی در هیچ مورد حق ندارد بیش از ثلث از دارائی خود را بعنوان وصیّت تصرف نماید و در موردی که وارث نسبی و سببی نداشته باشد وارث ولاء سه‌گانه میباشند و آنها عبارتند از: ۱– ولاء عتق– و آن کسی است که بنده بوده و موصی او را آزاد کرده است، در این صورت چنانکه بنده (آزاد شده) بدون وارث باشد کسی که او را آزاد نموده ارث میبرد ۲– ولاء ضامن جزیره– و آن کسیست که با موصی عقد ضمان جنایت بسته است، که هرگاه موصی بر کسی جنایتی وارد آورد که موجب دیه گردد، او دیه را خواهد پرداخت. در این صورت ضامن از مضمون عنه ارث میبرد، یعنی چنانچه موصی وارث سببی و نسبی و همچنین ولاء عتق نداشته باشد ضامن جریره ارث از او خواهد برد ۳– ولاء امامت– در صورتی که متوفی ولاء عتق و ولاء ضمان جریره نداشته باشد، ارث از آن امام است و داخل در بیت المال مسلمین نمیشود. در زمان غیبت امام مال مزبور بمصرف فقراء و مساکین شهر متوفی میرسد. بعضی دیگر از فقهاء بر آنند اخباری که صحت وصیّت بیش از ثلث را منوط باجازه ورثه دانسته است، ناظر بوارث نسبی و سببی میباشد. بنابراین چنانچه موصی وارث نسبی و سببی نداشته باشد وصیّت او نسبت بما زاد از ثلث صحیح خواهد بود. آنچه از نظر قانون مدنی بنظر میرسد آنست که هرگاه موصی وارث سببی و نسبی نداشته باشد وصیّت نسبت بتمامی ترکه نافذ است، یعنی موصی میتواند نسبت بما زاد از ثلث تا آنکه ترکه را مستوعب گردد وصیّت کند و برای کسی حق اعتراض نیست، دلیل بر این أمر آنست که از مادهٔ «۸۶۱»

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۱

ق. م که میگوید: «موجب ارث دو امر است نسب و سبب» معلوم میگردد غیر از کسانی که رابطهٔ نسبی و سببی با متوفی دارند دیگری وارث شناخته نمیشود. و مادهٔ «۸۶۶» ق. م که میگوید: «در صورت نبودن وارث، أمر ترکه متوفی راجع بحاکم است» و مادهٔ «۳۳۵» قانون امور حسبی که مقرّر میدارد باید بخزانه دولت داده شود مؤید این امر است. بنابراین با توجه بمفاد مادهٔ «۸۴۳» ق. م که میگوید: «وصیّت بزیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست، مگر با اجازه وراث و اگر بعض از ورثه اجازه کند فقط نسبت بسهم او نافذ است» و ماده «۸۴۴» ق. م. که میگوید: «هرگاه موصی به مال معینی باشد آن مال تقویم میشود. اگر قیمت آن بیش از ثلث ترکه باشد مازاد مال ورثه است، مگر اینکه اجازه کند» استنباط میشود که چنانچه موصی وارث نسبی و سببی نداشته باشد وصیّت نسبت بما زاد بر ثلث صحیح است و احتیاج باجازه کسی نخواهد داشت.

۱– وصیت به زائد بر ثلث ترکه منوط باجازهٔ ورثه میباشد

اشاره

در صورتی که کسی وارث نسبی یا سببی داشته باشد و بیش از ثلث از ترکه خود را وصیّت بنماید، خواه بطور مشاع باشد و یا بطور مفروز، وصیّت نسبت بمقدار ثلث نافذ است و نسبت بما زاد آن نافذ نمیباشد و احتیاج باجازهٔ ورثه دارد. زیرا زائد بر ثلث از ترکه متعلّق بورثه میباشد، این است که مادهٔ «۸۴۳» ق. م میگوید:

«وصیّت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست، مگر با اجازهٔ وراث و اگر بعض از ورثه اجازه کند فقط نسبت سهم او نافذ است» و نسبت بسهم کسی که اجازه نداده باطل است، زیرا هر کس حق دارد در سهم خود تصرف نماید و نسبت بآن اجازه دهد.

بنابراین چنانکه کسی بیش از ثلث از دارائی خود را بکسی وصیّت بنماید و دارای یک پسر و دو دختر باشد، همچنانی که تمامی ورثه میتوانند اجازه دهند، بعضی از آنها میتواند نسبت بسهم خود اجازه دهد و بقیه آن را رد کنند. بنابراین میتواند پسر وصیّت را نسبت بما زاد اجازه دهد و دو دختر آن را رد کنند، وصیّت نسبت بنصف از مازاد صحیح و نسبت بنصف دیگر که سهم دو دختر است باطل میباشد. وارث موصی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۲

همچنانی که میتواند وصیّت را نسبت بتمام سهم خود از مازاد از ثلث اجازه دهد، میتواند نسبت بقسمتی از آن اجازه بدهد و نسبت بقسمت دیگر رد کند. مثلًا هرگاه کسی وصیّت کند که خانه او از آن برادر کوچکش باشد و فقط دارای یک پسر منحصر باشد و خانه یکصد هزار ریال بیش از ثلث ارزش داشته باشد، آن پسر میتواند فقط بمقدار نصف از آن را اجازه دهد، و بقیه را رد کند در این صورت وصیّت نسبت نصف از مازاد آن باطل میگردد.

اجازهٔ ورثه نسبت بما زاد بر ثلث عبارت از امضاء و تنفید وصیت است و رضایت باطنی و طیب خاطر ورثه بتنهائی کافی نیست، بلکه باید بوسیلهٔ لفظ یا فعلی که کاشف از اجازه باشد اعلام گردد.

الف– اجازهٔ ورثه در زمان حیات موصی کافی میباشد–

پس از بیان آنکه اجازهٔ ورثه در تنفیذ وصیت نسبت بما زاد از ثلث ترکه لازم میباشد، سؤالی پیش می‌آید که آیا اجازهٔ ورثه در زمان حیات موصی برای این امر کافی است، یا آنکه برای تنفیذ وصیّت نسبت بما زاد بر ثلث اجازه پس از فوت موصی لازم میباشد، پاسخ بر این امر از تحلیل حق ورثه نسبت بما زاد از ثلث هویدا میشود. آنچه از نظر تحلیلی میتوان بدست آورد آنست که حق ورثه بر مازاد از ثلث با فوت موصی موجود میگردد و قبل از فوت، ورثه هیچ‌گونه حقی بر دارائی مورث خود ندارند، بدین جهت مورث میتواند تمامی دارائی خود را بهر کس بخواهد هبه یا صلح بلا عوض بنماید، علاوه بر آنکه ممکن است قسمتی از دارائی زمان فوت موصی، در زمان وصیّت موجود نبوده و بعداً بسببی از اسباب در ملکیّت موصی داخل شده باشد. بنابراین در زمان حیات موصی نمیتوان تصور حق و لو بالقوه برای ورثه نسبت بما زاد بر ثلث ترکه نمود، لذا از نظر تحلیلی باید بر آن بود که اجازه ورثه در زمان حیات موصی کافی برای تنفیذ وصیّت نسبت بما زاد بر ثلث نمیباشد.

قول مشهور فقهای امامیه که اجازهٔ ورثهٔ موصی را در زمان حیات او کافی برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۳

تنفیذ وصیّت نسبت بما زاد از ثلث میدانند، باعتبار آن است که مازاد بالقوه متعلق حق ورثه است و برای نفوذ آن اجازهٔ آنان لازم میباشد و الا مانع قانونی دیگری برای نفوذ آن موجود نیست. بنابراین چنانچه از طرف ورثه که صاحبان حق هستند در زمان حیات

موصی اجازه داده شود و از حق خود صرف نظر نمایند، اجازه مزبور صحیح خواهد بود و حق آنان ساقط میشود و احتیاج باجازه مجدد پس از فوت موصی ندارد.

شیخ طوسی دعوی اجماع بر آن نموده است و روایات صحیحه‌ای که معارض ندارند بر این امر دلالت مینمایند. به پیروی از قول مشهور میتوان گفت که اطلاق ماده «۸۴۳» ق. م که میگوید: «وصیّت بزیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر با اجازهٔ وراث ...». دلالت بر کفایت اجازهٔ ورثه در زمان حیات موصی مینماید.

مفید و ابن ادریس و دیلمی بر خلاف عقیدهٔ مشهور بر آنند که اجازهٔ ورثه در زمان حیات موصی اثری ندارد و باید پس از فوت موصی مجدداً ورثه اجازه دهند، زیرا ورثه موصی در زمان حیاتش حقی نسبت بدارائی او ندارند تا اجازهٔ آنان مؤثر قرار گیرد. احتیاج صحت وصیّت نسبت بما زاد از ثلث، باجازه ورثه باعتبار مالکیّت آنان است که بسبب فوت موصی حاصل میشود و چنانچه ورثه قبل از فوت موصی حق خود را ساقط کنند مانند آنست که زوجه قبل از نکاح حق خود را نسبت بمهر و شفیع قبل از بیع سهم مشترک، حق شفعهٔ خود را ساقط نماید. قول مزبور بدین تقریب رد شده است که: اولًا این امر اجتهاد در مقابل نص معتبر است و آن روایات صحیحه بدون معارض میباشد، و ثانیاً دو ثلث از دارائی موصی متعلق حق ورثه است و موصی نمیتواند آزادانه نسبت بآن وصیت بنماید. و الاـ موجب دیگری ندارد که بتواند مانع از نفوذ وصیّت زائد بر ثلث شود، و در صورتی که ورثه نسبت بما زاد اجازه دهند حق خود را ساقط نموده‌اند. علاوه بر دلالت روایات معتبره بر صحت عقیدهٔ مشهور، حکم عام، تقدم اخراج وصیّت بر ارث است، که از آن حکم عام، وصیّت زائد بر ثلث چنانچه ورثه مطلقاً (چه در زمان حیات موصی و چه پس از فوت او) اجازه ندهند، استثنا

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۴

شده است و ما بقی موارد تحت حکومت عام باقی میماند. بنابراین وصیّت زائد بر ثلث که ورثه در زمان حیات موصی اجازه دهند نافذ خواهد بود. اجازهٔ ورثه نسبت بما زاد از ثلث هبه نمیباشد که آنان بتوانند قبل از قبض آن بموصی له از آن رجوع بنمایند.

بعضی از فقهاء بر آنند که چنانچه ورثه در زمان حیات موصی اجازه دهند حق آنان ساقط نمیگردد و میتوانند پس از فوت موصی آن را رد کنند، ولی هرگاه ورثه باجازهٔ خود باقی بمانند احتیاج باجازهٔ مجدد ندارد، زیرا اجازه بطور مستمر باقی است و مانند آنست که پس از فوت اجازه داده شده باشد، قول مزبور منافات با تحلیل حقوقی که از حق ورثه نسبت بما زاد بر ثلث بعمل آمد ندارد. بدین جهت تصور میرود که بتوان نظر حقوق مدنی را پیروی از عقیدهٔ مزبور دانست.

ب- رد ورثه در زمان حیات موصی بلا اثر است

رد ورثه نسبت بما زاد از ثلث در زمان حیات موصی اثری ندارد، زیرا وصیّت در تمام مدت حیات موصی مستمر است تا خود آن را الغاء بنماید و مانند آن است که در هر آن وصیّت تجدید شود.

بنابراین چنانچه در زمان حیات موصی ورثه وصیّت را رد کنند، میتوانند قبل از فوت آن را قبول نمایند، همچنانی که میتوانند پس از فوت آن را تنفیذ نمایند یا رد کنند. بنظر میرسد که گفتار مزبور با روح حقوق مدنی سازگار است و پذیرفتن آن با منطق عرفی موافقت دارد.

ج- شرائط اجازه دهنده

اجازهٔ ورثه در صورتی موجب تنفیذ وصیّت نسبت بما زاد بر ثلث میشود که آنان دارای اهلیت برای معامله باشند، زیرا اجازه در مورد مزبور تصرف در اموال است که بوسیله اراده اعلام میشود و کسی که مجنون یا صغیر غیر ممیز است نمیتواند قصد انشاء کند و

بر فرض که بتوانـد، قصـد و رضای او اعتبار قانونی نـدارد. صـغیر ممیز و سـفیه چنانکه مکرر گذشت دارای اراده میباشـند که قانون مدنی در مادهٔ «۱۲۱۲ و ۱۲۱۴» اعتبار آن را شـناخته است، ولی اینان نمیتواننـد در اموال و حقوق مالی خود تصـرف بنمایند و اجازهٔ صغیر ممیز و سفیه در

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۵

زمان حیات موصـی اگر چه تصـرف فعلی در اموال و حقوق مالی خود نمیباشد ولی بالمآل تصرف در اموال و حقوق مالی محسوب میشود و بلاـ اثر است. بنـابراین بطریق اولی اجازهٔ صـغیر ممیز و سـفیه پس از فوت موصـی مؤثر نخواهـد بود. زیرا این عمل تصـرف فعلی در اموال و حقوق مالی میباشد.

اجازهٔ ولی و قیم که ادارهٔ امور مالی محجور را بعهده دارند و بسـمت نمایندگی قانونی از طرف آنان عمل مینمایند نیز مؤثر نخواهد بود، زیرا ولی و قیم فقـط میتواننـد بـا رعـایت غبطه مولی علیه دارائی او را اداره کننـد و اجازهٔ وصـیّت مازاد بر ثلث خارج از حـدود اختیـارات آنـان میباشـد و موجب واگـذاری بلاعوض مال محجور از طرف ولی یا قیّم است و ماننـد هبه و صـلح بلا عوض از طرف ولی و قیّم نسبت باموال مولی علیه میباشد و آنان چنین اختیاری را ندارند.

اجـازه ورثه چنـانچه آنهـا مفلّس و ورشکسـته باشـند، نسـبت بوصـیت مـازاد بر ثلث در صورتی که در حال حیات موصـی واقع شود (هرگـاه اجـازه در حال حیات موصـی مؤثر باشـد) موجب نفوذ وصـیّت خواهـد بود، زیرا بر فرض معتقـد شویم که ورثه بطور تعلیق حقی بر مـازاد بر ثلث در حیـات موصـی دارنـد، حق مزبور از حقوقی نمیباشـد که متعلق حق غرمـا قرار گیرد تـا ورثه نتواننـد در آن تصـرف ناقل بنمایند. در صورتی که اجازهٔ ورثهٔ که مفلّسـند پس از فوت موصی باشد، فقهای امامیه دارای دو قول میباشند که مبتنی بر دو نظریـه متبـاین اسـت: یکی آنکه در اثر وصـیت، ترکه بفـوت موصـی منتقـل بـورثه میشـود و از ملکیّت ورثه بموصـی له منتقل میگردد، بنـابراین چون زائـد بر ثلث داخل در ملکیّت ورثه که مفلّسـند میشود و متعلق حق طلبکاران قرار میگیرد، اجازهٔ ورثه بانتقال مالی که متعلق حق غیر است بموصی له بلا اثر میباشد.

نظریـهٔ دیگر آنکه اجـازهٔ ورثه نسبت بمـا زاد کاشف است از آنکه موصـی به از ملکیّت موصـی مسـتقیماً بموصـی له منتقل میشود، بنابراین اجازهٔ ورثه که مفلّس و ورشکسـته‌اند تنفیذ وصـیّتی میباشد که بوسـیلهٔ موصی بعمل آمده است، زیرا اجازهٔ ورثه در حقیقت تنفیذ تصرف موصی در ملک خود میباشد و هیچگونه عطیه و هبه از طرف ورثه بموصی له نشده

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۶

است. بنابراین هیـچگونه حقی برای طلبکاران در مازاد بر ثلث متصور نیست. با پیروی از نظریـهٔ اخیر نیز میتوان گفت که اجازهٔ ورثه اگر چه نسبت بتصـرفیست که موصـی در ملک خود نموده، ولی چون نتیجهٔ این امر آنست که مازاد بر ثلث بملکیّت موصـی له در می‌آیـد و چنانچه رد مینمود آن مقدار بخودی خود داخل در ملکیّت ورثه میگردید و طلبکاران از آن استیفاء حق خود را مینمودند. بنابراین طلبکاران ورثه نسبت بما زاد بر ثلث بیگانه نیسـتند و بلکه بالقوه مازاد متعلق حق آنان است و باین اعتبار بایـد بر آن بود که قبـل از آنکه مـازاد داخـل در ملکیّت موصـی له شود در حکم آنست که متعلّق حق طلبکـاران قرار گرفته است، لـذا اجازهٔ ورثـهٔ که مفلّس و ورشکسته میباشـند کافی برای تنفیـذ وصـیّت زائـد بر ثلث نخواهـد بود. تحلیل مزبور بنظر مطابق با عدالت و نصف قضائی میباشد.

۲- میزان ثلث باعتبار دارائی موصی در حین وفات معین میشود-

اشاره

بموجب صریح مادهٔ «۸۴۵» ق. م: «میزان ثلث باعتبار دارائی موصی در حین وفات معین میشود نه باعتبار دارائی او در حین وصیّت» و

نه باعتبار دارائی او در زمان اجازهٔ ورثه، زیرا زمان فوت موصی زمان انتقال ثلث بموصی له میباشد. بنابراین هرگاه موصی عین معین یا مقدار کلّی از مال خود را مانند یکصد هزار ریال بدیگری وصیّت کند برای تعیین مقدار ثلث باید نسبت ارزش مورد وصیّت با ارزش دارائی موصی در زمان فوت او سنجیده شود. مثلا هرگاه کسی بعین معینی مانند خانهٔ وصیت کند که ارزشش بمقدار ارزش نصف دارائی موصی در زمان وصیّت است، ولی بعداً در اثر تنزل ارزش خانهٔ مزبور و یا ترقی ارزش بقیه دارائی موصی، یا زیاد شدن دارائی او بجهتی از جهات مانند تجارت، قبول هبه، وصیّت و یا ارث، ارزش خانه بمقدار ثلث یا کمتر از ثلث از دارائی موصی در حین فوت باشد، وصیّت نسبت بتمامی خانه صحیح خواهد بود. بالعکس چنانچه ارزش خانه نسبت بارزش دارائی موصی در حین وصیّت ثلث یا کمتر باشد ولی در اثر ترقی ارزش خانه، یا تنزل ارزش بقیه دارائی موصی و یا تلف شدن مقداری از آن، ارزش خانه بمقدار ارزش نصف دارائی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۷

موصی در حین فوت بشود، وصیّت نسبت بخانه تا مقدار ثلث از دارائی حین فوت موصی صحیح میباشد و نسبت بما زاد بر ثلث منوط باجازهٔ ورثه است، و چنانچه آنان اجازه ندهند وصیّت نسبت بما زاد باطل خواهد بود.

همچنین است هرگاه موصی به سهم مشاع باشد، چنانکه کسی ثلث دارائی خود را بدیگری وصیّت کند و ارزش آن یکصد هزار ریال باشد و بعداً بجهتی از جهات مانند تجارت، هبه، وصیّت و یا ارث بر دارائی او افزوده شود که ارزش ثلث آن یک میلیون ریال بشود و یا نقصان پذیرد که ارزش آن ده هزار ریال بشود، ثلث دارائی حین فوت در نظر گرفته میشود.

آنچه در بالا گفته شد که وصیّت بسهم مشاع باعتبار دارائی حین وفات موصی سنجیده میشود، در صورتیست که موصی تصریح بر خلاف ننموده باشد و یا قرائن دلالت نکند که موصی نظر دیگری داشته است و الا طبق نظر موصی رفتار میشود. مثلًا هرگاه موصی در وصیّتنامهٔ خود متذکر شده باشد که چون دارائی من فلان مقدار (مثلًا یک میلیون ریال) است و هزینه تحصیلی همهٔ اولادان خود را بهر یک صد هزار ریال داده‌ام مگر کوچکترین پسرم را که هنوز بسن رشد نرسیده و باید هزینهٔ تحصیلی او را نیز بدهم، بنابراین ثلث از دارائی مرا پس از فوت من برای خرج تحصیل کوچکترین پسرانم بدهید. از بیان موصی معلوم میشود، منظور او از ثلث دارائی، ثلث دارائی او در زمان وصیّت است نه ثلث دارائی او در زمان فوت.

مسأله- در صورتی که پس از فوت موصی مالی بوجود آید،

مانند آنکه موصی توری در رودخانه گسترده بوده و پس از فوت او و ماهی در آن افتد آن ماهی جزء ترکه محسوب میشود، و یا آنکه موصی بلیط بخت‌آزمایی خریده بوده و پس از فوت او در قرعه‌کشی جایزه باو اصابت کند آن جایزه جزء ترکه است. بنابراین چنانچه موصی به، سهم مشاع باشد مانند ثلث یا ربع، از مال مزبور ثلث یا ربع بموصی له نیز داده میشود و در صورتی که موصی به عین معین، و ارزش آن زائد بر ثلث باشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۸

ولی مالی که بعد از فوت بدست آمده چون منضم بترکه شود، آن عین معین بقدر ثلث در آید، وصیّت صحیح و احتیاج باجازهٔ ورثه ندارد. همچنین است، هرگاه وصیّت بکلی کند، مانند یکصد هزار ریال.

بنظر میرسد که باید در فرض بالا- بین موردی که موصی به عین معین باشد و موردی که موصی به جزء مشاع از ترکه باشد فرق گذارد، بدین تقریب که چنانچه موصی به عین معین باشد و مالی که پس از فوت بوجود آمده از آن عین بوجود آمده است، چون آن عین از تاریخ فوت ملک موصی له شناخته میشود، منافعی که پس از فوت موصی از آن بدست می‌آید بتبع ملک، از آن موصی له است، و هرگاه از بقیّه ترکه بوجود آمده متعلّق بورثه میباشد. اما چنانچه موصی به جزء مشاع از ترکه باشد سهم موصی له از آن

مالی که بعد از فوت موصی بوجود آمده است نیز برداشت میشود، زیرا منافع تابع اصل عین است و چون مال مزبور مشترک بین ورثه و موصی له بوده بهمان نسبت ورثه و موصی له در منافع آن شریک خواهند بود. بنابراین در مثال تور و ماهی یا بلیط بخت‌آزمائی و جایزه هرگاه تور یا بلیط مورد وصیّت قرار گرفته باشد، ماهی که در آن افتاده یا جائزه که بآن بلیط اصابت کرده از آن موصی له است و هرگاه مال دیگری مورد وصیّت است ماهی یا جائزه از آن ورثه میباشد و چنانچه سهم مشاع مانند ربع از دارائی مورد وصیّت بوده، چون موصی له یک ربع از تور و بلیط را مالک است مقدار یک ربع از ماهی و جائزه را نیز بتبع اصل، مالک میگردد.

طریق سنجش موصی به نسبت بترکه –

اشاره

در صورتی که موصی به سهم مشاع از ترکه باشد، بسهولت میتوان دانست که سهم مزبور بیشتر یا کمتر از ثلث است ولی چنانچه موصی به سهم مشاع از ترکه نباشد بطریق ذیل احتساب میشود:

الف – در صورتی که موصی به عین معین باشد،

موصی به تقویم شده و تمامی ترکه نیز تقویم میگردد و با در نظر گرفتن نسبت بین آن دو معلوم میگردد که موصی به چه نسبتی با ترکه دارد، این ستکه مادهٔ «۸۴۴» ق. م میگوید: «هرگاه موصی به مال
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۰۹
معینی باشد آن مال تقویم میشود، اگر قیمت آن بیش از ثلث ترکه باشد مازاد مال ورثه است، مگر اینکه اجازه کند».

ب – بدستور مادهٔ «۸۴۶» ق. م: «هرگاه موصی به منافع ملکی باشد دائماً یا در مدت معین بطریق ذیل از ثلث اخراج میشود ...»

یک- در صورتی که منافع ملکی برای مدت معینی بکسی وصیت شده باشد، بدستور بند اول ماده «۸۴۶» ق. م: «بدواً عین ملک با منافع آن تقویم میشود، سپس ملک مزبور با ملاحظه مسلوب المنفعهٔ بودن در مدت وصیّت، تقویم شده، تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب میشود ..» مثلًا چنانکه منافع هشت سال خانه‌ای مورد وصیّت قرار گیرد، برای دانستن آنکه مقدار ارزش منافع مزبور، بمقدار ارزش ثلث ترکه یا کمتر یا بیشتر از آن است، خانه با تمامی منافع تقویم میگردد (فرض میشود یک میلیون و پانصد هزار ریال ارزش دارد)، سپس خانهٔ مزبور با نداشتن هشت سال منفعت تقویم میشود (فرض میشود هشتصد هزار ریال ارزش دارد) تفاوت بین آن دو مبلغ هفتصد هزار ریال است. بنابراین چنانچه تمام ترکهٔ متوفی منحصر بخانهٔ باشد که منافع هشت سال آن مورد وصیّت قرار گرفته است، ارزش منافع هشت‌ساله که هفتصد هزار ریال میباشد بیش از ثلث ترکه است که یک میلیون و پانصد هزار ریال ارزش دارد. هرگاه موصی اموال دیگری هم غیر از خانه از خود گذاشته باشد، آنها نیز تقویم شده و بر قیمت خانه افزوده میشود و سپس میزان ثلث احتساب میگردد.
دو- در صورتی که منافع ملکی بطور دائم موصی به قرار گیرد، بدستور بند سوم مادهٔ «۸۴۶» ق. م عمل میشود که میگوید: «اگر موصی به منافع دائمی ملک بوده و بدین جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد، قیمت ملک با ملاحظه منافع از ثلث محسوب میشود» زیرا ارزش هر مالی باعتبار منافعی است که میتوان از آن بهره‌مند گردید و چنانچه ملکی برای همیشه مسلوب المنفعه باشد و مالک نتواند هیچ تصرفی در آن بنماید آن ملک ارزشی ندارد. بنابراین هرگاه کسی منافع ملکی را بطور دائم وصیّت بنماید، مانند آنست که عین را با تمامی منافع مورد وصیت قرار داده است، در

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۰

این صورت عین ملک با تمامی منافع تقویم میشود. مثلًا چنانچه منافع خانهٔ بطور دائم برای تقی و اولادش وصیّت شده باشد. برای دانستن ارزش منافع مزبور که موصی به است عین خانه با تمامی منافع تقویم میگردد و پس از تقویم نسبت بین ارزش آن و ارزش تمامی ترکه سنجیده میشود.

ج- در صورتی که ابنیه یا اشجار بدون زمینی که بر آن بنا و یا درخت کاشته شده است موصی به قرار گیرد،

برای دانستن نسبت بین ارزش آن و ارزش ترکه، مانند فرض بالا تقویم بعمل می‌آید، یعنی زمین درحالی‌که بنا یا اشجار غیر بتواند مجاناً روی آن باقی بماند تقویم میگردد و همچنین زمین را با بنا یا درخت نیز تقویم مینمایند، تفاوت بین آن دو قیمت، از ثلث محسوب میشود. چنانکه زمینی که زیر بنا یا اشجار مجاناً قرار دارد ارزش نداشته باشد زمین با بنا و اشجار باید از ثلث محسوب گردد. این امر در موردی است که زمین قابل استفاده دیگری نباشد و الا- چنانکه بتوان زیر درختان کشت دیگری بعمل آورد آنگونه که در قسمت‌های جنوب ایران معمول است که در زیر درختان نخل، کشت مینمایند، و محصول بر میدارند، زمین دارای ارزش است.

توضیح- قیمتی که کارشناس برای ترکه و همچنین موصی به در نظر میگیرد قیمت تاریخ فوت موصی است، زیرا موصی به در آن زمان بموصی له منتقل میشود.

بنابراین ترقی و تنزل قیمت موصی به عین معین و یا بعض از اموال ترکه پس از فوت موصی تأثیری در این امر نمینماید.

۳- در صورتی که موصی به سهم مشاع باشد موصی له با ورثه شریک خواهد بود

بموجب ماده «۸۴۸» ق. م: «اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث، موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود» و مانند موارد دیگر شرکت، هر یک از شرکاء میتواند سهم خود را از سهام دیگران افراز نماید. چنانچه موافقت بین آنان بعمل نیاید طبق مقررات مذکور در تقسیم (در فصل شرکت) میتوانند برای افراز بدادگاه رجوع کنند. این است که ماده «۳۰۱» ق. م

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۱

امور حسبی میگوید: «... همچنین موصی له و وصی راجع بموصی به در صورتی که وصیّت بجزء مشاع از ترکه شده باشد حق درخواست تقسیم را دارند» ذکر ماده «۸۴۸» ق. م. برای آنست که تصور نرود ورثه میتوانند سهم موصی له را خود سرانه انتخاب نمایند و باو بدهند، همچنانی که در مورد موصی به کلی است که تعیین فرد با ورثه میباشد و موصی له حق اعتراض ندارد. بدین جهت قانون مدنی بلافاصله حکم سهم مشاع را در مادهٔ «۸۴۸» پس از حکم موصی به کلی مذکور در مادهٔ «۸۴۷» بیان نموده است. مادهٔ «۸۴۷» ق. م: «اگر موصی به کلی باشد تعیین فرد با ورثه است مگر اینکه در وصیّت طور دیگر مقرر شده باشد».

مبحث ششم- تصفیه ترکه و احتساب وصیت

اشاره

ماده «۸۶۹» ق. م: «حقوق و دیونی که بترکهٔ میّت تعلق میگیرد و باید قبل از تقسیم آن ادا شود از قرار ذیل است:

۱) قیمت کفن میّت و حقوقی که متعلق است باعیان ترکه مثل عینی که متعلق رهن است.

۲) دیون و واجبات مالی متوفی.

۳) وصایای میّت تا ثلث ترکه بدون اجازهٔ ورثه و زیاده بر ثلث با اجازهٔ آنها».

مادهٔ «۲۲۵» قانون امور حسبی: «دیون و حقوقی که بعهدهٔ متوفی است بعد از هزینهٔ کفن و دفن و تجهیز متوفی و سایر هزینه‌های ضروری از قبیل هزینه حفظ و ادارهٔ ترکه باید از ترکه داده شود». سپس وصایای میّت اخراج میگردد و آنچه باقی میماند بورثه داده میشود.

بدستور دو مادهٔ بالا تصفیه ترکه بطریق ذیل بعمل می‌آید:

اول- در صورتی که متوفی وصیّت نکرده باشد، هزینه‌های زیر از ترکه برداشت میشود اگر چه ورثه موافقت بر آن ننمایند. سپس بقیه ترکه بین ورثه تقسیم میشود.

الف- قیمت کفن- و آن مبلغی است که برای خرید کفنهای لازم پرداخت میشود.

ب- هزینهٔ تجهیز- و آن هزینه‌های لازم برای انجام تکالیف مذهبی است

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۲

تا میّت آماده دفن گردد از قبیل حمل بغسّالخانه و تغسیل و تکفین و عودت جنازه بگورستان-

ج- هزینه دفن- و آن هزینه برای تهیهٔ زمین و کندن قبر و ساختمان داخل قبر و پوشاندن است که شرعاً لازم میباشد. در مواردی که جنازه را بدریا می‌اندازند هزینه جعبه‌ای که جنازه در آن گذاشته میشود و سنگ یا آهن که برای سنگینی و فرو بردن بکف دریا لازم است.

هزینه‌های کفن و دفن و تجهیز تا مقدار ضروری از اصل ترکه برداشت میشود و آنچه بیش از مقدار واجب مصرف گردد نمیتوان بدون موافقت تمامی ورثه و کسانی که در ترکه سهیم میباشند از آن برداشت نمود و در صورت عدم موافقت آنان بعهدهٔ کسی است که آن را انجام داده است. مثلًا هزینه فاتحه، هفته چله یا حمل جنازه بمشاهد مشرفه و امثال آن بعهدهٔ کسانیست که آن را سبب شده‌اند، مگر آنکه متوفی وصیت بآنها نموده باشد که از ثلث محسوب میگردد، زیرا این امور از نظر مذهب ضرورت ندارد.

د- دیون متوفی، خواه در مقابل آن وثیقه از قبیل رهن و معامله با حق استرداد داشته باشد و یا آنکه از دیون عادی و بدون وثیقه باشد. همچنین کلیه تعهداتی که متوفی بعهده دارد و پس از فوت باموال او تعلق میگیرد.

امور مذکور در بالا- واجبات مالی نامیده میشود، زیرا در اثر فوت مستقیماً بر ترکهٔ متوفی تعلّق میگیرد و بدین جهت بر حق ورثه مقدم است و بدون موافقت آنان از ترکه برداشت میشود.

دوم- در صورتی که موصی وصیّت کرده و اموری را متذکّر شده است ولی تصریح ننموده که وصایای او از ثلث تأدیه شود، واجبات مالی او (هزینه‌های ضروری کفن و دفن و تجهیز متوفی و همچنین دیون و تعهداتی که بر عهدهٔ اوست) از اصل ترکه قبلًا اخراج میگردد، زیرا اینگونه هزینه‌ها از أصل ترکه تأدیه میشود، اگر چه متوفی در وصیّت خود نامی هم از آنها نبرده باشد و وصایای دیگر متوفی خواه از

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۳

واجبات بدنی باشد (یعنی آنچه از نظر عبادی، متوفی مکلف بانجام آن بوده مانند صوم، صلاهٔ، حج) و خواه از امور تبرعی (یعنی آنچه موصی از نظر رأفت بکسی میدهد مانند مخارج تحصیل، اعاشه اولاد صغار یا امور خیریه عام المنفعه) از ثلث احتساب میگردد. در صورتی که ثلث ترکه کفایت وصایا را ننماید تنفیذ مازاد از ثلث منوط باجازهٔ ورثه است.

سوم- در صورتی که موصی، وصیّت نموده است و تصریح کرده که وصایای او از ثلث مال تأدیه شود، تمامی آن وصایا از واجبات مالی، بدنی و تبرعی از ثلث احتساب میگردد.

چنانچه ثلث کافی برای انجام وصایا باشد طبق آن عمل میشود و الا چنانچه وصایا زائد از ثلث ترکه باشد و ورثه اجازه ندهند،

بدستور مادهٔ «۸۴۹» ق. م عمل میگردد.

مادهٔ «۸۴۹» ق. م: «اگر موصی زیاده بر ثلث بترتیب معیّنی وصیّت باموری کرده باشد و ورثه زیاده بر ثلث را اجازه نکنند، بهمان ترتیبی که وصیّت کرده است از ترکه خارج میشود تا میزان ثلث، و زاید بر ثلث باطل خواهد شد و اگر وصیّت بتمام یک‌دفعه باشد زیاده از همه کسر میشود».

مادهٔ بالا دو صورت را فرض نموده که ذیلًا بیان میگردد:

الف- اگر موصی زیاده بر ثلث بامور معینی بترتیب وصیّت کرده باشد و ورثه زیاده بر ثلث را اجازه نکند، بهمان ترتیبی که وصیّت کرده است تا میزان ثلث از ترکه خارج میشود و زائد بر میزان ثلث باطل خواهد بود. مثلًا هرگاه موصی بگوید از مال من، یکصد هزار ریال بدو برادرزاده‌ام برای هزینهٔ تحصیلی آنها بدهید و دویست هزار ریال از مال من برای عروسی بپسر کوچکم بپردازید و سیصد هزار ریال برای امور خیریه عام المنفعه مصرف کنید، در این صورت چنانچه فرض شود دارائی موصی یک میلیون و پانصد هزار ریال است، ثلث آن میشود پانصد هزار ریال، بوصیّت اولی و دومی عمل میشود و یکصد هزار ریال از امور خیریه کسر میگردد، یعنی دویست

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۴

هزار ریال فقط بآن اختصاص می‌یابد، زیرا هر یک از امور سه‌گانه فوق بخودی خود وصیّت جداگانه‌ایست و چون مجموع آنها زاید بر ثلث است معلوم میگردد که بترتیب هر یک از وصایا از ثلث بعمل آمده تا ثلث تمام شده و سپس بحق ورثه تجاوز گردیده است و چون آنها اجازه نداده‌اند نسبت بآن قسمت که تجاوز شده وصیّت باطل است.

قسمتی از وصیّت که در مثال بالا بحق ورثه تجاوز شده عبارت است از مبلغ یکصد هزار ریال که برای امور خیریه اختصاص داده شده است.

ب- اگر موصی زیاده بر ثلث باموری یک‌دفعه وصیّت کرده باشد و ورثه زائد بر ثلث را اجازه ندهند، زیاده از همه کسر میشود. مثلًا هرگاه موصی بگوید که:

ششصد هزار ریال از مال مرا پس از من بدین نحو مصرف نمائید: یکصد هزار ریال برای هزینه تحصیل دو برادرزاده‌ام و دویست هزار ریال برای عروسی پسر کوچکم و سیصد هزار ریال برای امور خیریه عام المنفعه، در این صورت چنانچه فرض شود ثلث دارائی موصی پانصد هزار ریال است، مبلغ یکصد هزار ریال برای اجرای وصایای موصی کسر می‌آید که آن از تمامی وصایا کسر میشود، زیرا تمامی وصایا در یک جمله قرار گرفته و در عرض هم واقع شده است و تقدم و تأخر ذکر موصی لهم در یک جمله موجب تقدم و تأخر حقوقی یکی بر دیگری نمیگردد. بنابراین پانصد هزار ریال که ثلث ترکه است بموارد سه‌گانه تقسیم میگردد و چون مقدار موصی به در آنها متفاوت است ناچار بنسبت مقدار هر یک کسر میگردد، چنانکه از مبلغ اولی شانزده هزار و ششصد و شصت و شش ریال و از دومی سی و سه هزار و سیصد و سی و دو ریال و از سومی چهل و نه هزار و نهصد و نود و هشت ریال کسر میشود.

تذکر- آنچه در طرز اجرای وصایای ترتیبی و دفعی، در صورت عدم اجازه ورثه نسبت بما زاد از ثلث بیان گردید، در صورتیست که در بین وصایا واجبات مالی نباشد و یا چنانچه باشد کسر و نقصان متوجه آن نگردد و الا هرگاه بین وصایا از واجبات مالی (مانند هزینه کفن و دفن و تجهیز و یا دیون و تعهدات متوفی) موجود باشد، وصیّت نسبت بآن بر وصایای دیگر (واجبات بدنی و تبرعی) مقدم خواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۵

بود، اگر چه از حیث ترتیب در وصیتنامه مؤخر قرار داده شده باشد، زیرا اینگونه هزینه‌های مالی در صورت نبودن وصیّت، از اصل

ترکه احتساب میشود و با وصیّت نمودن متوفی نسبت بآنها، معلوم میگردد که موصی خواسته آنها از ثلث او تأدیه گردد. مثلًا هرگاه کسی وصیّت بتأدیهٔ یکصد هزار ریال برای هزینهٔ تحصیل دو برادرزاده خود و دویست هزار ریال برای عروسی پسرش و سیصد هزار ریال برای امور خیریه عام المنفعه و بالأخره پنج‌هزار ریال برای هزینه دفن و کفن و تجهیز و چهار صد هزار ریال برای تأدیهٔ دیون خود بنماید، قبلًا وصیّت راجع بدفن و کفن و تجهیز و دیون از ثلث اجرا میشود و چنانچه چیزی از ثلث بماند، نسبت بوصایای دیگر طبق ماده «۸۶۹» ق. م رفتار میشود.

علّت تقدم وصایای واجبات مالی بر وصایای دیگر آنست که بموجب مواد «۸۶۹» ق. م و مادهٔ «۲۲۵» قانون امور حسبی از نظر حفظ نظم اجتماعی و حقوق افراد، آنها از اصل ترکه برداشت میشود و چنانچه متوفی انجام آنها را بصورت وصیّت در آورده است نمیتوان از آنها کم نموده یا بعضی را انجام نداد و یا ناقص گذارد.

در صورتی که بین وصایا واجبات بدنی یافت شود (از قبیل هزینه صلاهٔ، صوم و حج) مانند آنکه موصی وصیّت کرده باشد که پس از فوت او بیست سال روزه و نماز برای او بگذارند و حج بروند، وصایای مزبور بر وصایای تبرعی مقدم خواهد بود، زیرا آنها در مرحلهٔ تعهدات قرار دارد و دین در مقابل خداوند است. قانون مدنی راجع بمقدم داشتن واجبات بدنی بر تبرعی بیانی ننموده و نامی هم از آنها نبرده است و چنانچه بتوان تقدم مزبور را از روح قانون یا عرف و عادت مسلم دانست، رعایت انصاف و عدالت قضائی و متابعت حکم الهی شده است. بنظر میرسد که بوسیلهٔ یک استنباط وسیعی بتوان واجبات بدنی را در ردیف واجبات مالی قرار داد.

بنابر آنچه گذشت چنانچه وصایای مختلف از واجبات مالی و بدنی و تبرعی باشد و ثلث از ترکه وافی برای اجرای تمامی آنها نباشد و ورثه هم اجازه نسبت بما زاد از ثلث را ندهد، ابتدا وصایای مالی انجام میگردد و چنانچه چیزی باقی بماند

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۶

وصایای بدنی اجرا میشود و سپس وصایای تبرعی. در صورتی که چیزی از ثلث برای اجرای وصایای تبرعی باقی نماند نسبت بآن قسمت، وصیّت باطل خواهد بود.

فرع ۱- دعوی بطلان اجازه از طرف ورثه

در صورتی که ورثه وصیت را نسبت بما زاد بر ثلث اجازه دهند و سپس مدعی گردند که چون تصور مینمودند موصی به ناچیز است آن را اجازه داده‌اند و الا چنانچه مقدار ارزش آن را میدانستند اجازه نمیدادند، قول مشهور فقهاء بر آنست که هرگاه موصی به عین معین باشد، دعوی ورثه پذیرفته نمیشود و هرگاه جزء مشاع از ترکه باشد بوسیله قسم، ادعاء آنان ثابت میگردد.

شرح و استدلال قول مشهور:

الف- در صورتی که موصی به عین معین باشد- مانند آنکه موصی وصیّت نماید فلان خانهٔ من بمحمد داده شود، و ارزش آن زیاده بر ثلث باشد و ورثه مازاد بر ثلث را اجازه دهند و سپس مدعی گردند که تصور مینمودند ارزش خانهٔ مزبور بمقدار ناچیزی زاید بر ثلث است، دعوی ورثه پذیرفته نمیشود، و همچنین هرگاه مدعی شوند که تصور مینمودند ترکه بسیار است و آنچه زیاده بر ثلث اجازه داده‌اند در مقابل ترکه اهمیّت نداشته است و اکنون کشف شده که ترکه کمتر از آن مقداری است که میپنداشتند، دعوی اینان پذیرفته نمیشود، زیرا ورثه بنای تصور خود را نسبت بمقدار ترکه بر اصل (اصل عدم زائد) نگذارده‌اند و دعوی اینان که تصور زیادی مینمایند بر خلاف اصل و بدون دلیل میباشد. علاوه بر آن ظاهر آنست که اینان تحقیقات لازم در مقدار ترکه نموده و میدانستند که مقدار ترکه چیست.

ب- در صورتی که موصی به جزء مشاع از ترکه باشد- مانند آنکه موصی دو خمس از دارائی خود را برای مصارف معینه وصیّت کند و ورثه نسبت به زائد بر ثلث اجازه دهند و سپس مدعی شوند که تصور مینمودند ترکه ناچیز است. دعوی آنان با سوگند

پذیرفته میشود، زیرا ممکن است ورثه بناء خود را نسبت بترکه بر اصل عدم زائد بودن آن گذارده‌اند و خلاف آن ظاهر شده است، بر عکس صورت اول که ورثه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۷

بناء خود را بر اصل عدم زائد نگذارده‌اند.

بعضـی از فقهـاء بر آننـد که دعوی ورثه در هر دو صورت پـذیرفته میشود، زیرا اجـازهٔ ورثه در فرض اول اگر چه نسـبت بعین معین است، ولی دانسـتن آنکه عین مزبور چه نسبتی را با ترکه دارد، مثلًا بمقدار نصف آن یا بیشتر است، فرع بر دانستن مقدار ترکه است. بنابراین همچنانی که موصی به هرگاه جزء مشاع باشد، احتمال میرود ورثه راست بگویند که تصور میکردند جزء مزبور ناچیز است، همین‌گـونه در موردی که موصـی به عین معین باشـد احتمـال میرود که ورثه راست بگوینـد که تصور مینمودنـد مقـدار مـال مزبور نسـبت بمقـدار مجموع ترکه، که آن را زیـاد میپنداشـتند، کم و ناچیز است. موافقت و عـدم موافقت تصور ورثه با اصل عـدم زیاده، تأثیری در قبول و عـدم قبول قول آنان نـدارد، زیرا ممکن است ورثه راست بگوینـد و دلیلی بر گفتار خود نداشـته باشـند. در هر دو صورت اصل، عـدم علم ورثه بمقـدار ترکه است. همچنین است در صورتی که ورثه در نتیجهٔ عدم اطلاع بر وجود دین برای متوفی، تصور کرده باشند که موصی به نسبت بترکه ناچیز است و بعداً دیونی برای متوفی پیدا شده باشد، اگر چه اصل عدم زیاده است.

از نظر قـانون مـدنی در هر یـک از دو صورت بالاـ اجـازهٔ ورثه مبتنی بر تصور اشـتباهی است که در مقـدار مـازاد نمودهانـد، و بنـابر مستنبط از روح مادهٔ «۱۹۹» ق. م که میگوید: «رضای حاصل در نتیجهٔ اشـتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست» و ماده «۲۰۰» ق. م. که میگویـد: «اشـتباه وقتی موجب عـدم نفوذ معـامله است که مربوط بخود موضوع معـامله باشـد» هرگـاه ورثه اشـتباه خود را ثـابت نمایند، دادگاه بطلان اجازه را اعلام مینماید و الا صرف ادعاء در هیچیک از صور بالا پذیرفته نمیشود.

فرع ۲- محروم نمودن ورثه از ارث

طبق مادهٔ «۸۳۷» ق. م: «اگر کسـی بموجب وصـیت یک یا چنـد نفر از ورثه خود را از ارث محروم کنـد وصـیت مزبور نافـذ نیست» قاعدهٔ توارث از نظر نظم اجتماعی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۸

تأسیس شده است، بدین جهت طبق مادهٔ «۹۵۹» ق. م. وارث نمیتواند آن را از خود سلب کند، همچنانی که مورث نمیتواند آن را از وارث سـلب نماید. بنابراین توارث از احکام بشـمار میرود نه از حقوق که شخص بتواند آن را اسقاط کند، مثلًا هرگاه کسی وصیّت نمایـد که فلان وارث او از ارث محروم باشد و یا بفلان وارث او ارث ندهند، یا وارث او نیست، وصـیّت مزبور موجب محرومیّت او از ارث نمیگردد. این امر مشـهور نزد فقهـاء امـامیه میباشـد و دعوی اجمـاع هم بر آن شـده است. آنچه مورد اختلاف بین فقهاء قرار گرفته آنست که، آیا وصیّت بمحرومیّت بعض ورثه از ارث، نازل منزلهٔ وصـیّت بتمامی ترکه بورثه دیگر است که هرگاه وارثی که از ارث محروم شده آن را اجازه دهد، وصیّت صحیح خواهد بود؟ چنانکه علامه در مختلف بر آن است.

یا آنکه وصـیّت بمحرومیّت یکی از ورثه، هیچ‌گونه اثری ندارد و کان لم یکن میباشد؟ چنانکه بسیاری از فقهای امامیه مانند محقق، و شـهیدین و فخر المحققین از نظریه اخیر پیروی نموده‌اند. استدلال دستهٔ اول آنست که محرومیّت بعض ورثه از ارث، نتیجهٔ وصیّت نسبت بتمامی ترکه ببقیه آنان میباشـد، بدین تقریب که وصـیّت نسبت بتمامی ترکه ببعضـی از ورثه ممکن است بدو صورت بعمل آید: یکی وصـیّت صـریح بدادن تمامی ترکه ببعض از ورثه مانند آنکه کسـی با داشتن یک پسر وصیّت کند که تمامی دارائی او از آن زنش باشد، و دیگری محروم نمودن بعضـی از ورثه از ارث مانند آنکه کسی وصیّت کند که چون فلان پسرش نااهل است ارث بـاو داده نشـود، که در این صـورت بالمـآل تمـامی ترکه از آن بقیه ورثه خواهـد بـود و این امر جز وصـیّت بتمـامی ترکه بآنهـا چیز

دیگری نیست. استدلال دستهٔ دوم بر آنست که از نظر تحلیلی محرومیّت بعضی از ورثه از ارث، غیر از وصیّت بتمامی ترکه است ببعضی دیگر از ورثه، اگر چه نتیجهٔ آن دو در خارج یکسان میباشد. زیرا وصیّت بمحروم بودن بعضی از ورثه دلالت مطابقی و تضمنی بر وصیّت تمامی ترکه بورثهٔ دیگر ندارد، همچنانی که التزاماً نیز دلالت بر این امر نمینماید، زیرا ملازمه‌ای بین آن دو با یکدیگر موجود نیست و چه بسا ممکن است وصی در حین وصیّت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۱۹

بمحرومیّت بعضی از ورثه از ارث، تصور وجود ورثه دیگر را ننماید. بنابراین در صورتی که موصی بعضی از ورثه را از ارث محروم بنماید، وصیّت مزبور باطل و کان لم یکن میباشد و دلالت بر وصیّت تمامی ترکه ببقیّهٔ ورثه نمینماید. ولی هرگاه موصی وصیّت کند که تمامی ترکه ببعض از ورثه داده شود، وصیّت نسبت بثلث از ترکه صحیح و نسبت بما زاد منوط باجازهٔ ورثه دیگر خواهد بود و چنانچه ورثه اجازه دهند، موصی لهم مستحق موصی به خواهند بود و وارثی که غیر مستقیم از ارث بی‌نصیب شده در اثر اجازه‌اش بوصیّت محروم از آن میگردد. بنظر میرسد که قول دستهٔ دوم بیش با قواعد حقوقی سازگار است و مادهٔ «۸۳۷» ق. م نیز ناظر بر این عقیده میباشد.

مسأله ۱- وصیت حبوه بغیر از پسر بزرگ

در صورتی که موصی حبوه را برای غیر از پسر بزرگ وصیّت نماید، وصیّت نسبت بآن صحیح است، زیرا چنانکه از مادهٔ «۵۱۹» ق. م که حبوه را اختصاص بپسر بزرگ داده مشروط بر اینکه ترکه میّت منحصر بآن اموال نباشد معلوم میشود حبوه نوعی از ارث است، و وصیّت مانند دین مقدّم بر ارث میباشد و بدین جهت هر مقدار از ترکه پس از تأدیهٔ دیون و اخراج وصیّت باقی بماند بین ورثه تقسیم میشود. بنابراین هرگاه مورد وصیّت سهم مشاع از ترکه باشد، پسر بزرگ میتواند با تأدیه آنچه در مقابل سهم مزبور در حبوه قرار میگیرد، حبوه را بخود اختصاص دهد، مثلًا هرگاه کسی نسبت بثلث از ترکه وصیّت بغیر نموده است، پسر بزرگ میتواند بمقدار قیمت ثلث از حبوبه بموصی له تأدیه کند و حبوه را بخود اختصاص دهد، و هرگاه وصیت نسبت بتمام یا بعض از عین حبوه بشود، پسر بزرگ نسبت بمورد وصیّت از حبوه محروم خواهد بود، مانند آنکه وصیّت نماید که قرآن و انگشتر او بپسر کوچکش داده شود، در این صورت پسر بزرگ نسبت بآن دو حقّی نخواهد داشت.

مسأله ۲- وصیتی که نتیجهٔ آن محرومیت زن از ارث است

در صورتی که وصیّت بما زاد از ثلث نسبت بسهم زوجه فقط اتفاق افتد، وصیّت نسبت بما زاد منوط باجازهٔ زوجه خواهد بود، مثلًا هرگاه دارائی موصی منحصر در اموال منقول و اراضی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۰

باشد و او تمامی اموال منقول خود را باولادان خود وصیّت کند، در این صورت نسبت بثلث سهم زن صحیح بنظر میرسد و نسبت بدو ثلث دیگر سهم زن تجاوز بحق او شده است و نمیتوان بر آن بود که موصی میتواند تا ثلث ترکه وصیّت نماید و وصیّت مزبور هم بیش از ثلث تمامی ترکه نمیباشد، بنابراین وصیّت مزبور نافذ خواهد بود، زیرا موجب آنکه قانون وصیّت را نسبت بما زاد بر ثلث منوط باجازهٔ ورثه دانسته آنست که دو ثلث دیگر در اثر فوت متعلّق بورثه است و إلّا موجب دیگری ندارد، و چون طبق قانون زوجه فقط از اموال منقول و ابنیه و اشجار، ربع یا ثمن میبرد، ترکه که بزوجه میرسد (یعنی ترکه متوفی به اعتبار زوجه) اموال منقول و ابنیه و اشجار است، بنابراین در فرض بالا وصیّت بتمامی اموال منقول بغیر باعتبار زوجه مانند وصیّت بتمامی ترکه باعتبار تمامی ورثه است، لذا باید بر آن بود که وصیّت تا ثلث سهمی که هرگاه وصیّت نبود بزوجه میرسید نافذ و نسبت بما زاد تا دو ثلث بقیّه

منوط باجازهٔ زوجه میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۱

فصل دوم وصیت عهدی

اشاره

وصیّت عهدی را بند دوم مادهٔ «۸۲۶» ق. م. تعریف مینماید و میگوید:

«... وصیّت عهـدی عبارت است از اینکه شخصـی یک یا چنـد نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصـرفات دیگری مأمور مینماید ...» وصیّت عهدی در حقیقت عبارت از نمایندگی از طرف موصی برای پس از فوت بوصی میباشد تا اعمالی را که خود میتوانسته انجام دهد بجای آورد، مانند اخراج حق دیگران یا تأدیه دیون و یا ولایت بر طفل و مجنون که موصی خود ولایت بر آنها را دارد. وصیّت عهدی را وصایت (بکسر واو و یا فتح آن) نیز میگویند. وصایت نمایندگی برای پس از فوت موصی است و بفوت او محقق میگردد، بر عکس وکالت که نمایندگی وکیل برای زمان حیات موکّل است و طبق شق ۳ مادهٔ «۶۷۸» ق. م. بفوت او زائل میشود.

مبحث اول- عقد وصیت

اشاره

بموجب مادهٔ «۸۳۴» قانون مدنی «در وصـیّت عهدی قبول شرط نیست، لیکن وصی میتواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کنـد و اگر قبل از فوت موصـی رد نکرد بعـد از آن حق رد نـدارد، اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد» چنانکه از بیان ماده دانسـته میشود وصایت ایقاع معلّق بفوت موصـی است و بـدون ارادهٔ وصـی حتّی با جهل او بوصایت، ایجاد تعهـد برای او مینماید مگر آنکه وصـی در زمان حیات موصـی آن را رد کند. بنابراین وصایت برای وصـی بفوت موصـی محقّق میگردد و چنانچه او در زمان حیات موصـی آن را رد نکرده باشـد بعد از آن حق رد ندارد، وصایت مانند ابراء و فسخ از ایقاعات بسـیط نمیباشد، بلکه ایقاع معلّق بفوت موصی و مشروط بعدم رد وصی در زمان حیات موصی است و این امور آن را از ایقاع بودن خارج نمیگرداند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۲

رد وصایت

چنانکه از مادهٔ «۸۳۴» ق. م مذکور در بالا معلوم میگردد وصایت بارادهٔ منحصر موصی واقع میشود و وصی چنانچه از آن آگاه شود مـادام که موصی در قیـد حیـات است میتوانـد آن را رد نمایـد. از نظر تحلیلی وصـایت در مـدت حیات موصـی جائز است و وصـی میتوانـد آن را بر هم زنـد و در اثر پیدایش فوت لازم میگردد، بدین جهت است که هرگاه وصـی در زمان حیات موصـی وصایت را رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد، بنابراین وصایت در مدت حیات موصی ایقاع جایز است.

بسـیاری از فقهـای امامیه بر آننـد که وصـی چنانچه وصـیّت را رد نمایـد و موصـی از رد مزبور آگاه نشود تا بمیرد، رد بلا اثر است. همچنین است هرگاه موصـی از رد وصیّت آگاه گردد، ولی بجهتی از جهات نتواند وصی دیگری اختیار نماید. بنابر اطلاق مادهٔ بالا رد وصی در زمان حیات موصی موجب رفع اثرات وصایت میگردد، اگر چه موصی از رد آن آگاه نشود و یا نتواند وصی دیگری را انتخاب نماید.

طبق صریح مادهٔ «۸۳۴» ق. م. در صورتی که وصی بعد از فوت موصی از وصایت آگاه گردد، نمیتواند آن را رد نماید و ملزم بانجام امور وصایت میباشد، اگر چه جاهل بر وصایت خود بوده است. عده‌ای از فقهای امامیه مانند علامه در مختلف و تحریر، بر آنند که وصی مادام که وصایت را نپذیرفته میتواند آن را قبول ننماید.

ایجاد تعهد بوسیلهٔ وصایت برای وصی بدون موافقت او بر خلاف اصل و قواعد حقوقی میباشد، زیرا آزادی فردی را محدود مینماید و کسیرا بدون ارادهٔ او نمیتوان متعهد بانجام امری ساخت. از طرف دیگر این امر ایجاد حرج عظیم و ضرر در بسیاری از موارد مینماید و اخباری که دلالت بر عدم جواز رد دارد حمل بر استحباب اکید نموده‌اند.

در صورتی که وصی در اثر گرفتاری‌های شخصی یا ناتوانی یا پیچیدگی امور وصایت، قدرت بر انجام امور محوله را نداشته باشد، تکلیف از او ساقط میگردد، زیرا این امر موجب حرج است و بحکم قاعدهٔ عقلی هرگاه تکلیفی موجب حرج گردد، آن تکلیف ساقط میشود. ماده‌ای در قانون مدنی راجع باین امر موجود نیست

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۳

و بنظر میرسد که با توجه بقاعدهٔ عقلی حرج میتوان سقوط تکلیف را مسلّم دانست، زیرا منظور موصی از وصیّت انجام اموریست که بعهدهٔ وصی گذارده شده و با عدم قدرت او بر انجام آن امور ناچار باید بر آن بود که تکلیف از او ساقط میگردد.

همچنین هرگاه انجام امور وصایت ایجاد ضرر و زحمتی برای وصی بنماید که عادهٔ غیر قابل تحمل باشد و یا آنکه لطمه‌ای بحیثیت اجتماعی او وارد آورد، چنانکه مورد تهمت و ناسزا قرار گیرد، میتواند از وصایت استعفا دهد، اگر چه قبلًا قبول کرده باشد. از نظر حقوق مدنی ظاهر آنست که با تصریح مادهٔ «۸۳۴» ق. م که میگوید:

«... اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد ...» اجازه استعفای وصی مشکل میباشد، ولی با بکار بردن ذوق قضائی میتوان استنباط نمود که در مورد عدم قدرت بر انجام امور وصایت بجهتی از جهات تکلیف از وصی ساقط میگردد و ماده را ناظر بموردی دانست که برای وصی قدرت بر انجام عمل باشد. در این صورت وصی موظف است وضعیت خود را بوسیلهٔ استعفا اعلام دارد و الا مسئول خسارات وارده خواهد بود.

در وصیّت عهدی موصی باید دارای همان شرایطی باشد که در وصیّت تملیکی بیان شد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۴

مبحث دوم- در وصی

اشاره

بموجب ذیل مادهٔ «۸۲۶» ق. م: «... کسی که بموجب وصیّت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده میشود وصی نامیده میشود» بنابراین وصی کسی است که از طرف موصی معین میگردد تا امر یا اموری را پس از فوت او انجام دهد.

چنانکه از بند دوم مادهٔ «۸۲۶» ق. م معلوم میگردد، تعیین وصی منحصراً در مورد وصیّت عهدی است و در وصیّت تملیکی وصی تعیین نمیشود، زیرا وصیّت تملیکی انتقال مال پس از مرگ موصی بموصی له میباشد و غیر از موصی له دیگری نقشی بازی نمینماید.

۱- شرایط وصی-

وصی باید بالغ، عاقل و رشید باشد تا بتواند امور وصایت را انجام دهد، زیرا وصی بعنوان نمایندگی از موصی در اموال او تصرف مینماید و اعمال حقوقی انجام میدهد. بنابراین صغیر، مجنون و سفیه را نمیتوان وصی در امر وصایت نمود (مستنبط از مادهٔ «۸۵۶» ق

م) ولی طبق مادهٔ «۸۵۶» ق. م: «صغیر را میتوان باتفاق یک نفر کبیر وصی قرار داد. در این صورت اجراء وصایا با کبیر خواهد بود تا موقع بلوغ و رشد صغیر» قانون در مورد مزبور صغیر را در حال صغر عهده‌دار انجام امور وصایت ننموده است، بلکه در حقیقت کبیر را بعنوان وصایت عهده‌دار قرار داده تا آنکه زمان بلوغ و رشد صغیر برسد و سپس که صغیر بالغ گردید انجام امور وصایت بعهدهٔ آن دو میباشد. اعمالی که وصی کبیر در دوران صغر دیگری انجام میدهد منحصر بامور ضروری و لازم برای ادارهٔ امور نمیباشد که از تأخیر آن ضرر و زیانی متوجه موصی لهم گردد، بلکه در دوران مزبور کبیر وصی منفرد است و هر گونه عملی که در حدود امر وصایت باشد انجام میدهد. صغیر پس از بلوغ و رشد حق اعتراض نسبت باعمال گذشتهٔ او و همچنین در نحوهٔ اداره امور وصایت ندارد، زیرا حق مداخله از طرف موصی بصغیر نسبت بزمان قبل از بلوغ و رشد داده نشده است. ولی هرگاه وصی کبیر در زمانی که منفرداً تصدی داشته موصی به (موضوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۵

وصایت) را تغییر یا تبدیل یا تلف و یا ناقص نموده باشد، وصی صغیر پس از بلوغ و رشد حق اقامه دعوی و مطالبه جبران خسارات را خواهد داشت، زیرا موصی به موضوعی است که صغیر پس از بلوغ نسبت بآن حق وصایت دارد و کبیر موضوع مزبور را تغییر، تبدیل، تلف یا ناقص نموده است. مثلًا هرگاه کسی ده باب مغازه را ثلث خود قرار دهد و صغیر و کبیری را وصی نماید که عایدات سی سال آن بمصارف امور معینه برسد و سپس آن را بفروشند و از فروش آن هزینهٔ تحصیلی بیست دانشجو را در دانشکده‌های اروپا برای مدت پنج سال بپردازند. وصی کبیر قبل از بلوغ صغیر آنها را بعنوان ملکیّت بنام خود ثبت کند یا آنها را بفروشد و یا بدون ضرورت تبدیل باملاک دیگری بنماید، صغیر میتواند پس از کبیر شدن نسبت باعمال مزبور اعتراض کند، زیرا این گونه اعمال خارج از ادارهٔ امور وصایت است.

در صورتی که در فرض بالا صغیر بالغ گردد و دارای رشد یا عقل نباشد، یعنی مجنون یا سفیه باشد، بعضی از فقهای امامیه بر آنند که کبیر همان گونه که قبل از بلوغ صغیر، مستقلًا امور وصایت را انجام میداد، پس از بلوغ صغیر با داشتن سفاهت یا جنون نیز امور وصایت را مستقلًا انجام خواهد داد. زیرا وصی کبیر قبل از بلوغ حق تصرف در امور وصایت را مستقلًا داشته است و در اثر بلوغ صغیر در حال سفاهت یا جنون، تردید میشود که آیا حق تصرف استقلالی وصی کبیر بر طرف گردیده یا باقی است، حق مزبور استصحاب میشود. از نظر تحلیلی بنظر میرسد که ظاهر در تعیین صغیر باتفاق یک نفر کبیر بعنوان وصایت آنست که وصی کبیر مستقلًا تا زمان بلوغ صغیر امور وصایت را اجرا مینماید و پس از بلوغ و رشد مجتمعاً آن امور را انجام خواهند داد و چون صغیر با حالت سفاهت یا جنون بالغ گردد مانند آنست که برای انجام امور وصایت دو وصی قرار داده شده و یکی از آن دو فوت نموده است، در این صورت حاکم وصی دیگری را منصوب مینماید که باتفاق وصی کبیر عمل بوصایت نمایند، زیرا مورد مزبور از نظر وحدت ملاک با موردی که وصی صغیر پس از بلوغ و رشد بمیرد یکسان است، بنابراین یقین، سابق در مورد مزبور منقطع میگردد و موردی برای استصحاب

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۶

حق تصرف استقلالی وصی کبیر باقی نمیماند (مستنبط از روح مادهٔ «۷۷» ق. م. که میگوید: «هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر بطور استقلال تولیت قرار داده باشد هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلًا تصرف میکنند و اگر بنحو اجتماع قرار داده باشد، تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها، حاکم شخصی را ضمیمه آنکه باقی مانده است مینماید که مجتمعاً تصرف کنند»).

نظر بوحدت ملاک مادهٔ «۸۵۶» ق. م. که مبتنی بر قاعدهٔ حقوقی میباشد موصی میتواند مجنون یا سفیه را باتفاق یک نفر غیر محجور وصی قرار دهد، در این صورت مادام که مجنون یا سفیه دارای اهلیّت نشوند، وصی غیر محجور امور وصایت را مستقلًا انجام

خواهد داد و پس از رفع جنون یا سفاهت، آنان مجتمعاً امور وصایت را تصدی مینمایند، زیرا ظاهر در وصی قرار دادن مجنون یا سفیه باتفاق غیر محجور آنست که غیر محجور میتواند مادام که سفه یا جنون در دیگری باقی است امور وصایت را منفرداً انجام دهد و چون از دیگری رفع سفه یا جنون گردید مجتمعاً انجام وظیفه بنمایند.

فقهای امامیه وصی قرار دادن کافر را بر مسلم باطل میدانند، اگر چه وصی از منصوبین موصی یا موصی علیهم باشد، زیرا حقوق اسلام ولایت و سلطهٔ کافر را نسبت بمسلمان اجازه نداده است و نهی شده است که بر آنها اعتماد کنند. این امر را مادهٔ «۱۱۹۲» ق. م. که میگوید: «ولی مسلم نمیتواند برای امور مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند» متذکر شده است.

بسیاری از فقهای امامیه عدالت را در وصی شرط دانسته‌اند، زیرا در حقیقت وصایت، أمین قرار دادن وصی در امور دینی میباشد و شخص فاسق قابلیت این امر را ندارد، علاوه بر آنکه وصایت نائب قرار دادن وصی بر غیر میباشد و عدالت در آن شرط است، چنانکه در وکالت آن را شرط دانسته‌اند و حال آنکه در وصایت اشکال بیشتر است، زیرا در وکالت چنانچه موکل از تخلفات وکیل آگاه گردد میتواند او را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۷

عزل بنماید و در وصایت این امر ممکن نخواهد بود. از طرف دیگر، وصایت استیلاء و ولایت در امور دیگران است و موضوع آن نوعاً صغیر، مجنون، سفیه و فقیر میباشد، بنابراین نقش رضایت موصی مانند نقش رضایت موکل در امور مربوط بخود که نمایندگی میدهد نمیباشد. بعضی دیگر از فقهاء عدالت وصی را شرط وصایت نمیدانند، زیرا بر آنند که وصایت مانند وکالت است و وکالت فاسق اجماعاً جایز میباشد و فاسق در امر یا اموری، ممکن است امین و درستکار در امور دیگر باشد، چنانکه ممکن است مرد شراب‌خوار هیچ‌گونه بحقوق دیگران تجاوز ننماید و راستگو و امین نیز باشد، لذا ضعف استدلال بر شرط بودن عدالت در وصایت ظاهر است، علاوه بر آنکه فقهاء مزبور موافق نیستند که در تمامی انواع وکالت امانت و عدالت شرط میباشد.

بنظر میرسد که شرط بودن عدالت در وصایت برای اعتماد و اطمینان بعمل وصی میباشد تا گفتار او را بتوان پذیرفت و الا در واقع عدالت شرط صحت عقد وصیّت نیست. بنابراین هرگاه موصی کسیرا که در ظاهر عادل مینمایاند وصی قرار دهد و در حقیقت فاسق باشد، ولی به وصیّت عمل کند، وصی مزبور بری، و افعال او صحیح میباشد. بدین جهت میتوان گفت هرگاه کسی که در ظاهر فاسق نشان میدهد به وصایت برگزیده شود و امور مربوطه را طبق وصیّت انجام دهد اعمال او صحیح خواهد بود، مگر در موردی که عدالت شرط انجام عمل باشد، چنانکه در وصایت در عبادات است.

ماده‌ای در قانون مدنی موجود نیست که عدالت را شرط صحت وصایت قرار دهد، بنابراین صحّت وصیّت غیر عادل نیز صحیح خواهد بود.

بعضی از فقهای امامیه معتقدند شرائطی که برای وصی لازم است باید در زمان وصیّت موجود باشد، زیرا در آن زمان وصایت واقع میشود. بنابراین چنانچه موصی کسیرا که در زمان وصیّت فاقد صفات لازمه میباشد وصی قرار دهد وصیّت باطل است، اگر چه بعداً حائز آن گردد. بعضی دیگر از فقهاء امامیه بر آنند که وجود صفات لازمه در زمان فوت موصی برای صحت وصیّت کافی است، بنابراین چنانچه کسی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۸

در زمان وصایت دارای اهلیت نباشد به وصایت انتخاب شود، و قبل از وفات موصی آن صفت را بدست آورد وصیّت صحیح است، زیرا مقصود از وصایت تصرف وصی پس از فوت موصی میباشد که در آن زمان اهلیت حاصل است، و وصی قبل از فوت موصی عملی انجام نمیدهد تا احتیاجی بصفات مزبور داشته باشد. و برخی از فقهای امامیه بر آنند که صفات لازمه برای وصی باید از زمان وصیّت تا زمان وفات موصی موجود باشد و برخی دیگر آن را از زمان وقوع وصیّت تا زمانی که دوران وصیّت ادامه دارد لازم

میدانند. برای اتخاذ نظر محتاج بتحلیل عقلی و دانستن درجه تأثیر صفات متعاقدین در عقد است، زیرا صفات لازمه در هر عقدی دو قسمند: قسمی از صفات که برای انعقاد عقد لازم میباشند و بدون آن صفات عقد منعقد نمیگردد، و زوال اینگونه صفات پس از عقد خللی بصحت آن وارد نمیآورد مانند: بلوغ، عقل و رشد که از شرایط عمومی بشمار میروند، وجود اینگونه شرائط در زمان عقد برای صحت آن کافی میباشد، و مقتضای عقد بوجود می‌آید. اما ادامه این شرایط برای بقاء آن مقتضاء لازم نمیباشد، مگر اینکه قانون تصریح بلزوم ادامهٔ آن در موارد معینه بنماید، چنانکه مادهٔ «۹۵۴» ق. م در عقود جایزه میگوید: «کلیه عقود جایزه بموت و (جنون) احد طرفین منفسخ میشود و همچنین بسفه در مواردی که رشد معتبر است».

قسم دیگر از صفات هستند که از شرائط عمومی صحت عقد نمیباشند و ربط با وضعیت عقدی دارد که آن صفات از شرائط وجود و بقاء مقتضاء عقد قرار داده شده است، مانند اسلامیّت زوج در نکاح با زوجهٔ مسلمه مذکور در مادهٔ «۱۰۵۹» ق. م که میگوید:

«نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست» و در حکم آنست صفاتی که در شخص طرف مورد نظر است هرگاه آن صفات علت عمده پیدایش عقد یا آن صفات علت عمده پیدایش و بقاء عقد باشد: مانند صفت خاصی که واقف در متولّی شرط قرار داده است چنانکه مادهٔ «۸۰» ق. م میگوید: «اگر واقف وصف مخصوصی را در شخص متولّی شرط کرده باشد و متولّی فاقد آن وصف گردد منعزل میشود».

وصیّت عهدی اگر چه ایقاع است ولی مانند ایقاعات دیگر از قبیل ابراء،

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۲۹

اعراض، فسخ، طلاق، رجوع در طلاق و رجوع در هبه نیست که مقتضای آن آنی میباشد، بلکه مقتضاء آن مانند وکالت، تولیت و قیمومت ادامه دارد.

این است که بنابر تحلیل عقلی که در بالا بعمل آمد عده گفته‌اند صفات لازمه که از شرایط عمومی بشمار میرود باید در زمان وصیّت موصی موجود باشد تا وصایت صحیحاً منعقد گردد و صفات دستهٔ دوم که از شرائط وجود و بقاء مقتضاء وصایت قرار داده شده است، باید از زمان فوت موصی ببعد موجود باشد.

بنظر میرسد که برای صحت وصیّت کافی است که موصی صفات لازمه دستهٔ اوّل را در زمان فوت موصی دارا باشد، زیرا از نظر تحلیلی در وصیّت عهدی که ایقاع است اراده وصی تأثیری ندارد و در زمان حیات موصی هم سمتی را بدست نمیآورد.

بلکه در زمان فوت موصی است که بسمت وصایت منصوب میشود. بنابراین در آن زمانست که باید دارای شرائط لازم باشد.

موصی میتواند صفت خاصی را که مورد نظر او میباشد در وصی شرط نماید، چنانکه کسی در وصیّت‌نامه خود بنویسد که چون فلان شخص دارای تابعیّت فلان کشور است و دارائی موصی علیهم که ادارهٔ آن را او عهده‌دار میگردد در آن کشور میباشد، فلان را بسمت وصایت بر صغار خود معیّن نمودم تا رسیدگی و ادارهٔ اموال آنها را بکند. در این صورت بنابر مستنبط از مادهٔ «۸۰» ق. م. که میگوید: «اگر واقف وصف مخصوصی را در شخص متولّی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف گردد منعزل میشود» چنانچه وصی تابعیّت خود را تغییر دهد اگر چه تابعیّت دولتی را که موصی یا موصی علیهم دارند بپذیرد، از سمت وصایت منعزل میشود. زیرا تابعیّت کشور مخصوصی در وصی، مورد نظر اساسی موصی بوده است. همچنین است هرگاه موصی در وصیّت نامهٔ خود قید کند که چون فلان کس ساکن در فلان شهر است و ثلث من در آن محل میباشد و او میتواند بآن رسیدگی لازم را بنماید او را وصی خود قرار دادم، در این صورت هرگاه وصی محل سکونت خود را تغیر داد و از شهر مزبور بشهر دیگر رفت یا از کشور خود مهاجرت نمود، سمت وصایت از او زایل میگردد، زیرا

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۰

از عبارت وصیّت موصی معلوم میشود که سکونت وصی در محل وقوع ثلث، مورد نظر اساسی موصی میباشد. در صورتی که وصی

منفرد فوت نماید، حاکم کسیرا انتخاب مینماید که امور وصایت را عهده‌دار گردد.
مادهٔ «۸۵۹» ق. م میگوید: «وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و منعزل است» منظور از رفتار نکردن بر طبق وصایای موصی خیانت در امر وصایت میباشد و الا هرگاه بدون توجه عمل ننماید و یا اشتباه کند وصایتش زایل نمیگردد ولی ضامن خواهد بود و چنانچه وصی منعزل شد حاکم وصی دیگری بجای او معین خواهد نمود.
در صورتی که وصی مجنون شود و یا بعلّت دیگری نتواند بامور وصایت رسیدگی نماید وصایت او زایل نمیشود و بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۱۸۷» ق. م حاکم یک نفر امین معین مینماید که موقتاً امور مربوطه را انجام دهد و پس از رفع جنون از وصی، خود او تصدی خواهد نمود. مادهٔ «۱۱۸۷» ق. م. «هرگاه ولی قهری منحصر، بواسطهٔ غیبت یا حبس یا بهر علتی که نتواند بامور مولّی علیه رسیدگی کند و کسی را هم از طرف خود معین نکرده باشد حاکم یک نفر امین به پیشنهاد مدعی العموم برای تصدی ادارهٔ اموال مولّی علیه و سایر امور راجعهٔ باو موقتاً معین خواهد کرد». عده‌ای از فقهای امامیه بر آنند که در صورت جنون، وصی از وصایت منعزل میشود. ولی استنباط حکم مزبور از نظر حقوق مدنی بدین نحو دور از اصول حقوقی و روش قضائی میباشد. وصی که از طرف ولی برای طفل یا مجنون یا سفیه معین میشود، باید مولّی علیه را نگاهداری و اموال او را اداره نماید. طبق مادهٔ «۱۱۹۱» ق. م: «اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری به نگاهداری یا تربیت مولّی علیه و یا ادارهٔ امور او اقدام نکند، یا امتناع از انجام وظایف خود نماید منعزل میشود». و حاکم در نبودن وصی دیگری که بتواند بالانفراد عمل بر وصایت کند، شخص دیگری را بجای او منصوب خواهد نمود تا وظایف او را انجام دهد.

۲- تعدد اوصیاء-

طبق مادهٔ «۸۵۴» ق. م: «موصی میتواند یک یا چند

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۱

نفر وصی معین نماید. در صورت تعدد اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیّت کنند، مگر در صورت تصریح باستقلال هر یک». موصی چنانکه میتواند برای انجام امور وصایت یک نفر را انتخاب نماید، میتواند دو نفر یا بیشتر را برای این امر معین کند. در این صورت چنانچه تصریح بنحوهٔ مداخلهٔ آنان در امور وصایت ننماید، ظاهر آنست که تمامی اوصیاء باید مجتمعاً انجام وظیفه کنند، و مانند آن خواهد بود که موصی تصریح باین امر کرده است، یعنی باید هر یک از اعمال مربوطه بامور وصایت با موافقت تمامی اوصیاء و بوسیلهٔ آنان انجام گردد. چنانچه موصی بخواهد که هر یک از اوصیاء بتواند مستقلًا امور مربوطه به وصیّت را انجام دهد، باید تصریح باین امر کند، در این صورت هر یک که آن را انجام دهد عمل صحیح میباشد و دیگران حق هیچگونه اعتراض باو ندارند.

۳- وظایف اوصیاء متعدد

الف- اوصیاء متعددی که هر یک میتواند مستقلًا امور وصایت را انجام دهد:

۱- در صورتی که اوصیاء دو نفر یا بیشتر باشند

و موصی تصریح کند که هر یک از آن میتواند بانفراد، امور مربوطهٔ به وصایت را انجام بدهد، چنانچه یکی از آنان عملی را انجام داد موردی برای انجام مجدد آن عمل بوسیلهٔ دیگری باقی نمیماند. مثلًا هرگاه یکی از اوصیاء ملک مولّی علیه را بمبلغی اجاره دهد و سپس وصی دیگر همان ملک را بمبلغ بیشتری بدیگری باجاره واگذار کند، عمل وصی اول صحیح میباشد و اجاره دوم باطل است، زیرا وصی اول در حدود اختیارات خود عمل بوصایت نموده و موضوعی برای عمل وصی دوم باقی نمیگذارد و زیادتی در

اجاره دوم موجب بطلان عمل وصی اول نمیگردد، مگر آنکه رعایت غبطهٔ مولّی علیه را در اجاره ننموده باشد که در این صورت اجاره خارج از حدود اختیار او بوده و باطل شناخته میشود.

۲– در صورتی که موصی دو نفر یا بیشتر را بطور استقلال وصی در امری قرار دهد و یکی از آنان فوت نماید،

نظر بوحدت ملاک مادهٔ «۷۷» ق. م که میگوید:

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۲

«هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر بطور استقلال تولیت قرار داده باشد، هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلًا تصرف میکنند ...» وصی و یا اوصیاء دیگر همچنانکه مستقلًا عمل مینمودند، پس از فوت انجام وظیفه خواهند نمود، زیرا در زمانی که وصی متوفی در قید حیات میبود، اوصیای دیگر میتوانستند هر یک مستقلًا عمل بوصایت نمایند. همچنین هرگاه وصف خاصی که برای اوصیاء قرار داده شده در یکی از آنان زایل گردد و یا وصی مزبور بجهتی از جهات منعزل شود، وصی یا اوصیای دیگر امور مربوطه بوصیت را مستقلًا انجام خواهند داد و احتیاجی بنصب وصی دیگری بجای وصی منعزل نخواهد بود.

۳– در صورتی که چند نفر وصی معین شود که هر یک مستقلًا عمل بوصایت کند آنان میتوانند مجتمعاً امور مربوطهٔ بوصایت را انجام دهند،

زیرا نتیجهٔ این امر آنست که عمل وصایت بوسیلهٔ هر یک از افراد اوصیاء انجام شده است، علاوه بر آنکه عمل هر یک را دیگران تأیید نمودهاند. بنابراین شرط استقلال و انفراد در هر یک از اوصیاء در انجام عمل در حقیقت اجازه و رخصت بانجام عمل بطور انفراد میباشد و تضییق در اختیارات وصی نیست. این امر در صورتیست که نظر اوصیاء مجتمعاً مخالف با نظر یک یک آنان بطور انفراد نباشد که برای رعایت افکار یکدیگر آن را اتخاذ نمودهاند و الا عمل آنان بر خلاف نظر موصی و باطل است. در صورتی که اجتماع اوصیاء در انجام امور وصایت بر خلاف نظر هر یک بطور انفراد نباشد، ولی شور و مذاکرهٔ آنان با یکدیگر موجب بطوء جریان امر گردد، بر خلاف منظور موصی رفتار شده و عمل صحیح میباشد، زیرا نتیجهٔ منظور حاصل شده است.

در صورتی که موصی اجتماع اوصیاء را در انجام امر وصایت منع نموده باشد و آنان مجتمعاً عملی را انجام دهند، بعضی از فقهای امامیه بر آنند که عمل حقوقی مزبور باطل و بلا ـ اثر خواهد بود. بنظر میرسد که موجبی برای بطلان عمل آنان نیست حتی در صورتی که اجتماع آنان سبب بطوء جریان امر گردد، زیرا منظور اصلی موصی که انجام عمل است بدین ترتیب تأمین شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۳

۴– در صورتی که موصی استقلال در عمل را برای هر یک از اوصیاء شرط کند، آنان نمیتوانند امور وصایت را بین خود تقسیم نمایند

و ادارهٔ امور بعضی را بیکی و بقیه را بدیگری واگذار کنند، بطوری که هیچیک حق تصرف در امور مربوطه بدیگری را نداشته باشد، زیرا نتیجهٔ این امر ممنوع المداخله نمودن بعضی از اوصیاء در قسمتی از امور وصایت میباشد و آن بر خلاف منظور موصی بطور کلی خواهد بود، ولی عمل آنان نتیجهٔ صحیح است، زیرا منظور اصلی موصی در آن امر انجام یافته و تأمین شده است. هرگاه منظور اوصیاء از تقسیم امور وصایت بین خود سلب ولایت بعضی از آنها نسبت ببرخی از امور نباشد و ضرری هم در نتیجهٔ این امر متوجه امور وصایت نگردد، تقسیم کار اشکالی نخواهد داشت و هر یک میتواند در اموری که بدیگران اختصاص داده شده مداخله و اقدام نماید.

ب– اوصیاء متعددی که مجتمعاً باید امور وصایت را انجام دهند.

۱- در صورتی که موصی دو یا چند نفر را در انجام امر یا اموری وصی قرار دهد که مجتمعاً عمل به وصایت کنند،

هیچ‌یک از آنان نمیتواند عملی را بتنهائی انجام دهد.
چنانچه بعضی از اوصیاء بدون جلب موافقت دیگران عملی را انجام دهد، آن عمل نافذ نیست و فضولی میباشد. در صورتی که دیگران آن را اجازه ندهند فاعل مسئول هر خسارتی خواهد بود که نسبت بمورد وصایت وارد آید (مستنبط از ذیل مادهٔ «۷۷» ق. م در مورد متولی وقف که میگوید: «... و اگر بنحو اجتماع قرار داده باشد تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست ...») زیرا منظور موصی از اجتماع اوصیاء در امر وصایت، انجام عمل پس از شور و مذاکره و اخذ تصمیم مشترک میباشد. بنابراین چنانچه اوصیای دیگر عمل فضولی را اجازه دهند عمل وصی متخلف تنفیذ میگردد.

۲- در صورتی که موصی چند نفر را وصی قرار دهد که بطور اجتماع عمل بوصایت نمایند و یکی از آنان فوت کند،

بنابر مستنبط از ذیل مادهٔ «۷۷» ق. م در مورد متولّی وقف، حاکم شخصی را ضمیمه آنکه باقی مانده مینماید که مجتمعاً با وصی
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۴
یا اوصیای دیگر بانجام امر وصایت اقدام کنند. همچنین است هرگاه یکی از اوصیاء صفتی را که موصی شرط نموده فاقد گردد.

۳- در صورتی که یک یا چند نفر از اوصیائی که باید مجتمعاً امور وصایت را انجام دهند بواسطهٔ غیبت یا حبس یا بهر علّتی نتواند امور وصایت را انجام دهد

و یا در اثر ضعف و ناتوانی از عهدهٔ اعمالی که در امر وصایت بعهدهٔ او محول شده است برنیاید، حاکم بجای هر یک از آنان کسیرا معین میکند که بکمک دیگران اقدام بانجام امر وصایت بنماید. عدم قدرت بر انجام وصایت در اثر ناتوانی و عجز وصی موجب زوال سمت وصایت از او نمیگردد و ضمیمه نمودن شخص یا اشخاص دیگر بوسیلهٔ حاکم از نظر رعایت انجام امور مربوطه بوصایت است، بدین جهت پس از برطرف شدن عجز و ناتوانی وصی، سمت کسی که ضمیمه شده خاتمه پیدا مینماید و از طرف حاکم عزل او اعلام میگردد، زیرا با رفع موجب تعیین ضمیمه، وضعیّت امر بحالت اولیه خود عودت مینماید. (مستنبط از مادهٔ «۱۱۸۷» ق. م چنانکه عبارت [موقتاً] حکایت میکند) ماده «۱۱۸۷» ق. م: «هرگاه ولی قهری منحصر، بواسطهٔ غیبت یا حبس بهر علّتی که نتواند بامور مولّی علیه رسیدگی کند و کسیرا هم از طرف خود معین نکرده باشد حاکم یک نفر امین بپیشنهاد مدعی العموم برای تصدی و ادارهٔ اموال مولّی علیه و سایر امور راجعه باو موقتاً معین خواهد کرد». در این امر فرقی نمینماید که وصی در زمان وصیّت عاجز و ناتوان باشد، یا بعدا در اثر کهولت یا بیماری یا وضعیت اجتماعی عجز و ناتوانی برای او پیدا شود. عده‌ای از فقهای امامیه بر آنند که چنانچه وصی مجنون گردد، سمت وصایت از او زایل میشود و پس از آنکه افاقه یافت سمت او عودت نمینماید، زیرا پس از زوال سمت وصایت، موجبی برای عودت آن نیست.
از نظر قانون مدنی میتوان از مادهٔ بالا استنباط نمود که چنانچه وصی مجنون شود مانند آنست که نتواند از عهده انجام امور وصایت برآید، حاکم یک نفر امین تعیین مینماید که امور وصایت را عهده‌دار شود و استنباط انعزال او از نظر قانون مدنی
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۵
مشکل بنظر میرسد مخصوصاً آنکه جنونش پس از مدت کوتاهی زائل گردد.

۳- وصایت بطور ترتیب

طبق مادهٔ «۸۵۵» ق. م: «موصی میتواند چند نفر را بنحو ترتیب وصی معین کند، باین طریق که اگر اولی فوت کرد دومی وصی باشد

و اگر دومی فوت کرد سومی باشـد و هکـذا» در فرض مزبور اوصـیاء چنـد نفر بطور ترتیب میباشـند که یکی پس از دیگری سـمت وصـایت را دارا میگردد، در این صورت چنانچه اولی بمیرد دومی وصـی خواهـد بود، همچنانکه هرگاه اولی مبتلا بجنون گردد و یا خیانت کند دوران وصایت وصی بعدی شروع میشود و او انجام امور وصایت را تصدی خواهد نمود.
بنظر میرسـد که مورد منعزل بودن وصـی و عـدم قدرت او بر انجام عمل اگر چه در ماده بالا تصـریح نشده است، ولی میتوان از نظر وحـدت ملاـک و قیـاس بر علّت مسـتنبطه بر آن بود که غرض موصـی از وصـایت بترتیب آنست که هر یـک از اوصـیای مقـدم که سمتش بنحوی از انحاء زایـل گردد و یـا قـدرت انجام عمل از او سـلب بشود، وصـی دیگر جانشـین او خواهـد بود و مادهٔ بالا مورد غالب را که فوت وصی مقدم باشد ذکر نموده است.

۴- وصایت بانتخاب وصی-

موصی میتواند بکسی که بسمت وصایت معین مینماید اختیار تعیین وصی بعد از فوت خود را بدهد. مادهٔ «۱۱۹۰» ق. م میگوید: «ممکن است پـدر یا جدّ پـدری بکسـی که بسـمت وصایت معین کرده اختیار تعیین وصـی بعد فوت خود را برای مولّی علیه بدهد» بنابراین نه فقط موصی میتواند ادارهٔ امور مولّی علیه و یا ثلث خود را بکسی واگذارد، بلکه میتواند به وصی مزبور اختیار تعیین وصی برای پس از فوت خود نیز بدهـد. مادهٔ بالا اگر چه در مورد وصایت بر مولّی علیه است ولی میتوان از نظر وحدت ملاك در وصایت بر اموال نیز این عمـل را روا دانست. همچنانی که میتوان از نظر وحـدت ملاك بر آن بود که موصـی میتوانـد انتخاب وصـی بعـد از فوت وصی منصوب را بغیر از کسی که بسمت وصایت معیّن شده است بدهد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۶

۵- اختیارات و تکالیف وصی-

قوانین موجودهٔ کنونی برای هیچ‌یک از مقامات رسـمی حق نظارت در اعمال وصی قرار نداده است، بنابراین وصی باید هر عملی را که موصـی بعهـدهٔ او گذارده طبق وصـیّت‌نامه عمل نماید. چنانچه وصـی طبق وصـیّت رفتار نکند، بموجب مادهٔ «۸۵۹» ق. م. منعزل میشود و بنابر قاعدهٔ تسبیب ضامن کلیه خساراتی خواهد بود که از عدم انجام آن امور متوجه شده است و حاکم بجای وصـی منعزل دیگری را منصوب مینماید تا امور مربوطه را انجام دهد. شـخص منصوب از طرف حاکم، وصـی شناخته میشود و قابل تغییر و تبدیل نخواهد بود، مگر آنکه خیانت او ثابت شود. ماده «۱۱۹۱» ق. م منعزل بودن وصـی را تأکید نموده و میگوید: «اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری به نگاهـداری یا تربیت مولّی علیه و یا ادارهٔ امور او اقـدام نکنـد یا امتناع از انجام وظایف خود نماید منعزل میشود» بنابراین چنانچه موصـی مقرر داشـته باشد که املاک مزروعی مورد وصیّت باجاره واگذار شود و عایدات آن دریافت و صرف امور معینه گردد و وصـی آن را اجاره ندهـد و معطل گـذارد، از وصایت منعزل و هر کسـر و نقصانی که در عایـدات و محصول آن پیدا شود ضامن است.
بعضی از فقهای امامیّه بر آنند که در مورد خیانت وصی، حاکم پس از رسیدگی او را عزل مینماید و بخودی خود منعزل نمیشود.

۶- وصی نمیتواند وصایت را بدیگری تفویض کند-

منظور از تفویض واگـذاری حق و تکلیف خود بـدیگری است. وصـی نمیتوانـد وصـایت را بـدیگری تفویض نمایـد، یعنی حقوق و تکـالیفی که در اثر وصـایت برای او معین شـده است از خود سـلب کنـد و بـدیگری واگـذارد، زیرا وصـایت ماننـد تولیت و ولایت منصب است که با ملاحظهٔ خصوصـیات بشخص معین از طرف موصی داده شده و منظور انجام امور مربوطه بوصایت بتنهائی نیست،

مگر اینکه موصی صریحاً حق تفویض وصایت را باو داده باشد که نتیجهٔ مانند آنست که موصی اختیار داده باشد بوصی که هر زمان بخواهد بتواند وصی دیگری معین و خود برکنار شود.
وصی میتواند برای انجام امور مربوطه بوصایت وکیل و نماینده تعیین کند که
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۷
بنام او آن اعمال را انجام دهد. چنانکه گذشت هر امری را که شخص میتواند انجام دهد، هرگاه قانون مباشرت او را در انجام آن لازم ندانسته باشد، میتوان بوسیلهٔ دیگری انجام داد، زیرا معلوم میشود در اینگونه امور منظور غائی انجام عمل بطور صحیح میباشد، بدون آنکه خصوصیّت فاعل در نظر گرفته شده باشد. بنابراین در صورتی که وصایت مطلق باشد، وصی میتواند دیگری را در انجام امور مربوطه وکیل و یا وکیل در توکیل غیر بنماید. ولی هرگاه موصی تصریح بعدم تعیین وکیل و یا قید مباشرت وصی در انجام عمل نموده باشد و یا آنکه قرائن خارجی دلالت بر آن امر بنماید، در این صورت وکالت باطل بوده و اعمال حقوقی او از قبیل معاملات و ایقاعات صحیح نمیباشد و فضولی شناخته میشود، ولی اعمال دیگر او بمسئولیّت وصی صحیح خواهد بود و چنانچه خسارتی متوجه امر وصایت گردد وصی و نمایندهٔ او متضامناً مسئول میباشند، وکیل از نظر آنکه مسبب مستقیم خسارت بوده، و وصی از نظر آنکه انجام امر را بعهده دیگری گذارده است تقصیر نموده و سبب غیر مستقیم میباشد.
قانون مدنی تصریح بفرض بالا ننموده است ولی بسهولت میتوان آن را از وحدت ملاک مادهٔ «۸۳» ق م استنباط نمود. مادهٔ «۸۳» ق. م: «متولّی نمیتواند تولیت را بدیگری تفویض کند مگر اینکه واقف در ضمن وقف باو اذن داده باشد ولی اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد میتواند وکیل بگیرد».

۷- وصی نسبت باموالی که در اختیار دارد امین میباشد

طبق مادهٔ «۸۵۸» ق. م: «وصی نسبت باموالی که بر حسب وصیّت در ید او میباشد حکم امین را دارد و ضامن نمیشود مگر در صورت تعدی یا تفریط». چنانکه در مادهٔ «۶۳۱» ق. م تصریح شده، هر کس را قانون بیکی از عناوین معینه امین مال غیر بشناسد، ضامن تلف و نقصان آن نمیباشد، مگر آنکه از تعدی یا تفریط او متوجه شده باشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۸

مبحث سوم- اقسام وصایت

اشاره

وصایت بر دو قسم است: وصایت بر اشخاص، وصایت بر اموال.

قسم اول- وصایت بر اشخاص.

اشاره

وصایت بر اشخاص نمایندگی دادن ولی است بدیگری که پس از فوت او مولّی علیه را تربیت و نگاهداری کند و اموال او را اداره نماید.
پدر و جدّ پدری بموجب مادهٔ «۱۱۸۰» ق. م. ولایت قهری بر طفل صغیر خود دارند. همچنین است نسبت بطفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل بصغر باشد. پدر و جد پدری در یک ردیف دارای حق ولایت هستند و هر دو

بالاستقلال و بالانفراد عمل به ولایت مینمایند. در صورتی که اختلاف بین آنان پیدا شود فقهاء امامیه بر آنند که جد پدری مقدم بر پدر خواهد بود، زیرا جد پدری زمانی ولایت بر پدر داشته است. پدر و جد پدری مادام که در قید حیات هستند نگاهداری مولّی علیه و ادارهٔ اموال او را عهده‌دار میباشند.

بموجب مادهٔ «۱۱۸۸» ق. م: «هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری میتواند برای اولاد خود که تحت ولایت او میباشند وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید». بنا بر این ولی قهری میتواند وظایف ولایت خود را برای پس از فوت دیگری بعهدهٔ وصی بگذارد و مادام که مولّی علیه تحت ولایت است وصایت وصی ادامه خواهد داشت و چون از محجوریت خارج گردد وصایت خاتمه میپذیرد.

طبق مادهٔ «۱۱۹۴» ق. م: «پدر و جدّ پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص طفل نامیده میشود».

طبق مادهٔ «۸۶۰» ق. م: «غیر از پدر و جد پدری کس دیگر حق ندارد بر صغیر، وصی معیّن کند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۳۹

مادر ولایت بر صغیر ندارد و بدین جهت نمیتواند وصی برای او معیّن کند. بین فقهای امامیّه اختلافی نیست که مادر ولایت بر صغیر ندارد، مگر از طرف اسکافی که او مادر را در صورتی که دارای رشد باشد پس از فوت پدر ولی صغیر میداند. علاوه بر آنکه دلیلی بر قول مزبور دیده نمیشود، ادله موجوده و اخبار، خلاف آن را میرساند.

قانون مدنی هم به پیروی از قول مشهور مادر را ولی نشناخته است و بدین جهت بنا بر مستنبط از مادهٔ «۸۶۰» ق. م مادر نمیتواند کسیرا وصی قرار دهد. بنابراین چنانچه مادر مالی را برای صغیر خود وصیّت کند و کسیرا برای ادارهٔ آن بگمارد صحیح نخواهد بود، زیرا در اثر وصیّت، مال بملکیّت موصی له (صغیر) در می‌آید و ادارهٔ آن بعهدهٔ ولی یا کسی که بسمت وصایت از طرف ولی معین شده قرار میگیرد. مثلًا در صورتی که مادر نسبت بثلث دارائی خود، وصیّت بنماید و مصارفی را تعیین و مقداری از آن دارائی را برای صغیر خود اختصاص دهد و کسیرا هم برای ادارهٔ آن بگمارد، وصیّت مادر نسبت بثلث دارائی صحیح میباشد. اما نسبت باداره ثلث، باستثناء آنچه مربوط بسهم صغیر میباشد نیز صحیح است و نسبت بادارهٔ سهم صغیر باطل میباشد خواه مادر آن امور را بوسیلهٔ وصایای متعدده و جداگانه قرار داده باشد یا بوسیلهٔ یک وصیّت، زیرا ایقاع مانند عقد باعتبار تعدد مورد قابل انحلال بایقاعات متعدده میباشد و ممکن است بجهتی از جهات بعضی از آنها باطل و بقیّهٔ صحیح باشد. مادر میتواند ثلث خود را بکسی وصیّت بنماید که آن را اداره نموده و عایدات آن را جمع‌آوری کند و پس از یک یا چند سال یا پس از بلوغ صغیر، آن را باو تملیک نماید، در این صورت قبل از مالکیّت صغیر ولی قهری نمیتواند بعنوان ولایت در آن مال تصرفی بنماید، زیرا ثلث مزبور ملک صغیر نمیباشد، اگر چه بنحوی از انحاء متعلّق حق او قرار گرفته است و این نحوه از حق موجب آن نمیشود که ولی قهری بتواند در آن تصرف کند. همچنین است هرگاه مادر مالی را بکسی وصیّت کند که عایدات آن را جمع‌آوری نموده و بمصرف صغیرش برساند، زیرا مال مزبور بملکیت صغیر در نمیآید تا ادارهٔ امور آن را ولی صغیر بتواند عهده‌دار بشود. این امر مانند آنست که

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۰

کسی مالی را وقف کند و برای ادارهٔ موقوفه متولّی قرار دهد که موقوفه را اداره کند و عایدات آن را جمع‌آوری نموده بمصرف تحصیل و تربیت صغیرش برساند، در این صورت عایدات موقوفه بوسیلهٔ متولّی مزبور جمع‌آوری شده و بطریقی که ولی یا قیم صلاح میداند بمصرف تربیت و تحصیل صغیر میرسد، مثلا هرگاه ولی میخواهد که صغیر در آلمان تحصیل بنماید، متولّی یا وصی بر اموال، مصارف او را میپردازد، اگر چه عقیدهٔ اینان بر آن باشد که صغیر باید بعلوم قدیمه اشتغال ورزد، زیرا حق تعلیم و تربیت از آن ولی است.

بموجب مادهٔ «۱۱۸۹» ق. م: «هیچ‌یک از پدر و جد پدری نمیتواند با حیات دیگری برای مولّی علیه خود وصی معین کند» بنابراین فقط هر یک از پدر وجد پدری که پس از فوت دیگری در قید حیات است، میتواند وصی برای مولّی علیه خود نصب کند. شرکت پدر و حد پدری در ولایت با یکدیگر موجب میشود که یکی از آن دو نتواند در زمان حیات دیگری برای پس از فوت خود وصی قرار دهد تا در ردیف ولی دیگر امور مولّی علیه را تصدی نماید، زیرا وصی نمایندهٔ ولی میباشد که در صورت فوت ولی انجام وظیفه بنماید و با بودن ولی دیگر که اصیل است زمینه برای عمل نماینده بوجود نمیآید.

در این امر مخالفی بین علمای امامیّه دیده نشده و اجماع بر آنست و علاوه بر اصل عدم جواز نصب وصی، اخبار مربوطه دلالت دارد که مادام پدر و جد پدری موجود هستند آنها بر طفل ولایت دارند و چنانچه یکی فوت کند ولایت منحصراً با دیگری است، بدون آنکه وصی تعیین شده از طرف ولی متوفی بتواند با او همکاری بنماید. آنچه مورد اختلاف بین فقهاء قرار گرفته آنست که هرگاه یکی از پدر و جد پدری در زمان حیات دیگری، وصی برای مولّی علیه خود قرار دهد، آیا وصایت اصلًا باطل و مانند آنست که وصی قرار داده نشده است، یا آنکه وصایت وصی صحیح است و در مدت حیات ولی دیگر، حق مداخله ندارد و پس از فوت او وصی مزبور میتواند بسمت وصایت، ولایت بر طفل داشته باشد، یا آنکه وصیّت ولی نسبت بادای

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۱

دیون صغیر صحیح است، زیرا ولی میتواند دیون طفل را از مال او ادا کند، بنابراین میتواند دیگری را برای انجام آن برگزیند و وصایت نسبت بولایت بر طفل باطل است؟

آنچه از ماده «۱۱۸۹» ق. م استظهار میشود قول اول مورد پیروی قانون مدنی قرار گرفته است و انتصاب وصی از طرف پدر یا جد پدری در حیات دیگری برای مولّی علیه مطلقاً باطل و بلا اثر میباشد. بنابراین پدر یا جد پدری همچنانکه نمیتواند برای پس از فوت خود وصی معین کند که در ردیف ولی دیگر در دارائی طفل مداخله کند، نیز نمیتواند در حیات دیگری وصی معین کند که پس از فوت هر دوی آنها ولایت بر طفل داشته باشد. بطلان وصایت از جهت تعلیق در عقد نمیباشد، زیرا علاوه بر آنکه تعلیق در عقود موجب بطلان نمیگردد، مگر قانون تصریح بآن نماید، طبیعت عقد وصیّت معلّق است. بنظر میرسد چنانچه از ظاهر ماده صرفنظر شود با عدالت و نصفت حقوقی سزاوارتر است که از قول دوم پیروی گردد و گفته شود که پدر یا جد پدری در حیات یکدیگر بتواند وصی برای مولّی علیه نسبت بزمان پس از فوت دیگری معین نماید، که چون هر دو فوت کنند دوران فعالیّت وصی شروع گردد.

و هرگاه بطور مطلق وصی تعیین کنند، وصیّت نسبت بزمان حیات ولی دیگر باطل و پس از فوت او صحیح باشد، امّا ولی دیگر میتواند پس از فوت موصی وصیّت مزبور را بلا اثر گرداند، چنانچه خود موصی میتوانست از آن رجوع کند و میتواند آن را تنفیذ نماید. در صورتی که آن را بلا اثر ننمود و یا وصیّت دیگری بر خلاف آن نکرد، وصیّت اولی بقوّهٔ خود باقی خواهد بود.

طبق مادهٔ «۱۱۸۲» ق. م: «هرگاه طفل هم پدر و هم جد پدری داشته باشد و یکی از آنها محجور یا بعلّتی ممنوع از تصرف در أموال مولّی علیه گردد، ولایت قانونی او ساقط میشود». در این صورت ولی دیگر در حیات ولی ممنوع التصرف میتواند برای مولّی علیه خود وصی معین کند، زیرا آنچه مانع از تعیین وصی از طرف ولی در زمان حیات ولی دیگر بوده، وجود سمت ولایت دیگری میباشد و آن ساقط

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۲

شده است و وجود پدر یا جدّ پدری بدون داشتن سمت ولایت نمیتواند مانع از وصایت گردد.

طبق مادهٔ «۱۱۹۰» ق. م: «ممکن است پدر یا جدّ پدری بکسی که بسمت وصایت معین کرده، اختیار تعیین وصی بعد فوت خود را برای مولّی علیه بدهد».

زیرا ولی خود، دارای این اختیار میباشد و میتواند آن را بوصی واگذار کند، همچنانی که موصی میتواند بوصی مزبور اختیار بدهد

که با تعیین وصـی دوم باو نیز اختیار بدهد که برای پس از فوت خود وصی سوم اختیار نماید و بالأخره موصی میتواند بهر کسی که از طرف او در سلسلهٔ مراتب بعنوان وصی تعیین میگردد یا شخص ثالث اختیار دهد که وصی برای بعد از فوت وصی انتخاب کند.
پـدر یا جد پدری نمیتواند بر اولاد کبار عاقل و رشـید خود که بر آنها ولایت ندارد وصـی معین کند، زیرا آنان در زمان حیات خود بر اولاد کبار حق ولایت ندارنـد تا بتواننـد آن را بـدیگری واگذار نمایند، بنابراین پدر و جدّ پدری نمیتواند نسـبت بدارائی خود که بارث بآنها میرسد، وصـی تعیین کنند، زیرا ورثه کبار مالك سـهم خود هسـتند و طبق مادهٔ «۳۰» ق. م: «هر مالکی نسـبت بما یملك خود حق همه گونه تصـرف و انتفـاع دارد، مگر در مواردی که قـانون اسـتثناء کرده باشـد» و اسـتثنائی هم از طرف قانون در این امر دیده نمیشود. این است که کسی نمیتواند وصیّت کند که ورثهٔ کبار من نمیتوانند ترکه را تا بیست سال تقسیم نمایند و یا حق فروش سهم الارث خود را تا مـدت ده سال ندارنـد، زیرا سـهم الارث قهراً بورثه منتقل میشود و ارادهٔ مورّث تأثیری در نحوهٔ انتقال ندارد و این گونه مداخله از طرف پدر یا جدّ پدری تجاوز بحدود حقوق دیگران است.
در صورتی که طفـل، ولی و وصـی نداشـته باشـد، امور مربوطـهٔ باو بنظر دادگاه است که طبق مقررات مربوط بتعیین قیّم مـذکور در قانون مدنی و قانون امور حسبی برای طفل قیّم معین مینماید.

وصایت بر اشخاص بر دو قسم است: نگاهداری و تربیت مولّی علیه. وصایت بر ادارهٔ اموال او.

الف– نگاهداری و تربیت مولی علیه–

نگاهداری مولّی علیه و تربیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۳

او عبارت است از تهیّهٔ منزل، لباس و خوراك برای او و چنانچه بیمار شود وصی باید وسائل مداوای او را فراهم کند و در آموزش و پرورش او مراقبت نمایـد. نگاهـداری و تربیت مولّی علیه بایـد بـا وضـعیت خانوادگی و مالی او وفق دهـد، بنابراین چنانچه وضـعیت خانوادگی مولّی علیه اقتضاء بنمایـد بتربیت مترقّی پرورش یابـد و در خارج کشور آموزش فراگیرد و دارائی او هم اقتضاء این امر را بنمایـد، وصـی نمیتواند مولّی علیه را در مضـیقه نگاهدارد و تربیت عادی بدهد، زیرا نگاهداری مولّی علیه در حدود عرف و عادتی است که نسبت بامثال مولّی علیه عمل میشود.
توضیـح– ولی در صورتی میتواند وصی برای نگاهداری و تربیت طفل خود معیّن کند که مادر نداشته باشد، زیرا چنانکه مادر داشته باشد طبق مادهٔ «۱۱۷۱» قـانون مـدنی: «در صورت فوت یکی از ابوین حضانت طفل با آنکه زنـده است خواهـد بود، هر چنـد متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد». ولی هرگاه مادر مجنون شود و یا صـحت جسـمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد حضانت طفل با پدر خواهد بود، در این صورت او میتواند برای نگاهداری طفل خود وصی معین کند مادهٔ «۱۱۷۵» ق. م.
حضانت عبارت از نگاهـداری و تربیت طفل میباشد که طبق مادهٔ «۱۱۶۹» ق. م تا دو سال مادر حق اولویت در نگاهـداری طفل خود دارد و پس از انقضاء این مدت حضانت با پدر است، مگر نسبت باطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود.
وصـی میتوانـد برای مجنون در صورتی که از نظر پزشـکی لازم باشـد ازدواج بنماید و همچنین میتواند زوجهٔ مجنون را چنانچه لازم باشـد طلاق دهـد، زیرا چنانکه مادهٔ «۱۱۳۷» ق. م. میگویـد: «ولی مجنـون دائمی میتوانـد در صـورت مصـلحت مولّی علیه، زن او را طلاق دهـد» و وصـی نماینـدهٔ ولی میباشـد و اختیارات او را دارا است، بنابراین دادگاه و دادسـتان هیـچ‌گونه مداخله در امور ولایت ندارند و وصی که بنمایندگی از طرف ولی انتخاب شده است مانند ولی میباشد و قانون حق نظارت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۴

در اعمـال او برای دادگـاه و دادسـتان قرار نـداده است، بر خلاف قیّم که طبق مادهٔ «۸۸» قانون امور حسبی: «در صورتی که پزشـک

ازدواج مجنون را لازم بداند، قیّم با اجازهٔ دادستان میتواند برای مجنون ازدواج نماید و هرگاه طلاق زوجهٔ مجنون لازم باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه قیّم طلاق میدهد».

ب – ادارهٔ اموال مولی علیه –

ولی میتواند در ادارهٔ أموال صغیر و مجنون و غیر رشیدی که جنون و عدم رشد آنها متصل بزمان صغر باشد وصیّت بنماید. وصایت بر ادارهٔ اموال محجور ممکن است محدود بامر مخصوصی باشد، در این صورت وصی در حدود وصایت عمل خواهد نمود و چنانچه وصیّت مطلق باشد وصی باید هر عملی که صرفه و غبطه مولّی علیه در آن است بجای آورد، از قبیل اجاره دادن، اخذ مال الاجاره، وصول مطالبات و پرداخت دیون. وصی باید نفقه مولّی علیه را بطور متعارف بدهد و آنچه برای زندگانی او از قبیل لباس، منزل و اثاثیه لازم باشد، با توجه بشئون خانوادگی و اجتماعی او در صورتی که وضعیت مالی اقتضا کند آماده نماید. همچنین وصی باید نفقه اقارب مولّی علیه را مانند ابوین و اولاد در صورتی که فقیر باشند که بموجب مادهٔ «۱۱۹۹» و «۱۲۰۰» ق. م بعهده آنها است بپردازد، زیرا انجام تکالیف مالی مولّی علیه بعهدهٔ وصی میباشد، همچنانکه پرداخت دیون او را عهده دار است.
وصی میتواند در صورتی که غبطه مولّی علیه ایجاب بنماید اموال او را بفروشد اگر چه غیر منقول باشد و اجازه دادستان در این امر لازم نخواهد بود، زیرا چنانکه گذشت وصی نمایندهٔ ولی میباشد و ولی در اعمال خود اجازهٔ دادستان را لازم نداشته است.

قسم دوم – وصایت بر اموال:

اشاره

موصی میتواند کسی را بسمت وصایت انتخاب نماید که پس از فوت او امر یا اموری را که مربوط باو میباشد انجام دهد. امور مزبور عبارت است از کفن و دفن و تجهیزات پس از مرگ، اداء دیون و صدقات، وصول مطالبات، رد نمودن اموالی که
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۵
نزد موصی امانت بوده بصاحبان آنها، اخراج ثلث، تقسیم ترکه بین ورثه، ادارهٔ ثلث از جمع‌آوری عایدات و یا فروش آنها و مصرف نمودن ثمن آن و یا خرید املاک دیگر، وقف نمودن ثلث و امثال آن.

۱– اموری که بوسیلهٔ وصیت بعهدهٔ وصی گذارده میشود عبارت میباشد:

الف – امور مربوط بثلث که موجب تصرف در سهام ورثه نشود،

مانند وصیّت نمودن مال معینی برای مصارف خاص یا جمع‌آوری عایدات ثلث مزبور و فروش و یا وقف نمودن آن. چنانکه از مواد مربوطه بوصیّت معلوم میگردد، هیچ‌گونه اشکالی در این گونه وصیّت موجود نیست، زیرا موصی نسبت بثلث دارائی خود، حق همه گونه تصرف را بوسیلهٔ وصیّت دارد و تزاحمی با حقوق دیگران نمینماید.

ب – اموری که موجب تصرف در سهم الارث ورثه میشود،

مانند تأدیه دیون از ترکه، وصول مطالبات، اخراج ثلث از ترکه و امثال آن. بعضی بر آنند که موصی میتواند این گونه تصرفات را در ترکه خود بنماید و آن تجاوز بد و ثلث از ترکه که متعلّق حق ورثه است محسوب نمیشود، زیرا حق موصی در ترکهٔ خود بیش از حق دیگران است و آنچه موصی ممنوع از آن است انتقال و واگذاری دو ثلث از ترکه بغیر میباشد. از نظر تحلیل عقلی صحت

اینگونه وصایت مشکل بنظر میرسد، زیرا بفوت موصی ترکه بطور مطلق بورثهٔ او منتقل میشود و قانون فقط بموصی حق تصرف در یک ثلث از آن را داده است، بدین جهت وصی که نمایندهٔ اوست. بدون اجازهٔ ورثه نمیتواند در دو ثلث دیگر که متعلّق بورثه است هیچ‌گونه تصرفی بنماید. بنابر استدلال مزبور اولویت حق تصرف موصی در ترکهٔ خود نسبت بسهام دیگران منتفی خواهد بود.
مادهٔ «۲۶۴» ق. امور حسبی: «در صورتی که متوفی وصی برای ادارهٔ اموال داشته باشد امر تصفیه بوصی واگذار میشود». و مادهٔ «۳۳۰» ق امور حسبی: «در صورتی که متوفی برای اجرای وصیّت خود وصی معین کرده باشد ادارهٔ ترکه بوصی واگذار میشود» صحت نظریه فوق را نمیرساند، زیرا دو مادهٔ بالا اجاره میدهد که ادارهٔ تصفیه بوصی واگذار شود، در صورتی که وصی خود دارای چنین حقی در اثر وصایت میبود،
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۶
واگذاری آن موردی نداشت، بلکه وصی طبق وصایتی را که دارا بود عمل میکرد.
بنابراین دو مادهٔ بالا در موردی میباشد که وصی از طرف موصی حق ادارهٔ ثلث از ترکه را دارا است و قانون برای سهولت در امر تصفیه، مقرّر داشته که تصفیهٔ امور ترکه، نیز بوصی مزبور داده شود. مسلّم است که حق اولویت تصفیهٔ امور ترکه برای وصی در صورتیست که اشخاص ذی‌نفع عدم صلاحیّت او را ثابت ننمایند و الا دادگاه دیگری را برای تصفیهٔ امور ترکه میگمارد.

۲- وصی بر اداء دیون-

اشاره

در صورتی که موصی مقرّر دارد که وصی از ثلث دارائی او پس از فوت دیون و تعهداتش را ادا نماید، وصی میتواند بتشخیص خود، دیون و تعهداتی را که بر عهدهٔ موصی میداند بپردازد و احتیاج ندارد که در دادگاه اثبات شود. احتمال تبانی وصی با طلب‌کاران با توجه بآنکه امر مربوط بثلث میباشد و وصی هم مورد اعتماد و اطمینان موصی بوده بی‌مورد است. بنابراین چنانچه وصی خود طلبی از موصی داشته باشد، میتواند مستقیماً آن را استیفاء بنماید و احتیاج بدادرسی و اثبات در دادگاه ندارد. چنانچه ذی‌نفع در امر ثلث، مدعی خلاف آن میباشد میتواند در مقامات صالحه سوء استفادهٔ وصی را اثبات کند، مثلًا هرگاه ثلث ترکه پس از اداء دیون کفایت اجرای امور معیّنه که موصی مقرّر داشته ننماید، ذی‌نفع در امر مزبور میتواند اعتراض نموده و برائت موصی را از دیون اثبات کند.
همچنانی که موصی میتواند بوصی اجازه دهد که ثلث او را بفروشد و دیون او را تأدیه کند، میتواند اعیان معینه را از ثلث برای فروش و تأدیهٔ دیون خود اختصاص دهد و ورثه حق اعتراض بر آن را ندارند. وصیّت باداء دیون در صورتی که موصی عین معینی را برای آن اختصاص نداده باشد صحیح است، ولی وصی نمیتواند بدون موافقت ورثه در ترکه تصرف نماید، زیرا این امر موجب تصرف در سهام آنها میگردد و ورثه نسبت باعیان ترکه مقدم بر طلب‌کاران میباشند، بدین جهت است که ورثه میتوانند دیون مورث را ادا نموده و ترکه را بخود اختصاص دهند. در صورتی که تمامی ورثه صغیر یا مجنون یا سفیه باشند این نحو وصیّت اشکالی ندارد، زیرا وصیّت مزبور ضمناً
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۷
وصیّت بتصرف در اموال مولّی علیه است.

مسأله- بنابر نظریه حقوقیینی که وصایت بر اداره و تصفیه امور ترکه را صحیح میدانند،

هرگاه متوفی وصیّت نماید که وصی از اصل ترکه دیون او را بپردازد، در صورتی که ورثه باجازهٔ وصی دیون متوفی را بپردازند،

اعیان مورد وصیّت از آن ورثه خواهد بود. سپس آنها نمیتوانند وصی را ملزم نمایند که اعیان مورد وصیّت را برداشته و بمقدار آنچه آنها بطلب‌کاران بابت دیون موصی پرداخته‌اند بآنها بدهد، اگر چه مقداری از آن دیون را وصی خود تأدیه کرده باشد، همچنین است هر گاه کسی وصیّت نماید که وصی دیون او را از ترکه ادا کند و تشخیص آنکه از کدام قسمت از ترکه دیون تأدیه شود نیز بعهدهٔ او گذارد. مثلًا هر گاه موصی در وصیّت نامهٔ خود بگوید که وصی پس از فوت من هر یک از اموال مرا که صلاح بداند بفروشد و از ثمن آن دیون مرا بپردازد، ورثه حق اعتراض بر عمل وصی در تشخیص مالی که باید بفروش رساند ندارند، زیرا قبول اعتراض، عمل بر خلاف وصیّت می‌باشد.

مسأله – در صورتی که کسی وصیّت نماید که وصی دیون او را از ترکه بپردازد و ورثه اقدام باین امر بنمایند

و یا از ترکه برداشت و آن را تأدیه کنند، وصی نمیتواند اعتراض بعمل آنان بنماید، زیرا حق ورثه نسبت باعیان ترکه مقدّم بر حق طلبکاران میباشد و موصی منظوری جز رسیدن حق طلبکاران بطلب خود نداشته است.

۳– وصیت بصرف مال در امر غیر مشروع باطل است–

بموجب مادهٔ «۸۴۰» ق. م که میگوید: «وصیّت بصرف مال در امر غیر مشروع باطل است» چنانکه کسی وصیّت بنماید که مقداری از ثلث او در چاپ کتب و اوراق مضره باخلاق اجتماعی یا خرید اسلحه برای انقلاب و امثال آن مصرف شود، این گونه وصیّت باطل و بلا-اثر است. منظور ماده از کلمهٔ غیر مشروع امریست که بعنوانی از عناوین مورد منع قانونی قرار گرفته باشد، از قبیل اموری که صریحاً از طرف قانون، مجازات برای مرتکب آن مقرّر است یا اموری که بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد. وصیتی که جهت آن نامشروع باشد و در وصیّت بآن تصریح گردد بدستور

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۸

مادهٔ «۲۱۷» ق. م باطل است، مانند آنکه کسی در وصیّت خود قید نماید که ثلث دارائی من در طبع و نشر کتب پلیسی مصرف شود تا خوانندگان در ارتکاب جرائم مهارت پیدا کنند. ولی هر گاه موصی داعی خود را در وصیّت ذکر ننماید وصیّت صحیح میباشد، مثلا چنانچه کسی عایدات ثلث ترکهٔ خود را بعنوان وصیّت بزنی بدهد بقصد آنکه مادام الحیات با او رابطه نامشروع داشته باشد بدون آنکه ذکری از آن بنماید وصیّت صحیح است. در شرح مشروعیّت جهت معامله، تفصیل بیان گردید.

۴– حدود اختیارات وصی

حدود اختیارات وصی آنست که موصی در وصیّت خود مقرّر داشته است. بنابراین در صورتی که موصی انجام امر معینی را بعهدهٔ وصی گذارد، وصی باید بهمان ترتیبی که موصی اختیار داده است انجام دهد و نمیتواند از آن تجاوز کند و مانند وکیل در امر وکالت میباشد. چنانچه موصی بطور مطلق کسیرا وصی خود کند، بدون آنکه معین نماید که وصی در چه امری است، بنظر میرسد که وصیّت مزبور باطل باشد، مگر آنکه قرائن خارج و یا عرف خاص دلالت کند که منظور موصی، وصیّت در چه امری بوده است، چنانکه در بعضی از نواحی کشور نزد عشائر و ایلات معمول است که بطور مطلق کسیرا وصی خود مینمایند و منظورشان از وصیّت مزبور اختیار وصی در ادای دیون و اخذ مطالبات و رد اموالی که بعنوان امانت نزد موصی بوده و تقسیم ترکه میباشد و شامل ولایت بر صغار نمیگردد، در این صورت نسبت بصغار موصی که وصی ندارند طبق مقررات قانونی از طرف دادگاه قیّم معین میشود، همچنانی که هر گاه موصی کسیرا وصی برای ادارهٔ اموال صغار قرار دهد حاکم برای نگاهداری و تربیت آنان قیم دیگری معین خواهد نمود و یا همان وصی را برای سهولت در امر، قیّم قرار میدهد، زیرا وصیّت بر ادارهٔ دارائی صغار شامل نگاهداری و تربیت

آنان نمیشود، مگر آنکه قرینه بر این امر از خارج دلالت کند.

در صورتی که موصی کسیرا بطور مطلق وصی بر اطفال خود گرداند، وصی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۴۹

مزبور ولایت بر تمامی امور مربوط بصغار از نگاهداری و تربیت اطفال و همچنین ادارهٔ امور مربوطه باموال آنها را خواهد داشت، زیرا اطلاق اقتضای عموم مینماید.

۵- حق‌الزحمه وصی-

موصی میتواند برای وصی حق‌الزحمه معیّن بنماید. بنابر مستنبط از مادهٔ «۸۴» که میگوید «جایز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولّی قرار دهد و اگر حق‌التولیه معیّن نشده باشد متولّی مستحق اجرت المثل عمل است» موصی میتواند برای وصی (خواه وصی بر صغیر و مجنون و سفیه باشد و خواه وصی بر امور دیگر) سهمی بعنوان حق‌الزحمه قرار دهد در صورتی که برای موصی حق‌الزحمه از طرف وصی معین نشده باشد بدستور مادهٔ «۱۲۴۶» که میگوید: قیّم میتواند برای انجام امر قیمومت مطالبه اجرت کند میزان اجرت مزبور با رعایت کار قیّم و مقدار اشتغالی که از امر قیمومت برای او حاصل میشود و محلّی که قیّم در آنجا اقامت دارد و میزان عایدی مولّی علیه تعیین میگردد» بنا بر این وصی میتواند اجرت المثل خود را از دارائی که اداره مینماید بر دارد خواه وصی غنی باشد یا فقیر، زیرا وصی بامر صریح موصی اموال او را پس از فوت اداره نموده است و عمل انسان محترم میباشد و احترام بعمل، اجرت دادن به آنست، مگر آنکه قرائنی دلالت نماید که عمل بوصایت را موصی تبرّعی قرار داده است، مانند موردی که کسی مبلغی را برای مصرف معینی وصیّت کند و انجام آن را بعهدهٔ دیگری گذارد که هرگاه وصی بخواهد اجرت المثل عمل خود را از موصی به برداشت کند لازم می‌آید که یا بیش از آن مبلغ از ترکه مصرف نماید و یا مصرف معیّن را ناقص و ناتمام گذارد.

در این صورت معلوم میشود که انجام امور وصیّت تبرّعی و مانند آنست که در وصیّت‌نامه به تبرّعی بودن وصایت تصریح شده باشد. قول باستحقاق وصی باخذ اجرت المثل، از اسکافی و شیخ و عده‌ای از فقهای متأخرین مانند علامه در قواعد و محقق نقل شده است. بعضی دیگر از فقهاء مانند ابن ادریس و شیخ در نهایه بر آنند که وصی بمقداری که کفایت زندگانی او را بکند از دارائی که اداره آن بعهدهٔ او برگزار شده میتواند برداشت کند. شیخ در خلاف و تبیان بر آنست که وصی میتواند اقل امرین از اجرت المثل و آنچه کفایت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۰

او را بنماید بگیرد. بعضی از فقهاء بر آنند که چنانچه وصی فقیر باشد مستحق اجرت المثل خواهد بود و هرگاه غنی باشد مستحق اجرت نیست.

مبحث چهارم- ناظر

اشاره

ناظر کسیست که از طرف موصی معین میشود تا در اعمال وصی نظارت کند که طبق وصیّت عمل شود، بدستور مادهٔ «۸۷۵» ق. م: «موصی میتواند یک نفر را برای نظارت در عملیّات وصی معین نماید. حدود اختیارات ناظر بطریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قرائن معلوم شود» ناظر میتواند نظارت را قبول ننماید و رد کند اگر چه پس از فوت موصی باشد.

بنابر مستنبط از مادهٔ «۷۸» ق. م که میگوید: «واقف میتواند بر متولّی ناظر قرار دهد که اعمال متولّی بتصویب یا اطلاع او باشد» ناظر

بر وصی دو قسم است:
اطلاعی و استصوابی، زیرا وصی و متولّی از حیث آنکه برای ادارهٔ امور مربوط بغیر انتخاب شده‌اند، شباهت تامی بیکدیگر دارند و منظور واقف و موصی در تعیین ناظر جز حسن جریان امور مربوطه چیز دیگری نیست.

۱- ناظر اطلاعی-

او کسی است که اعمال وصی را نظارت نموده و در امور وصایت مراقبت مینماید که در حدود وصیّت عمل شود. چنانچه وصی بر خلاف وصیّت و اختیاری که باو تفویض شده عمل کند ناظر اعتراض مینماید. در صورتی که وصی موافقت ننمود و بآن تسلیم نشد هرگاه ناظر عمل وصی را خیانت بداند میتواند به دادگاه شکایت کند و اعلام انعزال او را بخواهد.

۲- ناظر استصوابی-

او کسی است که وصی با شور و موافقت او امور مربوطه بوصیّت را انجام میدهد. بنابراین در مرحلهٔ اخذ تصمیم ناظر مانند وصی میباشد، ولی حق مداخله در انجام آن را ندارد و وصی مستقلًا تصمیمات را بموقع اجرا میگذارد.
در صورتی که وصی بدون موافقت ناظر استصوابی عملی را انجام دهد چنانچه
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۱
از اعمال حقوقی مانند عقود و ایقاعات باشد، عمل مزبور شبیه بفضولی خواهد بود و منوط باجازه ناظر است، زیرا طبق وصیّت اعمال وصی باید با شور ناظر و موافقت او انجام شود و هر دو در یک ردیف مجتمعاً باید تصمیم اتخاذ بنمایند، و چنانچه از اعمال غیر حقوقی باشد مانند جمع‌آوری عایدات و مصرف آن در امور معینه از قبیل تقسیم بین مستحقین یا ساختن بیمارستان، عمل مزبور در صورتی که در حدود وصیت انجام شده باشد صحیح خواهد بود و عدم موافقت ناظر تأثیر ندارد، زیرا منظور اصلی موصی عملی شده است و غیر از انجام اموری که مورد وصیّت قرار گرفته منظور دیگری وصی نداشته است و در صورتی که عمل در حدود وصیّت انجام نشده باشد وصی مسئول و ضامن خسارات وارده است.
ممکن است موصی یک یا چند نفر ناظر برای امر وصیّت قرار دهد که بعضی اطلاعی و بعضی استصوابی و یا همه از یک نوع باشند.
ناظر در حدود اختیاری که از طرف موصی باو داده شده عمل مینماید. در صورتی که در وصیّت‌نامه نحوهٔ نظارت ناظر از اطلاعی و استصوابی ذکر نشده باشد و موصی در وصیّت‌نامه بطور مطلق ناظر قرار داده باشد، ظاهر در آن است که نظارت او اطلاعی میباشد، زیرا اطلاق کلمهٔ ناظر منصرف بآنست، علاوه بر آنکه ناظر استصوابی وظائف و تکالیف زائدی را دارد که اصل عدم آن میباشد.
ممکن است در ناظر مانند وصی وصف خاصی شرط شده باشد، در این صورت چنانچه ناظر فاقد آن وصف گردد از نظر وحدت ملاک مادهٔ «۸۰» ق. م منعزل میشود و حاکم شخص دیگری را باین سمت معین خواهد نمود. مثلا هرگاه موصی قید کند که چون فلان کس در شهری سکونت دارد که ثلث من در آنست و میتواند از نزدیک در اعمال وصی نظارت نماید و شخص مزبور محل سکونت خود را در شهر دیگری قرار دهد از سمت نظارت منعزل میگردد. در صورتی که ناظر مجنون یا سفیه شود و یا بجهتی از جهات نتواند انجام وظیفه بنماید مانند بیماری شدید، بازداشت کیفری و یا سکونت در کشور دور دست که از انجام وظائف نظارت محروم گردد، موقتاً
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۲
حاکم کسی را بعنوان ناظر معین مینماید تا تکالیف او را انجام دهد و پس از رفع بیماری و آزادی از زندان و یا برگشت بکشور

خود، حاکم کسی را که بعنوان ناظر معین کرده عزل مینماید. (مستنبط از مادهٔ «۱۱۸۷» ق. م در مورد ولی).

موصی میتواند برای ناظر مانند وصی حق‌الزحمه معین نماید و چنانچه حقّی برای او در وصیّت‌نامه در نظر نگرفته باشد، ناظر میتواند اجرت المثل خود را بخواهد. این امر در صورتی است که از قرائن و اوضاع و احوال ثابت نشود که عدم ذکر حق‌الزحمه برای ناظر تبرّعی بودن عمل نظارت او میباشد. مثلًا هرگاه موصی در وصیّت‌نامهٔ خود برای وصی حقی معین نماید و حق‌الزحمه ناظر را ساکت گذارد، سکوت در مقام بیان اقتضاء آن را دارد که قصد موصی بر تبرّعی بودن عمل ناظر میباشد. ناظر چه در زمان حیات موصی چه پس از فوت او میتواند نظارت را رد نماید و پس از قبول نمیتواند مگر آنکه قادر بانجام وظائف لازم نباشد که در این صورت میتواند استعفاء دهد.

مبحث پنجم- وضعیت حقوقی عقد وصیت

اشاره

عقد وصیّت باعتبار هر یک از موصی و موصی له و وصی مورد مطالعه قرار داده میشود:

۱- وضعیت حقوقی عقد وصیت از طرف موصی-

عقد وصیّت تملیکی باشد یا عهدی، از طرف موصی جائز است و مادام که در قید حیات میباشد میتواند از آن رجوع کند و بفوت او لازم میشود. این است که ماده «۸۳۸» ق. م میگوید:

«موصی میتواند از وصیّت خود رجوع کند» بنابراین موصی مادام که در قید حیات است میتواند وصیّتی را که قبلًا نموده الغاء کند و یا بوصیّت دیگری تبدیل بنماید، همچنانکه میتواند بعضی قسمتها و کیفیات و جهات و متعلّقات آن را تغییر دهد. مثلًا هرگاه کسی وصیّت بامور معینی نموده باشد، میتواند بدون آنکه آن را الغاء نماید، موصی به دیگری بجای موصی به اولی قرار دهد و یا وصی یا موصی له را تغییر دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۳

در صورتی که موصی بعض قسمتهای وصیّت را تغییر بدهد قسمت‌های دیگر آن بحال خود باقی میماند. زیرا وصیّت باعتبار اجزاء خود بوصیّت‌های متعددی منحل میگردد، مثلا هرگاه کسی وصیّت نماید که ثلث دارائی او بوسیلهٔ محمّد در آموزش و پرورش عمومی مصرف شود سپس بجای محمّد جعفر را بسمت وصایت انتخاب کند، بقیه قسمت وصیّت که مصرف ثلث در آموزش و پرورش باشد بحال خود باقی خواهد ماند. همچنین هرگاه موصی در وصیّت‌نامهٔ خود مالی را بکسی واگذار نماید و او را بر اطفال خود وصی قرار دهد و تکالیفی برای او تعیین کند و سپس دیگری را بسمت وصایت بر اطفال مزبور بگمارد وصیّت تملیکی بحال خود باقی خواهد ماند و وصی دوم باید تکالیف معینه را بجای آورد، زیرا تغییر بعضی از قسمت‌های وصیّت منافات با قسمتهای دیگر ندارد. این است که مادهٔ «۸۳۹» ق. م میگوید: «اگر موصی ثانیاً وصیّتی بر خلاف وصیّت اول نماید وصیّت دوم صحیح است».

۲- وضعیت حقوقی عقد وصیت از طرف موصی له

عقد وصیّت از طرف موصی له در تمام مدت حیات موصی جایز است و هر زمان میتواند آن را رد نماید، اگر چه آن را قبول نموده و موصی به را قبض کرده باشد زیرا عقد وصیّت بفوت موصی و قبول موصی له و قبض لازم میگردد. این است که مادهٔ «۸۲۹» ق. م میگوید:

«قبول موصی له قبل از فوت موصی مؤثر نیست و موصی میتواند از وصیّت خود رجوع کند حتّی در صورتی که موصی له موصی به

را قبض کرده باشد» همچنین است پس از فوت موصی مادام که موصی له آن را قبول و موصی به را قبض نکرده باشد یعنی چنانکه موصی له پس از فوت موصی وصیّت را قبول کند ولی موصی به را قبض نکرده باشد و یا آنکه آن را قبض نموده باشد ولی وصیت را قبول ننموده باشد، میتواند وصیّت را رد کند. ولی هرگاه هر دو امر انجام شده است یعنی موصی له هم موصی به را قبض کرده و هم پس از فوت موصی، وصیّت را قبول نموده است وصیّت لازم میشود این است که ماده «۸۳۰» ق. م میگوید: «نسبت بموصی له رد یا قبول وصیّت بعد از فوت موصی معتبر است. بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیّت را رد کرده

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۴

باشد بعد از فوت میتواند آن را قبول کند و اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد دیگر نمیتواند آن را رد کند، لیکن اگر قبل از فوت قبول کرده باشد بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست».

۳- وضعیت حقوقی عقد وصیت از طرف وصی-

عقد وصیّت از طرف وصی در تمامی مدت حیات موصی جائز است و میتواند آن را رد کند، ولی بفوت موصی وصیّت لازم میگردد، اگر چه وصی قبول نکرده باشد، زیرا وصیّت عهدی چنانکه گذشت ایقاع معلّق بفوت موصی میباشد و مادام که معلّق علیه پیدایش نیافته وصی میتواند آن را رد کند. این است که مادهٔ «۸۳۴» ق. میگوید: «در وصیّت عهدی قبول شرط نیست لیکن وصی میتواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد». در صورتی که وصی قسمتی از وصیّت را رد کند و قسمت دیگر آن را بپذیرد، وصیّت باعتبار تعدد مورد منحل بدو وصیّت شده و نسبت بقسمتی که قبول نموده وصیّت لازم میگردد. این است که در وصیّت تملیکی مادهٔ «۸۳۲» ق. م میگوید: «موصی له میتواند وصیّت را نسبت بقسمتی از موصی به قبول کند، در این صورت وصیّت نسبت بقسمتی که قبول شده صحیح و نسبت بقسمت دیگر باطل میشود».

مبحث ششم- رجوع از وصیت

رجوع از وصیّت بوسیلهٔ ارادهٔ موصی بعمل می‌آید و عدم موافقت موصی له یا وصی تأثیر در آن ندارد. رجوع از وصیّت بهر لفظ و فعلی که کاشف از ارادهٔ رجوع باشد محقق میشود. رجوع بوسیلهٔ لفظ مانند آنکه موصی بگوید رجوع نمودم و بوسیلهٔ فعل مانند آنکه موصی عملی بنماید که منافی با مفاد وصیّت باشد، از قبیل اتلاف مورد وصیّت و یا انتقال آن ببیع یا هبه و امثال آن.

اعلام رجوع از وصیّت بوصی یا موصی له لازم نیست، اگر چه قبلًا وصیّت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۵

باطلاع آنان رسیده و قبول نموده باشند، گفته شده چنانچه موصی وکالت در فروش موصی به را بکسی بدهد، خواه وکیل مزبور موصی له باشد یا دیگری، ضمناً از وصیّت رجوع کرده است، زیرا تصمیم بر فروش یا هبهٔ موصی به ملازمه با رجوع دارد، اگر چه وکیل عمل بوکالت ننماید. بنظر میرسد که وکالت در فروش یا هبه تصمیم بر فروش یا هبه است و مادام که موصی به بفروش نرود یا هبه واقع نشود رجوع بعمل نیامده است، زیرا تصمیم بر فروش یا هبه موصی به، مانند تصمیم برجوع از وصیّت است و وکالت در فروش یا هبه مانند وکالت در رجوع است و رجوع نمیباشد. بنابراین هرگاه قبل از فروش و هبه موصی بمیرد وصیّت بحال خود باقی است.

وصیّت پس از آنکه بطور صحیح واقع شد، مادام که موصی از آن رجوع ننموده بحال خود باقیست، اگر چه موصی مدت مدیدی پس از وصیّت در قید حیات بماند. مثلًا هرگاه کسی در سن بیست سالگی وصیّت‌نامه‌ای تنظیم بنماید و پس از گذشتن شصت سال

از تاریخ مزبور بمیرد چنانچه از آن رجوع ننموده باشد وصیّت بحال خود باقی است و طبق آن عمل میشود.
آنچه در بالا گفته شد که مادام موصـی از وصیّت رجوع ننموده وصیّت بحال خود باقی است در صورتیست که وصیّت مطلق باشد، یعنی منظور موصـی انجام اموری پس از فوت خود است هر چند که حیات او ادامه پیدا نماید، ولی هرگاه وصیّت مدت داشته و یا مقیّد بشرط یا قیدی باشد و یا آنکه از اوضاع و احوال و قرائن خارجی معلوم شود که مقید بمدت معیّنی است، مادام که شرط و قید و یا مـدت باقی است وصـیّت بحال خود باقی میباشـد. بنابراین چنانچه موصـی قبل از مسافرت خطرناکی، مانند رفتن بجبهۀ جنگ یا بیمـاری خطرنـاک که مبتلا بآن است وصـیّت نمایـد که چون بیمارم و یا بسـفر میروم و در این مسافرت خواهم مرد پس از من فلان ملک را بفلان کس بدهیـد و موصـی در آن سـفر و یا بیماری نمیرد، وصـیّت مزبور باطل میگردد، زیرا ظاهر در اینگونه وصایا مقیّد بـودن بفوت در سـفر و یـا بـآن بیمـاری خطرنـاک است و منظور موصـی آنست که چنـانچه در سـفر و بیمـاری که مبتلاـ بوده بمیرد بوصیّت‌نامۀ مزبور
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۶
عمل شود و الا وصـیّت ملغی میباشد. وصیّتهائی که کسی قبل از سفر طولانی و یا در حال مرض مینماید نوعاً از این قبیل است، زیرا قرائن و اوضاع و احوال دلالت می‌کند که بیم مرگ در آن زمان او را وادار به چنین وصـیّتی نموده است، مگر آنکه موصـی پس از مراجعت و یـا بهبودی از بیمـاری، آن وصـیّت را بنحوی از انحـاء تأییـد بنمایـد و یـا قرائن و اوضاع و احوال دلالت کنـد که موصـی بوصـیّت اولیۀ خود باقی است، مانند آنکه وصـیّت‌نامه را از کسـی که باو سپرده بوده بگیرد و به دیگری بسپارد و یا کلمۀ چند بر آن بیافزاید و یا گفتاری را بگوید که موجب یقین ببقاء وصـیّت سابق بشود، مانند آنکه بگوید وصـیّت خوبی شده است و یا بموصی له بگوید سهم تو که داده شده است و امثال آن.
در صورتی که وصـیّت مطلق باشد و گفتار و کرداری از موصـی سـرزند که مورد تردید قرار گیرد که آیا رجوع از وصیّت نموده یا آنکه وصیّت باقی است، بقاء وصیّت استصحاب میشود.
رجوع از وصـیّت حق است، زیرا اصـل در اختیاری که بوسـیلۀ مقرّرات مربوط بامور مالی بکسـی داده میشود آنست که حق و متعلّق بدارنـدۀ آن باشـد و بتوانـد اسـقاط نمايد، مگر آنکه قانون بجهتی از جهات آن را حکم بداند. مادۀ دیده نمیشود که رجوع را حکم بداند و از مواد مربوط بوصـیّت نیز این امر دانسـته نمیشود، بنابراین موصـی میتواند آن را ساقط نماید و یا وصـیّت را بصورت شـرط ضمن عقد لازمی قرار دهد. در این دو صورت موصی نمیتواند از وصیّت خود رجوع کند.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۷

خاتمه – طرز تنظیم وصیت‌نامه

اشاره

وصیّت خصوصیتی بین اعمال حقوقی دیگر دارد که مفاد آن پس از فوت موصی باید انجام پذیرد و چنانچه وصیّت‌نامۀ که حکایت از آن مینماید بجهتی از جهات تردید و تکذیب شود و مورد رسیدگی در دادگاه قرار گیرد، موصی در قید حیات نیست تا بتوان از صحت آن آگاه گشت، بـدین جهت قوانین کنونی برای جلوگیری از هرگونه تزویر و سوء اسـتفاده توجه بیشتری در شـرائط صوری وصیّت نموده و آن را تابع تشریفات مخصوصی قرار داده‌اند که ذیلا شرح آن بیان میگردد.
قبل از تصویب قانون ثبت اسناد و املاک «۳۱۰» وصیّت خواه عهدی و خواه تملیکی اعم از آنکه مورد آن منقول یا غیر منقول بوده، هیچ‌گونه تشـریفات صوری نداشت و ممکن بود شـفاهاً بعمل آید و در صورت اختلاف، بوسـیلۀ هرگونه ادله صحت آن قابل اثبات

میبود. پس از تصویب قانون ثبت اسناد و املاک «۱۳۱۰» در صورتی که وصیّت تملیکی نسبت بمال غیر منقول بعمل می‌آید، طبق مادهٔ «۴۶ و ۴۷» ق. ثبت استاد و املاک باید سند رسمی تنظیم گردد و الا بدستور مادهٔ «۴۸» قانون مزبور در محاکم و ادارات دولتی پذیرفته نمیشد. این امر در عمل مواجه با اشکالاتی شده بود، چنانکه قبل از سال «۱۳۱۷» یکی از اتباع بیگانه وصیّتی نسبت باموال غیر منقول خود که در ایران داشت بصورت سند عادی تنظیم کرده و در سفارت متبوع خود توديع نموده بود. پس از فوت موصی دعوی از طرف موصی له در دادگاه شهرستان تهران بطرفیت بعضی از ورثهٔ موصی مطرح گردید. دادگاه مواجه با دستور مادهٔ «۴۸» ق. ثبت و اسناد و املاک شده که باید آن وصیتنامه را نپذیرد ولی انصاف و عدالت قضائی وجدان دادرس را آرام نمیگذارد و راه حلی میجست تا بالأخره تمامی ورثه در دادگاه حاضر شدند و اقرار بصحت وصیّت مزبور کردند تا دادگاه توانست آن را معتبر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۸

بشناسد. در پیرو این امر وزیر دادگستری وقت برای رفع هرگونه اشکالی لایحهٔ در طرز تنظیم وصیت‌نامه تهیه و تقدیم مجلس شورای ملی نمود و آن در ۲۳ بهمن ماه ۱۳۱۷ تصویب گردید. لایحهٔ مزبور ترجمهٔ از قانون مدنی فرانسه (مادهٔ ۹۶۹- ۱۰۰۱) است و تغییراتی که در خور وضعیّت اجتماعی ایران میباشد در آن بعمل آمد. سپس لایحه قانون امور حسبی مصوب ۲ تیر ماه ۱۳۱۹ که تهیه گردید، قانون طرز تنظیم وصیّت‌نامه با تغییر بعض کلمات آن فصل ششم قانون مزبور قرار داده شد که شرح آن ذیلًا بیان میشود.

طرز وصیّت در حالات مختلفهٔ که موصی دارد فرق مینماید، زیرا موصی گاه در حال عادی است و میتواند تنظیم سند بنماید و گاه دیگر در وضعیّت غیر عادی میباشد، مانند آنکه سرباز و در جبهه جنگ و یا دچار خطر مرگ و امثال آن میباشد که وسائل تنظیم سند موجود نیست، بدین جهت طرز وصیّت در دو مبحث بیان میگردد.

مبحث اول وصیت در موارد عادی

اشاره

وصیّتی که موصی در وضعیت عادی مینماید بدستور مادهٔ «۲۷۶» قانون امور حسبی باید بوسیلهٔ سند کتبی بیکی از اقسام سه‌گانه: رسمی، خود نوشت یا سری باشد. ماده «۲۷۶» ق امور حسبی: «وصیت‌نامه اعم از اینکه راجع باشد بوصیت عهدی یا تملیکی منقول یا غیر منقول ممکن است بطور رسمی یا خود نوشت یا سری تنظیم شود».

شرح هر یک از اقسام سه‌گانهٔ وصیّت کتبی:

۱- وصیت‌نامه رسمی

آن وصیّت‌نامه ایست که در یکی از دفاتر اسناد رسمی طبق مقرّرات مربوطه تنظیم و ثبت میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۵۹

موصی میتواند بصورت سند رسمی هرگونه وصیتی بنماید، خواه تملیکی باشد و خواه عهدی، منقول باشد یا غیر منقول. بدستور مادهٔ «۲۷۷» قانون امور حسبی: «ترتیب تنظیم وصیّت‌نامه رسمی و اعتبار آن بطوری است که برای اسناد تنظیم شده در دفاتر اسناد رسمی مقرّر است» بنابراین دفتر اسناد رسمی، در مورد وصیّت نسبت باموال غیر منقول برگ پرسش‌نامه (استعلامیه) بدفتر املاک ثبت محل میفرستد و چنانچه دفتر املاک، ملك مورد نظر را بدون مانع اعلام نمود، دفتر اسناد رسمی وصیّت‌نامه تنظیم و ثبت مینماید و خلاصه معامله را بدفتر املاک میفرستد.

بیان اعتبار سند رسمی از موضوع این مبحث خارج است، بدین جهت از شرح آن صرف نظر گردید و در کتاب جلد ششم در اسناد

از آن گفتگو خواهد شد.

۲- وصیتنامۀ خود نوشت-

وصیّت‌نامۀ خود نوشت وصیّتی است که موصی بخط خود می‌نویسد و بدین اعتبار وصیّت‌نامۀ مزبور را خود نوشت نامیده‌اند. بدستور مادۀ «۲۷۸» قانون امور حسبی: «وصیّت‌نامۀ خود نوشت در صورتی معتبر است که تمام آن بخط موصی نوشته شده و دارای تاریخ، روز و ماه و سال بخط موصی بوده و بامضاء او رسیده باشد» فرقی نمینماید که خط وصیّت‌نامه فارسی باشد یا لاتینی یا خط چینی و امثال آن و بهر زبانی که باشد. امضاء موصی در وصیّت‌نامه ممکن است قبل از تاریخ یا بعد از تاریخ نوشته شود، زیرا منظور ماده از تقدیم ذکر تاریخ بر امضاء، بیان روش معمولی نویسندگان است که امضاء پس از تاریخ در اسناد نوشته میشود و الا چنانچه تاریخ پس از امضاء قرار گیرد تأثیری در اعتبار سند نمینماید، زیرا اعتبار آن از نظر انتساب بموصی و تاریخ نوشتن آن میباشد، لذا پس از صحت انتساب خط و امضاء وصیّتنامه بموصی و معلوم بودن تاریخ آن، معتبر شناخته میشود.
فرقی نمینماید که تاریخ روز و ماه و سال بعدد نوشته شود یا بحروف، شمسی باشد یا قمری، هجری باشد یا میلادی یا تاریخ دیگری، همچنانی که فرق نمینماید که سال قبل، و ماه و روز بعد و یا بالعکس نوشته شود، زیرا منظور از آن تعیین
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۰
تاریخ تنظیم است و آن بهر صورت که اتفاق افتد کافی خواهد بود. ظاهر ماده در آنست که چنانچه یکی از سال و ماه و یا روز نوشته نشده باشد وصیّتنامه معتبر نخواهد بود، ولی بنظر میرسد که با اعمال عدالت قضائی بتوان ماده را حمل بر مورد غالب دانست و سندی که تاریخ آن بجهتی از جهات معلوم شود، اگر چه روز و یا ماه و یا سال نوشته نشده باشد معتبر دانست، مثلًا چنانچه در وصیّت‌نامه خود نوشت موصی بنویسد: چون در سال فلان متولّد شده‌ام و اکنون هفتاد و دو سال و شش ماه و چند روز از عمرم میگذرد و مردنم نزدیک شده چنین وصیّت میکنم ... در وصیّت‌نامۀ مزبور اگر چه تاریخ سال نوشتن را موصی قید ننموده، معتبر شناخته میشود. متابعت از نظر مزبور دور از احتیاط قضائی میباشد.

۳- وصیتنامۀ سری-

اشاره

وصیتنامۀ سری وصیّت‌نامه ایست که طبق مقرّرات مربوطه بتودیع اسناد، امانت گذارده شده باشد. مادۀ «۲۷۹» قانون امور حسبی میگوید: «وصیّت‌نامۀ سری ممکن است بخط موصی یا بخط دیگری باشد، ولی در هر صورت باید بامضاء موصی برسد و بترتیبی که برای امانت اسناد در قانون ثبت اسناد مقرّر گردیده در اداره ثبت اقامتگاه موصی یا محل دیگری که در آئین‌نامه وزارت دادگستری معین میگردد امانت گذارده میشود» چنانکه از مادۀ بالا فهمیده میشود شرائط وصیّت‌نامه سری عبارت است از:

۱- وصیتنامه باید کتبی باشد،

خواه بخط موصی و خواه بخط دیگری. این امر در صورتیست که موصی لال نباشد و الا بدستور مادۀ «۲۸۱» قانون امور حسبی: «کسی که نمیتواند حرف بزند هرگاه بخواهد وصیّتنامه سری تنظیم کند باید تمام وصیّتنامه را بخط خود نوشته و امضاء نماید و نیز در حضور مسئول دفتر رسمی روی وصیّتنامه بنویسد که این برگ وصیّتنامۀ اوست و در این صورت مسئول دفتر باید روی پاکت یا لفافی که وصیّتنامه در اوست بنویسد که عبارت مزبور را موصی در حضور او نوشته است».
چنانکه از دو مادۀ «۲۷۹ و ۲۸۱» مذکور در بالا معلوم میگردد چنانکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۱

وصیّتنامه سری بوسیلهٔ ماشین تحریر نوشته شده باشد معتبر خواهد بود.

در هر صورت وصیّت‌نامه سری خواه بخط موصی باشد یا خط دیگری، باید دارای امضای موصی باشد. بنابراین چنانچه موصی تمامی وصیّت‌نامه را بخط خود نوشته ولی امضاء نکرده و یا آنکه مهر و یا انگشت زده است وصیّت‌نامه سری شناخته نمیشود. این ستکه مادهٔ «۲۸۰» قانون امور حسبی مقرّر میدارد: «کسی که سواد ندارد نمیتواند بترتیب سری وصیّت نماید».

وصیّت‌نامهٔ سری اگر چه دارای تاریخ هم نباشد معتبر شناخته میشود، زیرا ماده نامی از داشتن تاریخ نبرده و تاریخ هم بخودی خود تأثیری در وصیّت‌نامه نمینماید، علاوه بر آنکه ذکر تاریخ در دفتر مخصوص امانت اسناد بوسیلهٔ مأمور اداره ثبت، از ذکر تاریخ در وصیّتنامه مستغنی میگرداند.

۲- وصیّت‌نامه باید بترتیبی که برای امانت اسناد در قانون ثبت مقرّر گردیده است در اداره ثبت اقامتگاه موصی

یا محل دیگری که در آئین‌نامه وزارت دادگستری معین میگردد امانت گذارده شود.

ترتیب امانت اسناد را قانون ثبت اسناد و املاک «۱۳۱۰» در فصل سوم مادهٔ «۷۵- ۸۰» بیان مینماید. مادهٔ «۷۵» قانون مزبور مقرّر میدارد که: «هر کس بخواهد سند خود را در ادارهٔ ثبت اسناد امانت بگذارد باید آن را در پاکت و یا لفاف دیگری که لاک و مهر شده باشد گذاشته و شخصاً روی پاکت تاریخ تسلیم امانت را با تمام حروف در حضور مسئول دفتر قید کند ...» و بدستور مادهٔ «۷۶» قانون ثبت: «مسئول دفتر پس از تصدیق تاریخ تسلیم، نمره ترتیبی امانت را تعیین نموده و پاکت و لفافه را بمهر ادارهٔ ثبت اسناد رسانیده و در دفتر مخصوصی همان نمره ترتیبی را که اتخاذ کرده باسم امانت‌گذار و تاریخ امانت و اسامی شهود اگر باشند قید میکند و بمهر و امضاء امانت‌گذار و شهود نیز خواهد رسانید».

طبق مادهٔ «۷۷» ق ثبت: «اشخاصی که سند خود را امانت میگذارند میتوانند قبل از آنکه آنها را در پاکت و یا لفافهٔ دیگری گذارده مهر کنند، تقاضای سواد بنمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۲

در این صورت مسئول دفتر سواد مصدق خواهد داد، ولی باید در روی سواد مزبور قید شود که این سواد مطابق با اصلی است که در اداره ثبت اسناد و املاک امانت گذاشته شده و به هیچ‌وجه رسمیّت ندارد، مگر اینکه آن سند قبلًا مطابق مقرّرات قانون ثبت شده باشد. در این صورت دائره ثبت اسناد و املاک میتواند سواد مصدق سند را بطوری که در این قانون مقرر است بدهد».

بدستور مادهٔ «۷۸» ق ثبت: «در موقع امانت گذاشتن اسناد، مسئول دفتر باید کلیه مشخصات و ممیزات پاکت یا لفافه امانتی را در ستون مخصوص دفتر قید نموده و بامضای خود و امانت‌گذار و شهود ممضی دارد و پس از آن رسیدی که مشتمل بر نمره و مشخصات پاکت یا لفافهٔ امانت است به امانت‌گذار بدهد».

بدستور مادهٔ «۲۸۲» ق. امور حسبی: «وصیّتنامهٔ سری را موصی همه وقت میتواند بترتیبی که برای استرداد اسناد امانتی مقرر است استرداد نماید».

بدستور مادهٔ «۷۹» قانون ثبت اسناد و املاک: «استرداد اسناد امانتی باین ترتیب بعمل می‌آید که در ستون ملاحظات دفتر امانت و در مقابل ثبتی که از امانت سند بعمل آمده، شخصی که سند را پس میگیرد با حضور دو نفر شاهد رسید نوشته و آن را امضاء مینماید» و طبق مادهٔ «۸۰» ق. ثبت: «تاریخ استرداد باید در ذیل رسید با تمام حروف قید شود و همچنین اسم مسئول دفتر و مبلغ حق‌الحفاظه که أخذ میشود درج خواهد شد». وصیّتنامه‌ای که امانت گذارده شده چنانچه مسترد گردد، اعتبار وصیّتنامه سری را از دست میدهد، مگر آنکه مجدداً طبق مقرّرات در دفتر اسناد امانت گذارده شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۳

مبحث دوم وصیت در موارد فوق‌العاده (غیر عادی)

اشاره

بدستور مادهٔ «۲۸۳» قانون امور حسبی: «در موارد فوق‌العاده از قبیل جنگ یا خطر مرگ فوری و امراض ساریه و مسافرت در دریا که مراوده نوعاً مقطوع و باین جهت موصی نمیتواند بیکی از طرق مذکور (رسمی، خود نوشت و سری) وصیّت کند، ممکن است وصیّت بطریقی که در مواد بعد ذکر میشود واقع شود».

کسانی که میتوانند وصیّت فوق‌العاده بنمایند بر دو دسته‌اند:

۱- نظامیان و اشخاصی که در ارتش اشتغال بکار دارند در صورتی که مأموریت جنگی داشته و یا در محلّی زندانی و یا محصور باشند.

بدستور مادهٔ «۲۸۴» ق. امور حسبی: «افراد و افسران نظامی و کسانی که در ارتش اشتغال بکاری دارند میتوانند نزدیک افسر یا همردیف او با حضور دو گواه وصیّت خود را شفاهاً اظهار نمایند».
منظور قانون از کسانی که در ارتش اشتغال بکار دارند، اعم است از آنکه نظامی باشند یا همردیف نظامی یا افراد غیر نظامی که در موقع جنگ خدمت بنظامیان میکنند، مانند پرستاران و کسانی که برای نظافت و رختشوئی آنان و آشپزی و امثال آن معین شده‌اند، خواه افتخاری خدمت نمایند یا مزدور باشند.
مورد مذکور در بالا در صورتیست که نظامیان و کسانی که در ارتش اشتغال دارند بیمار و مجروح نباشند و الا بدستور مادهٔ «۲۸۵» ق. امور حسبی: «در صورتی که نظامی یا کسی که در ارتش اشتغال بکاری دارد، بیمار یا مجروح باشد ممکن است وصیّت خود را در حضور رئیس بهداری ارتش و مدیر بیمارستان که موصی در آنجا است اظهار نماید».
چنانکه در مادهٔ «۲۸۶» ق. امور حسبی تصریح شده: «اشخاصی میتوانند بترتیب مذکور در دو ماده قبل وصیّت نمایند که در جنگ یا مأمور عملیّات جنگی باشند و یا در محلی زندانی یا محصور باشند که مراوده با خارج نباشد».
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۴

۲- اشخاص دیگر و آنها عبارتند از:

الف- نظامیان و اشخاصی که در ارتش اشتغال دارند ولی مأموریت جنگی ندارند و زندانی نیز نمیباشند،

مانند کسانی که در سربازخانه‌ها بسر میبرند.

ب- افراد غیر نظامی،

مانند کسبه و تجار و کشاورز و امثال آنان و همچنین کسانی که بطور پارتیزانی مشغول جنگ هستند.
بدستور مادهٔ «۲۸۷» ق امور حسبی هر یک از دو دسته اشخاص بالا: «در سایر موارد مذکور در مادهٔ «۲۸۳» موصی میتواند در حضور دو نفر گواه وصیّت خود را اظهار نمایـد و یکی از آن دو گواه اظهارات او را با تعیین تاریخ روز و ماه و سال و محل وقوع وصیّت نوشته و موصی و گواه‌ها آن را امضاء مینمایند و اگر موصی نتواند امضاء کند گواهها این نکته را در وصیّت‌نامه قید میکنند».

سایر موارد که مادهٔ «۲۸۳» قانون امور حسبی میشمارد عبارت است از:

یک– خطر مرگ فوری–

چنانکه در اثر سکته، جرح، انفجار بمب، حریق، زلزله، سیل یا گمشدن و مخاطرهٔ افتادن در جنگل و کوه و بیابان و امثال آن خطر مرگ فوری در پیش باشد.

دو– امراض ساریه

چنانکه بیماری و با یا طاعون و امثال آن شیوع پیدا کند که هر زمان احتمال خطر مرگ برای کسانی که در منطقه بیماری هستند داده شود.

سه– مسافرت دریا–

این امر در صورتی است که احتمال خطر مرگ برای مسافرین باشد، مانند آنکه کشتی دچار حریق و یا تصادم با کشتی دیگر شده و یا بمین برخورد کرده باشد که برای مسافرین و سرنشینانش احتمال مرگ میرود.
وظیفه کسانی که وصیّت غیر عادی نزد آنان بعمل آمده است. بدستور مادهٔ «۲۸۸» ق. امور حسبی: «اشخاصی که مطابق مادهٔ «۲۸۴» و «۲۸۵» وصیّت نزد آنها شد. و همچنین گواههای مذکور در مادهٔ قبل در اول زمان امکان باید در ادارهٔ ثبت اسناد و یا محلی که در آئین‌نامه وزارت دادگستری تعیین میشود حاضر شده وصیّتنامه را
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۵
مطابق مقرّرات راجع بامانت گذاردن اسناد، امانت بگذارند و ضمناً اعلام کنند که این آخرین وصیّت موصی است که با داشتن اهلیّت اظهار داشته» ماده مطلق است و کسانی که نزد آنان وصیّت شده باید طبق مادهٔ بالا رفتار نمایند خواه موصی از خطر هلاکت که دچار بوده خلاصی یابد یا آنکه بهلاکت برسد.

۱– اعتبار وصیت غیر عادی.

بدستور مادهٔ «۲۹۰» ق امور حسبی «وصیّتی که مطابق مواد قبل (در موارد غیر عادی) واقع میشود بعد از گذاشتن یک ماه از تاریخ مراجعت و رسیدن موصی بمحلی که بتواند بیکی از طرق مذکور در مادهٔ «۲۷۶» وصیّت کند، یا گذشتن یک ماه از تاریخ بازشدن راه و مرتفع شدن مانعی که بواسطه آن مانع نتوانسته موصی بیکی از طرق مذکور وصیّت نماید بی‌اعتبار میشود، مشروط باینکه در مدت نامبرده موصی متمکّن از وصیّت باشد». بنابراین چنانچه موصی قبل از انقضاء یک ماه از تاریخ برطرف شدن مانعی که سبب جلوگیری از وصیّت عادی شده است بمیرد، وصیّت غیر عادی باعتبار خود باقی خواهد بود. ولی چنانچه موصی پس از انقضاء مدت مزبور بمیرد و وصیّت خود را بصورت عادی تبدیل ننموده باشد، آن وصیّت از درجه اعتبار ساقط میشود.
طبق مادهٔ «۶۱۲» ق. آئین دادرسی مدنی ماه مطابق با ماه شمسی است و کسری آن از قرار ماهی سی روز احتساب میشود.
بدستور مادهٔ «۲۹۱» ق. امور حسبی: «هر وصیّتی که بترتیب مذکور در این فصل واقع نشده باشد در مراجع رسمی پذیرفته نیست، مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه، بصحت وصیّت اقرار نمایند» بنابراین در صورتی که وصیّت‌نامه‌ای از طرف ذی‌نفع در دادگاه ابراز شود که یکی از شرائط لازمه سند رسمی، خود نوشت یا سری را نداشته باشد و یا وصیت غیر عادی پس از مدت مقرّر تجدید نشود، دارای اعتبار قانونی نمیباشد، مگر اشخاصی که از وجود وصیت متضرر میشوند بصحت آن اقرار نمایند. در این صورت

وصیّت مزبور معتبر خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۶

مادهٔ بالا تأثیر وصیّت‌نامه را منوط با قرار اشخاص ذی نفع در ترکه دانسته است، منظورش از اشخاص ذی‌نفع در ترکه کسانی هستند که از ترتیب اثر دادن بوصیّت‌نامه متضرّر میشوند، نه هر کسی که ذی‌نفع در ترکه میباشد و از وصیّت زیانی نمی‌بینند زیرا کسی که در امری ذی‌نفع نیست حق اعتراض ندارد، زیرا در بعضی موارد وصیّت از حق او چیزی نمیکاهد مانند زوجه در صورتی که مورد وصیّت زمین مزروعی یا بائر باشد، چه او فقط از اموال منقول و ابنیه و اشجار ارث میبرد.

همچنینند سایر ورثه در صورتی که مورد وصیّت چیزی باشد که بعنوان حبوه به پسر بزرگ میرسد مانند انگشتر، قرآن، رختها و شمشیر مورث. بنابراین هرگاه کسی نسبت بزمین مزروعی وصیّت کند، اقرار نمایم ورثه غیر از زوجه لازم است و چنانچه نسبت بمورد حبوه وصیت نماید که بغیر از پسر بزرگ داده نمیشود، اقرار پسر بزرگ برای صحت وصیّت کافی است. فرقی نمینماید که اقرار شفاهی و در حضور دادگاه باشد یا کتبی، رسمی باشد یا عادی.

۲- تکالیف کسانی که وصیتنامه نزد آنان است:

۱- طبق مادهٔ «۲۹۲» ق. امور حسبی: «هر دادگاه یا اداره و بنگاه یا شخصی که وصیّت‌نامه باو سپرده شده و نیز دادگاهی که در موارد فوق‌العاده وصیّت در آنجا اظهار گردیده، مکلف است بعد از اطلاع بفوت موصی، وصیّتنامه یا صورت مجلس راجع بوصیّت را بدادگاه بخشی که برای رسیدگی بامور راجع بترکه متوفی صالح است بفرستد، اعم از اینکه وصیّتنامهٔ نامبرده بحسب قانون قابل ترتیب اثر باشد یا نباشد. و هرگاه وصیّت‌نامه متعدد باشد باید تمام آنها فرستاده شود». دادگاهی که برای رسیدگی بامور راجع بترکه متوفی صالح است، بدستور مادهٔ «۱۶۳» ق امور حسبی، دادگاه بخشی است که آخرین اقامتگاه متوفی در ایران در حوزه آن دادگاه بوده و اگر متوفی در ایران اقامتگاه نداشته با دادگاهی است که آخرین محل سکنای متوفی در حوزهٔ آن دادگاه بوده است. چنانچه متوفی در ایران اقامتگاه یا محل سکنی نداشته باشد، طبق مادهٔ «۱۶۴»

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۷

ق امور حسبی: «... دادگاهی صالح است که ترکه در آنجا واقع شده و اگر ترکه در جاهای مختلف باشد دادگاهی که مال غیر منقول در حوزهٔ آن واقع است صلاحیت خواهد داشت و اگر اموال غیر منقول در حوزه‌های متعدد باشد صلاحیّت با دادگاهی است که قبلًا شروع باقدام کرده».

بدستور مادهٔ «۲۹۳» ق. امور حسبی: «هرگاه کسی که وصیّتنامه نزد او است خارج از مقرّ دادگاه بخش مذکور فوق باشد، میتواند وصیتنامه را بدادگاه محل خود تسلیم نماید و آن دادگاه مکلف است فوراً وصیّت‌نامه را بدادگاه بخش نامبرده بفرستد».

بدستور مادهٔ «۲۹۴» ق. امور حسبی: «دادگاه بخش در آگهی که برای اداره یا تصفیه ترکه یا تصدیق حصر وراثت میشود، قید میکند که هر کس وصیّت‌نامه‌ای از متوفی نزد او است در مدت سه ماه بدادگاهی که آگهی نموده بفرستد و پس از گذشتن این مدت هر وصیّت‌نامه (جز وصیّت‌نامهٔ رسمی و سری) ابراز شود از درجهٔ اعتبار ساقط است» از مادهٔ مزبور استنباط میشود که وصیّت‌نامهٔ خود نوشت پس از انقضاء مدت سه ماه از تاریخ انتشار آگهی بالا چنانچه ابراز شود معتبر نخواهد بود مگر آنکه مورد اقرار کسانی که ذی‌نفع در ترکه هستند قرار گیرد (مستنبط از مادهٔ «۲۹۱» ق امور حسبی).

بدستور مادهٔ «۲۹۶» ق امور حسبی: «هنگام ابراز وصیتنامه دادرس دادگاه بخش باید با حضور نمایندهٔ دادستان یا مدیر دفتر صورت مجلسی مشتمل بر خلاصهٔ وصیّت و اینکه وصیّت‌نامه در حضور او بازشده و خصوصیات وصیّت‌نامه از قبیل مهر و موم و غیره تنظیم و بامضاء حضار برساند.

وصیّت‌نامه سری را دادرس دادگاه بخش با حضور اشخاصی بازمینماید که لفاف آن را امضاء یا مهر کرده و در تاریخ باز کردن، زنده و در مقرّ دادگاه حاضر هستند.

اصل وصیّت‌نامه که مطابق این ماده نزد دادرس دادگاه بخش باز میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۸

بدفتر امانات ثبت فرستاده میشود و رونوشت آن در دفتر دادگاه میماند، اشخاص ذی‌نفع میتوانند از آن رونوشت بگیرند».

بدستور مادهٔ «۲۹۷» امور حسبی: «بعد از بازشدن وصیّتنامه دادگاه بخش باشخاصی که وصیّت بنفع آنها شده یا کسانی که وصی معین شده‌اند مراتب را اطلاع میدهد».

تبصره- طبق ماده «۲۹۸» ق. امور حسبی: «وصیّتنامه وقتی معتبر است که تمام آن موجود باشد و ادعای فقدان وصیّتنامه اعم از اینکه این دعوی نسبت بتمام وصیّتنامه یا قسمتی از آن باشد مسموع نیست».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۶۹

باب دوم در ارث

اشاره

قانون مدنی مقرّرات مربوط بارث را مانند بسیاری از مقرّرات دیگر از حقوق امامیه اقتباس نموده است و در ترتیب موضوعات. نیز پیروی خود را از دست نداده و کتب فقها را سرمشق قرار داده است.

یکی از تأسیسات اجتماعی که قواعد و اصول حقوقی در آن کمتر بکار رفته ارث میباشد. در ادوار تاریخ ملل، ارث بر عادات متداوله اجتماعی گذارده شده بوده و در هر دوره‌ای تا آنجا که نظم جامعه را مختل نمینموده اعتدال و نصفت در آن رعایت شده است. این امر اختصاص بحقوق ملّت خاصی ندارد، بلکه تمامی ملل در ادوار تاریخی گذشته از روش مزبور منحرف نشده‌اند. ارث در هر یک از قوانین موجود نتیجه تحولات عمیقی است که در ادوار متمادی دچار بوده و سرچشمه خود را از روزهای تاریک تاریخ میگیرد و حدسیات جامعه‌شناسان که نتیجهٔ مطالعه در حالات اقوام و ملل مختلفه میباشد تا اندازهٔ میتواند ما را بر آن آگاه گرداند.

قانون مدنی در مادهٔ «۱۲۰» ارث را چهارمین سبب تملّک شناخته است. ارث در لغت بمعنی ترکه و مالی است که از متوفی باقی میماند و در اصطلاح عبارت از انتقال قهری دارائی متوفی بورثهٔ او میباشد. منظور از دارائی اموال و حقوق مالی متوفی است که در حین فوت دارا بوده است و دیون بورثه منتقل نمیشود و بر ترکه تعلّق میگیرد و در حقیقت ترکه وثیقه دیون آنان است بدون آنکه ورثه شخصاً مدیون آن طلبکاران باشند. انتقال ترکه بدون ارادهٔ متوفی و ورثه تحقق پیدا مینماید و بدین جهت آن را انتقال قهری گویند. متوفی را مورث، کسی که ارث میبرد و ارث و دارائی متوفی را ترکه نامند. برای آنکه مالی بوسیله ارث از کسی بدیگری منتقل شود موجبات و شرایطی باید موجود باشد و موانعی از آن جلوگیری ننماید که ذیلًا شرح هر یک بیان میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۰

فصل اول در موجبات ارث و طبقات مختلفهٔ وراث

اشاره

موجب ارث عبارت از رابطهٔ است بین دو نفر که در اثر فوت یکی، دیگری از او قهراً ارث ببرد. رابطهٔ مزبور قرابت (خویشاوندی) است.

قرابت بر دو قسم است: نسبی و سببی. مادهٔ «۸۶۱» ق. م میگوید: «موجب ارث و امر است: نسب و سبب».

مبحث اول – نسب

اشاره

نسب عبارت است از اتصال کسی بوسیلهٔ ولادت بدیگری، خواه آنکه نسب منتهی باو شود، مانند پسر نسبت بپدر و یا آنکه نسب آن دو بشخص ثالث منتهی گردد، مانند نسب دو برادر که بپدر منتهی میشود.

بنابراین تعریف نسب بر دو قسم است:

۱– نسب بخط مستقیم–

اشاره

و آن عبارت از خویشاوندی است که بوسیلهٔ ولادت یکی از دیگری محقق میگردد و بدین جهت آن را عمودی نامند. کسانی که دارای چنین رابطهٔ هستند خویشاوندان بخط عمودی یا اقربای عمودی گویند. و آن بر دو قسم است: صعودی و نزولی.

الف– خویشاوندان صعودی–

و آنان عبارت از کسانی میباشند که شخص از آنها متولّد شده است، مانند پدر، مادر، جد و جده هر چه بالا رود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۱

ب– خویشاوندان نزولی–

و آنان عبارت از کسانی میباشند که از شخص متولّد شده‌اند، مانند اولاد، اولاد اولاد هر چه پائین روند.

۲– نسب بخط اطراف–

و آن عبارت از خویشاوندی است بین دو نفر که بوسیلهٔ ولادت از یک نفر بوجود آمده است، خواه ولادت مزبور بدون واسطه باشد مانند برادر و خواهر، و یا بواسطه مانند پسر برادر، پسر خواهر، دختر عمو و پسر عمه.

کسانی که دارای خویشاوندی بخط اطراف هستند اقربای بخط اطراف نامند.

اشخاص مزبور که خویشاوندی آنان بیک نفر منتهی میشود، گاه آن یک نفر پدر تنها است که آنها را اقربای أبی (پدری) یکدگر گویند، و گاه دیگر مادر تنها است که آنها را اقربای امّی (مادری) یکدگر نامند و گاه پدر و مادر است که آنها را اقربای ابوینی (پدر مادری) یکدیگر گویند. مثلًا چنانچه دو برادر در نظر گرفته شود، گاه خویشاوندی آنان فقط از طرف پدر است و هر یک از آن دو برادر دارای مادر جداگانه هستند که آن دو را برادران أبی گویند. و گاه آن دو برادر از یک مادر میباشند و پدر آنان جدا است که آن دو را برادران امّی نامند. و گاه از یک پدر و مادر هستند که آن دو برادران ابوینی میباشند.

خویشاوندان اعم از آنکه در خط مستقیم باشند و یا در خط اطراف باعتبار نزدیکی بشخص در درجاتی قرار میگیرند. درجه از روی عدهٔ نسلها معین میگردد.

مثلًا در قرابت بخط عمودی، پسر نسبت بپدر در درجه اول نزولی، و نوه نسبت بجد در درجهٔ دوم نزولی قرار گرفته است، همچنانی که پدر، نسبت به پسرش در درجه اول صعودی و جد نسبت به نوه‌اش در درجهٔ دوم صعودی میباشد.

در قرابت بخط اطراف طریق احتساب درجات از کسی که درجه قرابت او با دیگری مورد نظر است آنست که، از او بجامع نسب، بالا رفته و از جامع نسب، پائین آمده تا بدیگری برسد، چنانکه برای بدست آوردن درجهٔ قرابت برادر نسبت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۲

به خواهر از برادر بپدر که جامع نسب است یک درجه و از پدر بخواهر درجهٔ دیگر محسوب میشود، بنابراین برادر و خواهر در درجهٔ دوم یکدیگر قرار دارند.

احتساب قرابت نسبی بطریق مذکور در بالا در ارث مورد نظر قانون مدنی ایران قرار نگرفته است و طبقه‌بندی مخصوص بخود دارد که شرح آن ذیلًا بیان میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۳

باب اول طبقات ارث

اشاره

قانون مدنی در مادهٔ «۸۶۲» کسانی را که بنسب ارث میبرند باعتبار نزدیکی بمتوفی بسه طبقه تقسیم نموده است.

«۱- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد»

اولاد شخص بکسانی گفته میشود که از نطفهٔ او مستقیم بوجود آید. منظور از اولاد اولاد کسانی هستند که غیر مستقیم از نطفهٔ او پیدایش یابند. فرقی نمینماید که اولاد غیر مستقیم از پسر باشد مانند نوهٔ پسری یا از دختر باشد مانند نوهٔ دختری.

«۲- اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها»

منظور ماده از اجداد، پدر پدر یا پدر مادر و هر چه که بالا رود میباشد. اجداد باعتباری شامل جدات میشود و آنها عبارتند از مادر پدر یا مادر مادر هر چه که بالا رود. ممکن است کلمهٔ جدات در ماده اشتباهاً ساقط شده باشد، زیرا استعمال کلمهٔ اجداد بطور مجاز در جدات مناسب با روش قانون‌نویسی نمیباشد. چنانچه از مواد دیگر استنباط میشود جدات در ردیف اجداد از طبقه دوم بشمار میروند. منظور ماده از برادر و خواهر اعم از برادر و خواهر ابوینی یا أبی یا امّی میباشد.

«۳- اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها»

منظور ماده از اعمام، برادر پدر یا برادر جد پدری شخص است، اعم از آنکه با آنان از یک پدر و مادر یا پدری تنها و یا مادری تنها باشد و همچنین است. منظور ماده از اخوال نسبت بمادر.

عمات عبارتند از خواهر پدر یا خواهر جد پدری، خواه از یک پدر و مادر باشند یا آنکه پدری تنها و یا مادری تنها باشند و همچنین است منظور ماده از خالات نسبت بمادر.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۴

تقسیم اقربای نسبی در ارث بسه طبقه، باعتبار نزدیکی از نظر اجتماعی و محبتی است که شخص بخویشاوندان خود دارد. این امر در افکار اجتماعی مشهود است، زیرا نوعاً شخص بپدر و مادر و اولاد خود که در طبقهٔ اول قرار دارند بیش از برادر و خواهر و جد و جده که در طبقهٔ دوم هستند علاقه و محبت دارد و همچنین نسبت باینان بیش از عمو و عمه و دائی و خاله علاقه‌مند است. هر طبقه از این طبقات سه گانه بترتیب در ارث مقدم بر دیگری است و مادام که فردی از طبقه اول باقی است طبقهٔ دوم ارث نمیبرد، همچنانی که هر گاه فردی از طبقهٔ دوم موجود باشد از طبقهٔ سوم کسی ارث نخواهد برد. این است که ماده «۸۶۳» ق. م میگوید: «وارثین طبقهٔ بعد وقتی ارث میبرند که از وارثین طبقهٔ قبل کسی نباشد».

چنانکه مواد بعد تصریح مینمایند، در هر طبقه نیز درجاتی موجود است که درجهٔ نزدیکتر در ارث مقدم بر درجهٔ دورتر میباشد و با بودن او دیگران ارث نمیبرند.

مثلًا ورثهٔ طبقهٔ اول که عبارتند از پدر، مادر، اولاد و اولاد اولاد، بدو دسته تقسیم میشوند: دسته اول پدر و مادر، دسته دوم اولاد و اولاد اولاد. دسته اخیر دارای درجاتی است که در طبقهٔ خود بعضی مقدم بر بعض دیگر در ارث میباشند، چنانکه اولاد در ردیف اولاد اولاد نیست و مادام که اولاد بلا فصل متوفی موجود هستند اولاد اولاد او ارث نمیبرند. بنابراین اولاد در درجه مقدم بر اولاد اولاد قرار دارد.

همچنین وراث طبقه دوم و سوم دارای درجاتی هستند که بعضی در ارث مقدم بر بعضی دیگرند که شرح آن خواهد آمد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۵

مبحث دوم- سبب

اشاره

سبب عبارت از خویشاوندی است بین دو نفر که در اثر رابطهٔ زوجیّت بوجود می‌آید. زوجیت دائم موجب ارث میگردد. مادهٔ «۹۴۰» قانون مدنی: «زوجین که زوجیّت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث میبرند».

زوجیّت فقط سبب توارث بین هر یک از زوجین از دیگری میباشد و خویشاوندان یکی از آن دو از دیگری ارث نمیبرد، مثلًا مادر و پدر و برادران یکی از زوجین وارث دیگری نمیباشد. این است که مادهٔ «۸۶۴» ق. م میگوید: «از جمله اشخاصی که بموجب سبب، ارث میبرند هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد».

تذکره در حقوق اسلام کسانی که بموجب سبب، ارث میبرند دو طبقه‌اند: زوجیت و ولاء.

اول- زوجیت

و آن عبارت است از رابطهٔ که در اثر نکاح دائم حاصل میگردد.

دوم- ولاء

اشاره

ولاء بفتح واو، بمعنی نزدیکی است. مراد از ولاء در این مورد رابطهٔ است بین شخصی با دیگری بجهتی از جهات غیر از خویشاوندی، که موجب ارث شناخته شده است. ولاء دارای سه مرتبه است:

۱- ولاء عتق

و آن رابطه‌ایست بین مولی و بنـده، که در اثر آزاد نمودن بنده بوجود می‌آید و موجب ارث بردن مولی از او میشود. رابطهٔ مزبور در صورتی حاصل میگردد که مولی در زمان آزاد کردن بنده مسئولیت ضمان جریره او را از خود سلب ننموده باشد.
در این صورت چنانچه بنـده آزاد شـده وارث نسبی از خود باقی نگـذارد و بمیرد مولائی که او را آزاد نموده وارث او خواهد بود و الا هر گاه بنـده وارث نسبی داشـته باشد ترکه از آن او است. در صورتی که بندهٔ مزبور زوجهٔ دائمه داشـته باشد، زوجه سـهم اعلای خـود را که ربع باشـد میبرد و بقیه بمولی میرسـد. در صورتی که مولی در زمـان آزاد نمودن بنـدهٔ خود، از ضـمان جریرهٔ او تـبری جوید، وارث بنده آزاد شده نخواهد بود. (زیرا در
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۶
صورتی که عصبه برای بنـده آزاد شـده نباشد معتق عاقله است و مسئول دیه خطاء او میباشد و در مقابل آن معتق در صورت نبودن وارث برای بنده آزاد شده از او ارث میبرد).

۲- ولاء ضمان جریره

جریره بفتح جیم بمعنی بزه است. ضـمان جریره رابطه‌ایست بین کسی با دیگری که در اثر عقد مخصوص بوجود می‌آید و در نتیجهٔ آن از یکـدیگر ارث میبرند. عقد مزبور آنست که کسـی بدیگری بگوید: قرار داد مینمائیم که تو مرا حمایت و کمک کنی و من تو را کمـك و حمـایت نمایم و تو عاقله من باشـی و من عاقله تو باشم و تو از من ارث ببری و من از تو ارث ببرم، و طرف دیگر آن را قبول نماید.
در این صورت ضامن جریره از مضمون خود در صورتی ارث میبرد که مضمون وارث نسبی و آزاد کنندهٔ نداشته باشد، زیرا چنانکه بـآن اشاره شـد ضامن جریره در صورتی ارث میبرد که متوفی وارث نسبی و همچنین در اثر ولاء عتق، مولی وارث او شـناخته نشود. در صورتی که متوفی زوجه دائمه از خود باقی گذاشته باشد، او نصیب اعلای خود را که ربع باشد میبرد و بقیه از آن ضامن جریره خواهد بود.

۳- ولاء امامت

در صورتی که کسـی بـدون وارث بمیرد و ولاـء عتق و ضامن جریره نیز نداشـته باشـد، امام علیه السـلام چنانچه حاضـر باشـد وارث شناخته میشود و در صورت غیبت امام علیه السـلام مانند عصـر کنونی، ترکهٔ متوفی بمصـرف فقراء و مساکین شهر متوفی میرسد. در صورتی که متوفی زوجه دائمه داشـته باشـد او ربع ترکه را میبرد. و بقیه از آن امـام و در زمان غیبت بمصـرف فقراء و مساکین شـهر متوفی خواهد رسید.
بعضـی از فقها در کتب خود، موجب ارث را سه چیز دانسته‌اند: نسب، سبب و ولاء بنابراین ولاء در ردیف سبب و نسب میباشد و از اقسام سبب محسوب نمیگردد.
از نظر قـانون مـدنی نحوهٔ بیـان عبارت مادهٔ «۸۶۴» ق. م که میگویـد (از جمله اشخاصـی که بمـوجب سـبب ارث میبرنـد هر یـک از زوجین است) مانند آنست که غیر از زوجین کسان دیگری هسـتند که بموجب سـبب ارث میبرنـد و حال آنکه قانون مدنی نامی از کسـان دیگر نبرده است. بنظر میرسـد که قـانون مـدنی برای رعایت حقوق امامیه که اقسام سه‌گانه ولاء را از اسـباب ارث میشناسد، ماده را مجمل بیان نموده
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۷

است تا دچار اعتراض افکار محیط زمان تصویب قانون مزبور نگردد. نمیتوان بکمک روح قوانین موضوعه و عادات مسلمه ولاء عتق و ولاء ضمان جریره را از اسباب ارث دانست، زیرا با الغاء مالکیّت برده و عدم اجرای احکام کیفری اسلامی موضوعی برای ولاء ضمان عتق و ولاء ضمان جریرهٔ باقی نمیماند. بدین جهت از نظر قضائی نمیتوان سبب دیگری را غیر از زوجیّت از اسباب توارث شناخت، در مورد ولاء امامت قانون مدنی در مادهٔ «۸۶۶» چنانکه شرح آن خواهد آمد میگوید: «در صورت نبودن وارث امر ترکه متوفی راجع بحاکم است» که طبق مادهٔ «۳۳۵» ق امور حسبی ترکه بخزانه دولت داده میشود.

مبحث سوم – اجتماع موجبات متعدده

اشاره

مادهٔ «۸۶۵» ق. م میگوید: «اگر در شخصی واحد موجبات متعددهٔ ارث جمع شود، بجهت تمام آن موجبات ارث میبرد، مگر اینکه بعضی از آنها مانع دیگری باشد که در این صورت فقط از جهت عنوان مانع میبرد». هر کس که یکی از اقسام خویشاوندی مذکور در بالا ـ را دارا و حاجب نداشته باشد نصیب معینی از ترکه را میبرد، زیرا قانون هر یک از آن روابط را از موجبات ارث شناخته است، مثلًا کسی که زوجهٔ دائمهٔ متوفی میباشد باعتبار رابطهٔ زناشوئی که با متوفی دارد سهمی برای او مقرّر است که عبارت باشد از ربع در صورت نبودن اولاد برای متوفی، و ثمن در صورت بودن اولاد برای او و همچنین دختر عموی متوفی در صورت نبودن وارث مقدم، باعتبار رابطهٔ نسبی که با متوفی دارد سهیم در ترکه او خواهد بود و امثال آن. ممکن است شخص واحد از چند جهت با متوفی خویشاوندی داشته باشد که هر یک از آنها بتنهائی از موجبات ارث شناخته شده است، مانند آنکه دختر عموی متوفی زوجهٔ دائمهٔ او باشد. در این صورت زن مزبور برای هر یک از آن موجبات و روابط با متوفی سهم الارث معینی را دارا خواهد بود. چنانکه در مورد مثال بالا که زوجه متوفی دختر عموی او میباشد هرگاه وارثی مقدم بر او نباشد، سهم زوجه و سهم دختر
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۸
عمو را خواهد برد. بنابراین هرگاه در کسی موجبات عدیده ارث جمع شود، بجهت تمامی آنها ارث میبرد مگر آنکه بعضی از موجبات مقدم بر بعض دیگر باشد.

اجتماع موجبات عدیدهٔ ارث بر دو قسم است:

۱– اجتماع چند خویشاوندی نسبی

و آنگاه اجتماع دو موجب نسبی است مانند آنکه کسی عمه و خاله متوفی و یا آنکه عمو و دائی متوفی باشد و گاه دیگر ممکن است از چندین جهت کسی خویشاوندی نسبی با متوفی داشته باشد مانند کسی که نوهٔ پسری عموی متوفی است و نیز از جهات دیگر نوهٔ پسری دائی، نوهٔ دختری عمه و نوهٔ دختری خاله او میباشد. در صورت بالا هرگاه وارث مقدمی برای متوفی نباشد وارث مزبور از هر یکی از جهات عدیده ارث میبرد. در صورت اجتماع موجبات متعدده در شخص واحد ممکن است بعضی از آن موجبات مانع از ارث بردن او بعنوان بعض موجبات دیگر باشد، مانند آنکه برادر متوفی پسر عموی او نیز باشد، در این صورت وارث مزبور فقط باعتبار خویشاوندی برادری از متوفی ارث میبرد، زیرا برادر از وراث طبقه دوم میباشد و پسر عمو از وراث طبقه سوم است و طبقه مقدم مانع از ارث بردن طبقهٔ مؤخّر میباشد.

۲– اجتماع خویشاوندی سببی و نسبی

چنانکه گذشت که زوجهٔ دائمه متوفی دختر عمو یا دختر دائی او باشد، در این صورت هرگاه وارثی از طبقه و درجهٔ مقدم نباشد، زوجهٔ مزبور بدو جهت ارث میبرد، بسمت زوجیّت و بسمت دختر عمو یا دختر دائی. در صورتی که متوفی وارث نسبی از طبقه مقدم مانند فرزند و یا درجه مقدم مانند عمو و دائی داشته باشد، فقط زوجه بسمت زوجیت ارث خواهد برد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۷۹

فصل دوم در شرائط ارث

اشاره

خویشاوندی بتنهائی کافی برای ارث بردن یکی از دیگری نیست، بلکه باید شرایطی نیز موجود باشد تا از آن بتواند برخوردار شود. شرایط مزبور عبارتند از:

۱- موت مورث ۲- وجود وارث ۳- وجود ترکه برای متوفی.

مبحث اول- موت مورث

اشاره

خویشاوندی بتنهائی کافی نیست که خویشاوندان بتوانند بعنوان ارث از دارائی یکدیگر برخوردار گردند، بلکه اولین شرط وراثت اینان موت مورث است، زیرا چنانکه گذشت در اثر موت اموال متوفی بخویشاوندانش که در زمان فوت در قید حیات هستند منتقل میشود. این است که تاریخ موت مورث باید معلوم گردد تا خویشاوندان آن زمان دانسته شود. موت بر دو قسم است: موت حقیقی و موت فرضی. این است که مادهٔ «۸۶۷» ق. م. میگوید: «ارث بموت حقیقی یا بموت فرضی مورث تحقق پیدا میکند».

۱- موت حقیقی

چنانکه از نام آن معلوم میباشد موت حقیقی عبارت از ازهاق روح از بدن میباشد. در صورتی که موت حقیقی مورد اختلاف قرار گیرد بوسیلهٔ شناسنامه که فوت در آن قید شده و یا ادلهٔ دیگر مانند شهادت شهود قابل اثبات است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۰

غیبت هر چه بطول انجامد نمیتواند موجب انتقال اموال غائب بورثهٔ او گردد، زیرا این امر بخودی خود کاشف از فوت غائب نخواهد بود، بدین جهت دارائی غائب مفقود الاثر برای حفاظت و ادارهٔ آن طبق مقرّرات مذکور در مواد «۱۰۱۱» الی «۱۰۱۵» ق. م و مواد «۱۲۶» الی «۱۵۰» قانون امور حسبی بامینی که تعیین میگردد سپرده میشود تا وضعیّت غائب معلوم گردد. در صورتی که غائب مراجعت نماید و یا نمایندهٔ از خود معرّفی کند، دارائی بتصرف او داده خواهد شد و الا چنانکه مادهٔ «۱۰۱۶» ق م میگوید: «هرگاه هم فوت و هم تاریخ فوت غایب مفقود الاثر مسلم شود اموال او بین وراث موجود حین الموت تقسیم میگردد اگر چه یک یا چند نفر آنها از تاریخ فوت غایب ببعد فوت کرده باشد». با مسلم شدن فوت غائب دوران حفاظت و ادارهٔ اموال او بوسیلهٔ امین سپری میگردد و کشف میشود که ترکه از تاریخ فوت غائب متعلّق بورثهٔ موجود در حین فوت بوده است و طبق مقرّرات ارث بین ورثه مزبور تقسیم میشود. در صورتی که بعضی از ورثه بعد از فوت غایب مرده باشند سهم آنان- بازماندگانشان داده خواهد شد. طبق مادهٔ «۱۰۱۷» ق. م: «اگر فوت غایب بدون تعیین تاریخ فوت ثابت گردد، محکمه باید تاریخی را که فوت او در آن تاریخ

محقق بوده معین کند، در این صورت اموال غایب بین وراثی که در تاریخ مزبور موجود بوده‌اند تقسیم میشود». چنانکه در بالا تذکر داده شد که ترکه متوفی قهراً متعلّق بورثه موجود حین فوت خواهد بود، هرگاه تاریخ فوت غایب مسلم نباشد، دادگاه با رسیدگی و ادله ابرازی از طرف اشخاص ذی‌نفع و ادله موجود در پرونده، تاریخ فوت را تعیین خواهد کرد، و ترکه متوفی متعلّق بخویشاوندان غایب است که در تاریخ مزبور موجود میباشد.

مادهٔ بالا ـ اگر چه دادگاه را بطور مطلق موظف بتعیین تاریخ فوت غایب نموده است، ولی بنظر میرسد که هرگاه وضعیّت خویشاوندان غایب از زمان غیبت تا تاریخ فوت او تغییر ننموده باشد، یعنی کسی از آنان فوت نکرده و چنانچه بعضی هم فوت نموده تأثیر در وراثت نداشته است، دانستن تاریخ فوت غایب بلااثر میباشد. بنابراین مناسب است ماده را ناظر بموردی دانست که تعیین تاریخ فوت برای دانستن ورثه لازم

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۱

باشد و آن در صورتی است که بعضی از بازماندگان غایب در مدت غیبت او فوت کرده و این امر در استحقاق ترکه تأثیر داشته باشد، چنانکه معلوم نباشد که فوت غایب قبل یا بعد از فوت بازماندگان او بوده است.

۲- موت فرضی

موت فرضی، چنانکه از نام آن معلوم میگردد، در صورتی است که موت کسی مسلم نباشد و برای خاتمه دادن بوضعیّت متزلزل حقوقی او، فرض موت او بشود. و آن در مورد غایب مفقود الاثری پیش می‌آید که مدتی از غیبت او بگذرد.

رسیدگی و صدور حکم موت فرضی بوسیلهٔ دادگاه بعمل می‌آید. دادگاه صالح برای این امر چنانکه از مادهٔ «۱۵۳» ق. م امور حسبی استنباط میشود، دادگاهی است که رسیدگی بامور غائب مفقود الاثر را مینماید. مادهٔ «۱۲۶» ق. م امور حسبی میگوید: «امور راجع بغایب مفقود الاثر با دادگاه شهرستان محلّی است که آخرین اقامتگاه غایب در آن محل بوده» بنابراین دادگاه صالح برای رسیدگی و صدور رأی حکم موت فرضی غایب مفقود الاثر، دادگاه شهرستان محلّی میباشد که آخرین اقامتگاه غایب در آن بوده است.

بدستور مادهٔ «۱۲۷» قانون امور حسبی: «هرگاه آخرین اقامتگاه غائب در خارج از ایران باشد، دادگاهی برای رسیدگی بامور غائب صالح است که آخرین محل سکونت غایب در حوزه آن دادگاه بوده» منظور ماده، آخرین محل سکونت غائب، در ایرانست. بنابراین برای حکم موت فرضی غایبی که در پاریس اقامتگاه داشته و برای سیاحت یا تجارت بایران آمده و در تهران چندی در مهمانخانه سکونت نموده است بدادگاه شهرستان تهران باید مراجعه گردد.

مادهٔ «۱۲۸» ق. امور حسبی: «هرگاه غایب در ایران اقامتگاه یا محل سکنی نداشته یا اقامتگاه و محل سکنای او در ایران نباشد دادگاه محلّی برای رسیدگی بامور غائب صالح است که ورثه غائب در آن محل اقامت یا سکنی دارند» چنانکه از مادهٔ «۱۲۸» قانون امور حسبی معلوم میگردد، منظور از دادگاه، دادگاه شهرستان

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۲

محل اقامت یا سکنای ورثه در ایران است. در صورتی که ورثه غایب متعدد باشند و هر یک در حوزهٔ دادگاههای مختلف اقامت یا سکونت داشته باشند، بنظر میرسد که رسیدگی بموت فرضی در یکی از دادگاههای مزبور بعمل می‌آید. بدون آنکه فرقی بین آنها باشد.

بدستور مادهٔ «۱۲۹» ق. م امور حسبی: «در صورتی که ورثه غائب در ایران معلوم نباشد، دادگاهی صالح است که غائب در آنجا مال دارد». ماده ظاهراً حکم موردی را بیان مینماید که غائب وارث دارد و محل اقامت یا سکونت او در ایران معلوم نیست و نسبت

بموردی که وارث او در ایران نباشد و یا وارث نسبی و سببی اصلًا نداشته باشد بسکوت برگزار نموده است. آنچه بنظر میرسد آنست که از روح مادهٔ بالا با توجه بمواد قبل آن میتوان استنباط نمود که در موارد مزبور نیز درخواست از دادگاه شهرستانی میشود که مال در حوزهٔ آنست. نظر باطلاق ماده فرقی نمینماید که مال منقول باشد یا غیر منقول.

طبق مادهٔ «۱۵۳» قانون امور حسبی: «اشخاص زیر میتوانند از دادگاه درخواست صدور حکم موت فرضی غایب را بنمایند:

۱- ورثهٔ غایب.

۲- وصی و موصی له».

طلبکاران غایب نمیتوانند درخواست موت فرضی بنمایند، زیرا بدستور مادهٔ «۱۴۷» قانون امور حسبی، امین باید دیون غایب را از اموال او بپردازد.

بنابراین طلبکار از حکم موت فرضی غایب منتفع نمیگردد.

بدستور مادهٔ «۱۵۴» قانون امور حسبی: «درخواست باید کتبی و مشتمل بر امور زیر باشد:

۱- مشخصات غایب.

۲- تاریخ غیبت.

۳- دلائلی که بموجب آن درخواست‌کننده، حق درخواست صدور حکم موت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۳

فرضی را دارد.

۴- ادله و اسنادی که مطابق مادهٔ «۱۰۲۰» و «۱۰۲۱» و «۱۰۲۲» قانون مدنی ممکن است بموجب آن ادله و اسناد درخواست حکم موت فرضی غایب را نمود».

طبق مادهٔ «۱۵۵» قانون امور حسبی: «پس از وصول درخواست‌نامه، دادگاه اظهارات و دلائل درخواست‌کننده را در نظر گرفته و در صورتی که اظهارات و دلائل نامبرده را موجه دانست آگهی مطابق مادهٔ «۱۰۲۳» قانون مدنی ترتیب میدهد و این آگهی در ۳ نوبت متوالی هر کدام بفاصلهٔ یک ماه منتشر میشود و جلسهٔ رسیدگی بدرخواست، بفاصله یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی معین میگردد.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۳، ص: ۱۸۳

مقرّرات این ماده در صورتی اجرا میشود که قبلًا در زمینهٔ درخواست تصرف اموال، آگهی نشده باشد و چنانچه مطابق مادهٔ «۱۰۲۵» قانون مدنی آگهی شده باشد دادگاه بآن آگهی اکتفا مینماید». مادهٔ مزبور جلسه رسیدگی بموت فرضی را منوط بگذشتن یک سال از تاریخ اولین آگهی قید نموده است و مادهٔ «۱۵۵» قانون امور حسبی که تاریخ تصویب آن مؤخر بر قانون مدنی جلد دوم است جلسه رسیدگی بموت فرضی را گذشتن یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی تعیین کرده است.

مادهٔ «۱۰۱۹» ق. م: «حکم موت فرضی غایب در موردی صادر میشود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمیماند».

مادهٔ «۱۰۲۰» ق. م: «موارد ذیل از جملهٔ مواردی محسوب است که عادتاً شخص غایب زنده فرض نمیشود:

۱- وقتی که ده سال تمام از تاریخ آخرین خبری که از حیات غایب رسیده است گذشته و در انقضاء مدت مزبور سن غایب از

هفتاد و پنج سال گذشته باشد.

۲- وقتی که یک نفر بعنوانی از عناوین جزء قشون مسلح بوده و در زمان جنگ مفقود و سه سال تمام از تاریخ انعقاد صلح بگذرد، بدون اینکه خبری از او برسد.

هرگاه جنگ منتهی بانعقاد صلح نشده باشد مدت مزبور پنج سال از تاریخ ختم جنگ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۴

محسوب میشود.

۳- وقتی که یک نفر حین سفر بحری در کشتی بوده که آن کشتی در آن مسافرت تلف شده است و سه سال تمام از تاریخ تلف شدن کشتی گذشته باشد، بدون اینکه از آن مسافر خبری برسد».

مادهٔ «۱۰۲۱»: «در مورد فقرهٔ اخیر مادهٔ قبل اگر با انقضای مدتهای ذیل که مبدء آن از روز حرکت کشتی محسوب میشود کشتی بمقصد نرسیده باشد و در صورت حرکت بدون مقصد ببندری که از آنجا حرکت کرده برنگشته و از وجود آن به هیچوجه خبری نباشد کشتی تلف شده محسوب میشود.

الف- برای مسافرت در بحر خزر و داخل خلیج فارس یک سال.

ب- برای مسافرت در بحر عمان- اقیانوس هند- بحر احمر بحر سفید (مدیترانه) بحر سیاه و بحر آزوف دو سال.

ج- برای مسافرت در سایر بحار سه سال».

مادهٔ «۱۰۲۲» ق. م: «اگر کسی در نتیجهٔ واقعه‌ای بغیر آنچه در فقرهٔ ۲ و ۳ مادهٔ «۱۰۲۰» مذکور است دچار خطر مرگ گشته و مفقود شده و یا در طیاره بوده و طیاره مفقود شده باشد وقتی میتوان حکم موت فرضی او را صادر نمود که پنج سال از تاریخ دچار شدن بخطر مرگ بگذرد، بدون اینکه خبری از حیات مفقود رسیده باشد».

مادهٔ «۱۰۲۵» ق. م: «وراث غایب مفقود الاثر میتوانند قبل از صدور حکم موت فرضی او نیز از محکمه تقاضا نمایند که دارائی او را بتصرف آنها بدهد، مشروط بر اینکه اولًا غایب مزبور کسی را برای اداره کردن اموال خود معیّن نکرده باشد و ثانیاً دو سال تمام از آخرین خبر غایب گذشته باشد بدون اینکه حیات یا ممات او معلوم باشد.

در مورد این ماده رعایت مادهٔ «۱۰۲۳» راجع باعلان مدت یک سال حتمی است»

مادهٔ «۱۰۲۶» ق. م: «در مورد مادهٔ قبل وراث باید ضامن و یا تضمینات کافیه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۵

دیگر بدهند تا در صورت مراجعت غایب و یا در صورتی که اشخاص ثالث حقّی بر اموال او داشته باشند از عهدهٔ اموال و یا حق اشخاص ثالث برآیند. تضمینات مزبور تا موقع صدور حکم موت فرضی غائب باقی خواهد بود».

بدستور مادهٔ «۱۵۶» قانون امور حسبی: «رسیدگی با حضور درخواست‌کننده و دادستان بعمل می‌آید. عدم حضور درخواست‌کننده مانع رسیدگی نیست».

طبق مادهٔ «۱۵۷» ق امور حسبی: «دادگاه میتواند هرگونه تحقیق که مقتضی بداند بنماید و پس از احراز موجبات صدور حکم موت فرضی، حکم میدهد».

مادهٔ «۱۵۸» ق. امور حسبی میگوید: «حکم باید مشتمل بر امور زیر باشد:

۱- نام و نام خانوادهٔ درخواست‌کننده.

۲- مشخصات غایب.

۳- دلائل و مستندات حکم.

۴- تاریخ صدور حکم».

طبق مادهٔ «۱۵۹» ق. امور حسبی: «درخواست‌کننده میتواند از رد درخواست خود و دادستان از حکم موت فرضی پژوهش بخواهد و رأی پژوهش قابل فرجام نیست».

مادهٔ «۱۶۰» ق. امور حسبی میگوید: «بعد از قطعیت حکم موت فرضی تأميناتی که از امین یا ورثه گرفته شده است مرتفع میشود».

بدستور مادهٔ «۱۰۱۸» قانون مـدنی مفاد مادهٔ «۱۰۱۷» در مورد حکم موت فرضـی بایـد رعـایت شود. مادهٔ «۱۰۱۷» ق. م: «اگر فـوت غایب بـدون تعیین تاریـخ فوت ثابت گردد، محکمه بایـد تاریخی را که فوت او در آن تاریخ محقق بوده معین کند، در این صورت اموال غایب بین وراثی که در تاریخ مزبور موجود بوده‌اند تقسیم میشود».

مادهٔ «۱۶۱» قـانون امور حسـبی: «در هر موقع که موت حقیقی یـا زنـده بودن غـایب معلوم شود، اقـداماتی که راجع بموت فرضـی او بعمل آمده است بلااثر خواهد شد، مگر اقداماتی که برای حفظ و ادارهٔ اموال غایب شده است»

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۶

مادهٔ «۱۰۲۷» ق. م: «بعـد از صدور حکم فوت فرضـی نیز اگر غایب پیدا شود، کسانی که اموال او را بعنوان وراثت تصـرف کرده‌اند باید آنچه را که از اعیان و یا منافع اموال مزبور حین پیدا شدن غایب موجود میباشد مسترد دارند».

مبحث دوم- وجود وارث

اشاره

دومین شـرط وراثت زنـده بودن وارث در حین موت مورث است، زیرا ارث انتقال قهری مال از متوفی بوارث میباشـد و بدون وجود منتقـل الیه انتقال حاصل نمیگردد، این است که تاریـخ فوت مورث بایـد معلوم باشـد تا بتوان دانست که در حین فوت او چه کسانی موجود بوده و میتوانستند ارث ببرند. بنابراین کسی که وارث قرار میگیرد، هرگاه وجود او در حین فوت مورث محرز نباشد ارث باو داده نمیشود، زیرا وجود شرط وراثت، محقق نمیباشد. اینست که مادهٔ «۸۷۵» ق. م میگوید:

«شـرط وراثت زنـده بـودن در حین فوت مورث است ...» در صورتی که زنـده بودن کسـی که ارث او مطالبه میشود، در حین فوت مورث محرز نباشد و مورد اختلاف قرار گیرد، ذی‌نفع میتواند آن را بوسیلهٔ هر دلیلی اثبات نماید و پس از اثبات آنکه شخص مزبور در تاریخ فوت مورث موجود بوده در حدود شرائط مقرره از متوفی ارث خواهد برد.

در این قسمت سه موضوع باید مورد نظر قرار گیرد:

یک- حمل

اشاره

چنانکه در وصـیّت گـذشت، حمل موجود طفیلی است و وجود مستقل و جداگانـهٔ از مادر ندارد، لذا شایسـته است مورد بحث قرار گیرد که حمـل بـا وضـعیتی که در حین فـوت مـورث دارا میباشـد، آیـا میتوانـد از حقوقی که افراد مسـتقل در اثر فوت از آن متمتع میشوند بهره‌مند گردد یا از آن محروم است؟.

مادهٔ «۹۵۷» قانون مدنی، بهره‌مند شدن حمل را از حقوق مدنی بصورت قاعده کلی بیان نموده میگوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد مشروط بر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۷

اینکه زنـده متولّـد شود» و توارث یکی از حقوق مـدنی است. چنانکه از مادهٔ «۸۷۵» ق. م که میگویـد: «شـرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشـد در صورتی ارث میبرد که نطفـهٔ او حین الموت منعقـد بوده و زنده هم متولّد شود اگر چه فوراً پس از تولّد بمیرد».

معلوم میشود، حمل با جمع بودن دو شرط ارث میبرد:

الف- انعقاد نطفه در زمان فوت مورث-

انعقاد نطفه عبارت از امتزاج تخمـهٔ مـذکر و تخمک مؤنّث است که پس از ورود نطفه مذکر در رحم بمدت قلیلی حاصل میشود. از تاریخ مزبور حیات جنینی شروع میگردد.

چنانکه از مادهٔ بالا فهمیـده میشود، هرگاه در حین فوت مورث نطفـهٔ جنین منعقـد نشـده باشـد، خواه آنکه هنوز وارد رحم نشـده، یا شده است ولی اختلاط حاصل نگردیده، ارث نمیبرد. بنابراین چنانکه نطفه بوسائل پزشکی از مرد گرفته شود تا بمادر تلقیح گردد و پس از فوت پـدر تلقیـح بعمل آیـد، حمل مزبور از صاحب نطفه ارث نخواهد برد، زیرا ترکه بفوت مورث منتقل بورثهٔ موجود حین فوت او میشود و چیزی از ترکه بـاقی نمیمانـد تـا بحمل منتقل گردد. میتوان بوسـیلهٔ تحلیل عقلی و فلسـفهٔ طبیعی از نظر رأفت، حمل مزبور را نیز وارث دانست و باعتبـار تنقیـح مناط از مادهٔ بالا حکم بوراثت او نمود و از نظر حقوقی بر آن بود که زنـده متولّـد شـدن طفل مزبور کشف از مالکیّت او و نسبت بسهم الارثش از زمان فوت مورث مینماید، زیرا منظور غائی از انعقاد نطفه، پیدایش حمل از نطفـهٔ مـورث اسـت، ولی پیروی از ایـن نظر بسیار مشـکل و دور از روش قضـائی و اصـول حقـوقی در تفسـیر مـواد از لحـاظ افکـار اجتماعی کنونی میباشد.

کسـانی که ذی‌نفع در ترکه میباشـند، گـاه برای آنکه طفـل را از ارث محروم نماینـد، ممکن است در زمـان انعقاد نطفـهٔ او اختلاف کنند. مثلا هرگاه وارث متوفی منحصر بحمل و زن دائمه باشد و برادر متوفی برای اثبات وراثت خود مدعی گردد که حمل در زمان فوت متوفی وجود نداشته و بعداً نطفهٔ او منعقد شده است، یا آنکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۸

مـدعی گردد که حمل قبل از ازدواج با متوفی موجود بوده است، بـدین تقریب که زن مزبور قبلًا حامله بوده و بمتوفی شوهر کرده و پس از ده روز از تاریخ ازدواج، شوهر او در اثر سکتهٔ قلبی مرده است. گاه ممکن است اختلاف در زمان انعقاد نطفه طفلی باشد که حاجب از بعض ارث است، چنانکه کسـی بمیرد و وارث او منحصـر بپدر و مادر باشد و پدر باستناد آنکه مادر در زمان فوت مورث حـاجب داشـته بیش از یک سـدس در ترکه او را سـهیم ندانـد و مادر منکر آن شود باسـتناد آنکه نطفـهٔ حاجب پس از فوت مورث منعقـد شده است. مثلًا هرگاه متوفی پدر و مادر و دو برادر دارد که حاجب مادر میباشـند و مادر مدعی شود که نطفهٔ یکی از آن دو پس از فوت متوفی منعقـد شـده است. مادهٔ «۸۷۷» قـانون مـدنی راهنمائی نموده میگویـد: «در صورت اختلاف در زمان انعقاد نطفه امارات قانونی که برای اثبات نسب مقرّر است رعایت خواهد شد».

منظور مادهٔ بالا از اماراتی که برای اثبات نسب مقرّر است، قاعـدهٔ فراش و احتساب اقل و اکثر مدت حمل میباشد که قانون مدنی در باب نسب (مادهٔ ۱۱۵۸ ببعـد) آن را بیان نموده است. آنچه از مواد مزبور میتواند مورد اسـتناد قرار گیرد مادهٔ «۱۱۵۹» و ماده «۱۱۶۰» میباشد.

در صورتی که کسی مدعی گردد که نطفهٔ حمل پس از فوت مورث منعقد شده است دو حالت فرض میشود.

۱- هرگاه زن پس از انحلال نکاح، شوهر مجدد نکرده باشد. در این صورت طبق مادهٔ «۱۱۵۹» ق. م طفل ملحق بشوهر مزبور است، مشـروط بر اینکه از تاریـخ انحلال. تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشـته باشـد. قاعدهٔ مزبور مبتنی بر قاعدهٔ فراش است (مادام

که بتوان طفل را ملحق بشوهر دانست طفل از آن شوهر میباشد).

مدعی عدم الحاق طفل میتواند امارهٔ مزبور را بوسیلهٔ دلیل خارج ملغی الاثر نماید و ثابت کند که از تاریخ نزدیکی شوهر با زن، تا زمان ولادت طفل کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۸۹

مثلًا مدعی مزبور ثابت نماید که شوهر مدت سه سال در خارج از کشور میزیسته و یک ماه قبل از فوت، بتهران نزد زن خود آمده و طفل چهار ماه پس از فوت شوهر تولّد یافته است. یا آنکه مدعی ثابت کند که شوهر شش ماه قبل از فوت خود تهران را ترک گفته و برای مداوا باروپا رفته و در آنجا در بیمارستان فوت کرده است و زنش در تهران مانده و طفل پس از هفت ماه از تاریخ فوت شوهر، متولّد شده است. در دو صورت بالا- چنانکه مدعی بتواند ادعاء خود را ثابت کند، مسلم میگردد که طفل از متوفی نیست، زیرا طفل در صورت اول کمتر از شش ماه و در صورت دوم بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی فرضی متولّد شده است.

۲- هرگاه زن پس از انحلال نکاح، مجدداً شوهر کرده باشد، بدستور مادهٔ «۱۱۶۰» قانون مدنی عمل میشود.

مادهٔ «۱۱۶۰» ق. م: «در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولّد گردد، طفل بشوهری ملحق میشود که مطابق مواد قبل الحاق او بآن شوهر ممکن است. در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل بهر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق بشوهر دوم است، مگر آنکه امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند».

مادهٔ بالا دو صورت را متذکّر است:

اول- چنانکه طفل کمتر از شش ماه از تاریخ انعقاد نکاح دوم متولّد گردد، طفل از شوهر اول شناخته میشود، مشروط بر اینکه بیش از ده ماه از تاریخ انحلال نکاح اول نگذشته باشد، مگر آنکه ثابت گردد که از تاریخ نزدیکی شوهر اول با او بیش از ده ماه گذشته است که در این صورت طفل از شوهر اول نیست و از شوهر دوم نیز شناخته نمیشود، زیرا کمتر از شش ماه تولّد یافته است، بدین جهت است که مادهٔ «۱۱۵۸» ق. م میگوید: «طفل متولّد در زمان زوجیّت ملحق بشوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولّد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». مثلًا هرگاه زنی در اول اردیبهشت شوهرش بمیرد و پس از چهار

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۰

ماه و ده روز که عدهٔ او منقضی میشود یعنی ۱۶ شهریور، مجدداً شوهر کند و از مدت نکاح مزبور چهار ماه که میگذرد طفلی متولّد شود، طفل مزبور از شوهر اول شناخته میشود، زیرا طفل کمتر از ده ماه از تاریخ انحلال نکاح اول متولّد شده است.

دوم- در صورتی که طبق مواد بالا طفل را بتوان بهر دو شوهر ملحق دانست، چنانکه طفل کمتر از ده ماه از تاریخ انحلال نکاح اول و بیش از شش ماه از تاریخ ازدواج دوم گذشته باشد. طفل از آن شوهر دوم خواهد بود، زیرا قاعدهٔ فراش نسبت بشوهر دوم موجود میباشد، و نسبت بشوهر اول با نکاح دوم قطع شده است، مثلا هرگاه شوهری زن خود را طلاق دهد زن مزبور پس از سه طهر یا سه ماه که عدهٔ او خاتمه می‌یابد مجدداً شوهر کند و پس از شش ماه و چند روز از تاریخ ازدواج طفلی بدنیا آید، طفل مزبور از آن شوهر دوم شناخته میشود.

ب- زنده متولد شدن طفل

اشاره

دومین امری که قانون مدنی شرط ارث بردن حمل قرار داده زنده متولّد شدن او است، اگر چه فوراً بمیرد. علامتی که نوعاً برای زنده متولّد شدن نوزاد مورد نظر قرار میگیرد گریه کردن و حرکت بعضی اعضاء نوزاد است. این امور از علائم معمولی حیات میباشد و الا چنانچه علائم دیگری بر زنده متولّد شدن نوزاد موجود باشد مانند آنکه در اثر کالبد شکافی معلوم گردد که ریه‌های

کودک تنفس نموده است، برای اثبات وراثت او کافی است. چنانکه مادۀ بالا تصریح مینماید هرگاه حمل پس از زنده متولد شدن فوراً بمیرد از مورث خود ارث میبرد، بنابراین چنانچه حمل قبل از تولّد در شکم مادر بمیرد ارث نخواهد برد.

از نظر تحلیلی چنانکه حمل قبل از مادۀ «۸۷۵» ق. م معلوم میگردد سبب ارث بردن حمل، وجود او در حین فوت مورث است و زنده متولّد شدن شرط متأخّر میباشد و با تحقق آن کشف میشود که ترکه از زمان فوت باو منتقل شده است. فرقی نمینماید که حمل خود متولّد شود یا سقط گردد، خواه در اثر بیماری سقط شود یا کسی سبب سقط او گردد، زیرا اطلاق ماده شامل مورد مزبور میشود.

بنابر آنچه گذشت برای آنکه حمل بتواند از متوفی ارث ببرد، باید مسلم

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۱

باشد که زنده متولّد شده است. چنانکه تردید در حیات حمل در زمان ولادت باشد او ارث نمیبرد، زیرا اشک در تحقّق شرط است و اصل عدم تحقق آن میباشد. این است که ماده «۸۷۶» ق. م میگوید: «با شک در حیات حین ولادت، حکم وراثت نمیشود». بعضی از فقهای امامیه زنده متولّد شدن حمل را بتنهائی کافی برای وراثت نمیدانند، بلکه استقرار حیات را در او شرط وراثت دانسته‌اند، یعنی چنانچه طفل زنده متولّد شود ولی قابلیّت بقاء را نداشته باشد نمیتواند از مورث خود ارث ببرد.

بنابراین نظریه هرگاه طفلی زنده متولّد شود بدون آنکه طبیعی باشد و در اثر نقص عضوی از اعضاء لازمۀ بقاء، فوراً بمیرد از مورث خود ارث نمیبرد.

مسأله- در صورتی که قسمتی از بدن حمل از شکم مادر خارج گردد و قبل از خروج بقیۀ آن بمیرد ارث نخواهد برد،

مثلًا هرگاه پاها و دستهای حمل از بدن مادر خارج گردد و طفل زنده باشد و سر بچه در رحم گیر کند و خفه شود ارث نمیبرد زیرا عرفاً زمانی گفته میشود طفل زنده متولّد شده است که در خارج از شکم مادر لحظۀ زنده باشد.

تذکره- حمل و تقسیم ترکه

اشاره

طبق مادۀ «۸۷۸» ق. م: «هرگاه در حین موت مورث حملی باشد که اگر قابل وراثت متولّد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراث دیگر میگردد، تقسیم ارث بعمل نمیآید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچیک از سایر وراث نباشد و آنها بخواهند ترکه را تقسیم کنند، باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصۀ هر یک از وراث مراعی است تا حال حمل معلوم شود» مادۀ بالا دو صورت را در نظر گرفته است:

1- عدم جواز تقسیم ترکه-

«هرگاه در حین موت مورث حملی باشد که اگر قابل وراثت متولّد شود، مانع از ارث تمام یا بعض از وراث دیگر میگردد، تقسیم ارث بعمل نمیآید تا حال او معلوم شود ...» چنانکه از عبارت مزبور معلوم میشود در دو مورد زیرا مادام که وضعیّت حمل معلوم نشود ترکه تقسیم نمیگردد:

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۲

الف- حمل مانع از ارث بردن تمام ورثه باشد، مانند آنکه حمل وارث منحصر و در طبقه مقدم بر دیگران است. مثلا هرگاه متوفی دارای برادر و خواهر است و زن متعۀ او حامله باشد چنانکه حمل زنده متولّد شود، او وارث منحصر در طبقۀ اولی است و مقدم بر

برادر و خواهر متوفی میباشـد که در طبقـهٔ دوم قرار دارنـد. در این صورت چون بـا زنـده متولّـد شـدن حمل، برادر و خواهر از ارث محروم خواهنـد بود، ارث تقسیم نمیگردد و انتظار تولّـد حمل کشیده میشود. چنانکه زنده متولّد گردد ترکه از آن او خواهد بود و الا بین برادر و خواهر متوفی تقسیم میگردد.

ب- حمل مانع از ارث بردن بعض ورثه میباشـد. ماننـد آنکه حمل از زن دائمه باشد و ورثه متوفی عبارت باشـند از زوجه و اعمام و اخوال که هرگاه حمل زنده متولّد شود بعض از ورثه که اعمام و اخوال میباشـند و در طبقهٔ سوم قرار دارند از ارث محروم میگردند، و ورثه متوفی منحصر در زوجه و یک حمل خواهد بود.

علّت منع تقسیم ارث قبل از تولّـد حمـل در دو صـورت بالاـ آنست که بـا وراثت حمـل ممکن است اشخاصـی که از ارث محروم می‌باشـند در تمام یا قسـمتی از ترکه بعنوان وراثت تصرف بنمایند، زیرا وراثت اینان زمانی مسلم میگردد که حمل مرده متولّد شود. بنابراین ترکه بدون آنکه تقسیم بعمل آید در دوران حمل حفاظت و اداره میشود تا وضعیّت حمل معلوم گردد.

2- جواز تقسیم ترکه

«... اگر حمل مانع از ارث هیـچ‌یک از سایر وراث نباشـد و آنها بخواهنـد ترکه را تقسـیم کننـد، باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصهٔ دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصهٔ هر یک از وراث مراعی است تا حال حمل معلوم شود». یعنی سـهم هیچ‌یک از ورثه بطور تحقیق معین نمیباشد تا حمل متولّد شود و معلوم گردد که زنده یا مرده متولّد میشود و چند نفر هسـتند پسرند یا دختر؟ زیرا چنانکه حمل زنـده متولّـد نشود مقـداری که برای او کنار گـذارده شده بین بقیه ورثه تقسیم خواهد شد و چنانچه یک پسـر یا یک دختر یا دو دختر زنده متولّد گردد بقیه از سهم الارث آنان بین ورثه دیگر تقسیم میشود. مثلًا هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۳

ورثه موجود متوفی عبارت باشـند از چند اولاد و زوجه متوفی نیز حامله باشد، چنانکه ورثه موجود بخواهند ترکه را بین خود تقسـیم کنند، حصه دو پسر را هم برای حمل در نظر میگیرند، در این صورت تصور زیان کسـی نمیرود، زیرا تولّد بیش از دو پسـر از شکم واحد نادر است. چنانچه حمل زنده متولّد شد و دو پسر نبود، مثلًا یک پسر یا یک دختر و یا یک پسر و یک دختر بود، پس از تأدیه حصـهٔ آنان آنچه باقی میمانـد بورثـهٔ دیگر داده خواهـد شـد و هرگاه حمل مرده متولّـد شـد آنچه کنار گذارده شده بین اولاد دیگر متوفی تقسیم میشود. این است که در ذیل ماده گفته شده:

حصهٔ هر یک از وراث مراعی است تا حال حمل معلوم شود. بنظر میرسد که با کنار گذاردن حصهٔ دو پسر از ترکه، نیز جلوگیری از ضرر احتمالی بعمل نمیآید، زیرا ممکن است در یک شکم سه فرزند پسر بوجود آید اگر چه نادر اتفاق می‌افتد.

تقسیم مال مشترک چون بدون مداخلهٔ شرکاء نمیتواند بعمل آید، در مورد بالا بدستور شق ۱ مادهٔ «۱۰۳» ق. امور حسبی در صورتی که جنین ولی یا وصـی نداشته باشد، امینی که بوسیلهٔ دادگاه معین میگردد، نماینده جنین در عمل تقسیم است و پس از تقسیم ادارهٔ سهم الارث جنین تا تاریخ تولّد با أمین مزبور میباشد.

دو- فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث میبرند-

اشاره

شرط ارث بردن وارث از مورث خود چنـانکه مادهٔ «۸۷۵» ق. م تصـریح نموده زنده بودن وارث در حین فوت مورث است، لذا برای آنکه کسـی از دیگری ارث ببرد بایـد حیـات او در زمـان فوت مورث محقق باشـد. مثلا هرگاه دو نفری که از یکـدیگر ارث میبرند مانند پدر و پسر بمیرند، چند فرض پیش می‌آید:

الف- هرگاه دو نفری که از یکدیگر ارث میبرند بمیرند و تقدم فوت یکی بر دیگری معلوم باشد، کسی که تاریخ فوت او مؤخّر است از دیگری که تاریخ فوت او مقدم میباشد ارث میبرد. مثلًا در موردی که معلوم است پدر یک روز قبل از پسر فوت نموده است، پسر از پدر خود ارث میبرد.

ب- هرگاه دو نفری که از یکدیگر ارث میبرند بمیرند و اقتران فوت آنان

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۴

معلوم باشد، یعنی محرز باشد که هر دو در یک زمان فوت کرده‌اند، هیچ‌یک از دیگری ارث نمیبرد، زیرا شرط وراثت که حیات وارث در زمان فوت مورث است، در صورت اقتران فوت، در هیچ‌یک از آنان موجود نمیباشد. مثلًا هرگاه پدر و پسر را با یکدیگر بوسیلهٔ گیوتین یا جریان برق اعدام نمایند هیچ‌یک از دیگری ارث نخواهد برد.

ج- هرگاه دو نفری که از یکدیگر ارث میبرند بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنان معلوم است و تقدم و تأخر فوت دیگری مجهول میباشد، بدستور مادهٔ «۸۷۴» ق. م آنکه تاریخ فوتش مجهول است از دیگری ارث میبرد. مثلًا چنانچه در مثال بالا معلوم باشد که پدر در ساعت هشت صبح سوم خرداد مرده است ولی تاریخ فوت پسر معلوم نباشد، بنابر اصل تأخر حادث، حکم بتأخر فوت پسر میگردد و او وارث پدر شناخته میشود. فرقی نمینماید که سبب فوت آنان چه باشد.

د- هرگاه دو نفری که از یکدیگر ارث میبرند بمیرند و تاریخ فوت هیچ‌یک معلوم نباشد آنان از یکدیگر ارث نمیبرند. حکم مزبور طبق قاعدهٔ حقوقی میباشد، زیرا اصل تأخر حادث در هر یک با اصل تأخر حادث در دیگری تعارض مینماید و هر دو ساقط میگردند. بعبارت دیگر شرط ارث بردن هر یک حیات او در زمان فوت دیگری است و شرط مزبور در هیچ‌یک از آن دو محقق نمیباشد. بنابراین نمیتوان هیچ‌یک را وارث دیگری دانست. مورد مزبور در حکم آن است که هر دو در یک زمان فوت نموده باشند. این است که مادهٔ «۱۰۲۴» ق. م میگوید: «اگر اشخاص متعدد در یک حادثه تلف شوند فرض بر این میشود که همهٔ آنها در آن واحد مرده‌اند.

مفاد این ماده مانع از اجراء مقرّرات مواد «۸۷۳» و «۸۷۴» جلد اول این قانون نخواهد بود». مثلًا هرگاه پدر و پسری در یک حادثه مانند تصادف اتومبیل یا سقوط هواپیما و امثال آن بمیرند و تقدم و تأخر فوت هیچ‌یک بر دیگری معلوم نباشد، آنان از یکدیگر ارث نمیبرند و ترکهٔ هر یک از دو نفر بین ورثه دیگرش تقسیم میشود، یعنی ترکهٔ پدر بورثه دیگر او (غیر از پسر مزبور) داده میشود و ترکهٔ پسر بورثه دیگر او (غیر از پدر) میرسد. مثلًا چنانکه پدر غیر از پسری که با او فوت کرده

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۵

دو دختر دیگر دارد، ترکه پدر بآن دو دختر اختصاص می‌یابد و هرگاه پسر غیر از پدری که با او فوت نموده یک دختر و زن دارد، دارائی او بدختر و زنش میرسد. اینست که مادهٔ «۸۷۳» ق. م میگوید: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث میبرند، مجهول و تقدم و تأخر هیچ‌یک معلوم نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمیبرند، مگر آنکه موت بسبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث میبرند».

استثناء- در هدم و غرق

مادهٔ «۸۷۳» مذکور در بالا از حکم قاعدهٔ عدم تو ارث دو نفری که تاریخ فوت آنان مجهول است، موردی را که سبب فوت آنان غرق و هدم باشد استثناء نموده و هر یک را وارث دیگری شناخته است. بنابراین چنانچه دو نفری که بین آنان تو ارث است در اثر غرق یا هدم بمیرند و تقدم و تأخر فوت هیچ‌یک معلوم نباشد آنان از یکدیگر ارث میبرند، یعنی دارائی هر یک از آن دو با در نظر گرفتن وراثت دیگری تقسیم میشود. مثلًا در مثال فوت پسر و پدر با یکدیگر که در بالا ذکر گردید، چنانکه علّت فوت غرق یا هدم

باشد ترکه پدر بین یک پسر (که با پدر فوت نموده) و دو دختر که از او باقی مانده است تقسیم میگردد.
همچنانکه ترکه پسر بین پدر و زن و یک دختر تقسیم میشود. سپس نصیب پدر که از پسرش باو رسیده بورثهٔ اختصاصی پدر میرسد، یعنی بدو دختر او، و نصیب پسر که از پدرش باو رسیده بورثهٔ بازمانده پسر داده میشود یعنی بزن و دختر او. بنابراین هرگاه دارائی پدر یکصد هزار ریال و دارائی پسر ششصد هزار ریال باشد، دارائی پدر بین ورثه او تقسیم میشود و بپسری که با او فوت نموده پنجاه هزار ریال و بهر دختری بیست و پنج‌هزار ریال داده میشود، و دارائی پسر بین ورثهٔ او تقسیم میگردد، بپدری که با او فوت نموده یکصد هزار ریال و بزوجهٔ او هفتاد و پنج‌هزار ریال و بدختر بقیهٔ ما ترک که چهار صد و بیست و پنج‌هزار ریال است میرسد. سپس نصیب پسر که از پدرش بارث برده یعنی پنجاه هزار ریال ببازماندگانش یعنی زن و دخترش داده میشود و نصیب پدر که از پسرش برده یعنی یکصد هزار ریال ببازماندگانش که دو دختر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۶

باشد میرسد.

قانون مدنی حکم بالا را از حقوق امامیه متابعت نموده است. استثناء مزبور در حقوق امامیه مبتنی بر نص خاص میباشد و بدین جهت بسیاری از فقهاء از مفاد آن که مورد هدم و غرق باشد تجاوز نکرده‌اند. بعضی دیگر از فقهاء عمل بنص ننموده و در مورد مزبور نیز طبق قاعده عمل کرده‌اند و در تقسیم ارث هیچیک را وارث دیگری نشناخته‌اند.

مسأله- هرگاه دو نفر از یکدیگر ارث میبرند بمیرند و تقدم فوت یکی بر دیگری معلوم بوده ولی بعداً فراموش شده باشد

و یا آنکه مسلّم است یکی مقدم بر دیگری مرده است ولی معلوم نیست کدام یک میباشد، بعض از فقهاء بر آنند که بوسیلهٔ قرعه تقدم و تأخّر فوت یکی بر دیگری تعیین میگردد، زیرا تقدم فوت یکی بر دیگری مسلّم است و چون مورد اشتباه قرار گرفته از قرعه کمک خواسته میشود، بخلاف موردی که تقدم و تأخّر فوت هیچیک معلوم نیست و یا اقتران آن دو مسلّم میباشد.
بنظر میرسد که با نبودن مادهٔ که دلالت بر استقراع در مورد بالا بنماید، میتوان بنا بر وحدت ملاک مادهٔ «۱۰۲۴» ق. م هیچیک را وارث دیگری ندانست، زیرا شرط وراثت که حیات وارث در زمان فوت مورث است در هیچیک از آن دو محقق نمیباشد و علم اجمالی بتقدم فوت یکی بر دیگری کافی برای حکم بوراثت بوسیلهٔ قرعه نمیتواند قرار گیرد.

سه- وارثی که غایب مفقود الاثر است

در صورتی که در حین فوت مورث وارث غائب مفقود الاثر باشد، یعنی از غیبت او مدت مدیدی گذشته و از او هیچ خبری در دست نیست. چنانچه پس از تفحص اطلاعی از او بدست نیاید حیات او استصحاب میشود و حکم ببقاء او در زمان فوت مورث میگردد. بنابراین هرگاه غایب مزبور وارث منحصر متوفی باشد، ترکه از آن او شناخته میشود و چنانچه متوفی ورثهٔ دیگری نیز داشته باشد غائب مزبور در ترکه سهیم میباشد. ورثهٔ دیگر میتوانند تقسیم ترکه را بخواهند، زیرا مفقود الاثر بودن یکی از ورثه، مانع از تقسیم ترکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۷

نمیتواند بشود، و باقی ماندن ترکه بحالت مشاع موجب تضرر آنان خواهد بود، لذا طبق مادهٔ «۸۷۹» ق. م ترکه متوفی بین ورثه تقسیم و سهم غایب مفقود الاثر کنار گذارده و حفاظت و اداره میشود تا حال او معلوم گردد. در صورتی که بعدا معلوم شود که غایب قبل از مورث مرده بوده است، سهم او بین سائر ورثه تقسیم میگردد و چنانچه معلوم شود که غایب در زمان فوت مورث زنده بوده است و یا فوت او معلوم نشود، سهم مزبور جزء دارائی او شناخته میشود و چنانکه گذشت حفاظت و اداره میگردد. تقسیم ترکه

بایـد بـا حضور تمامی ورثه یا نماینـدهٔ آنان بعمل آیـد. بنابراین چنانچه غایب مفقود الاثر برای ادارهٔ اموال خود تکلیفی معین ننموده باشـد و کسـی هم نباشـد که قانوناً حق تصـدی امور او را داشـته باشـد، امینی که دادگاه برای ادارهٔ اموال غائب معین مینماید بعنوان نمایندهٔ او در تقسیم مداخله خواهد نمود. مادهٔ «۱۰۱۲» ق. م: «اگر غایب مفقود الاثر برای ادارهٔ اموال خود تکلیفی معین نکرده باشد و کسـی هم نباشـد که قانوناً حق تصدی امور او را داشـته باشد محکمه برای ادارهٔ اموال او یک نفر امین معیّن میکند. تقاضای تعیین امین فقط از طرف مـدعی العموم و اشـخاص ذی‌نفع در این امر قبول میشود» منظور از اشـخاص ذی‌نفع کسانی هسـتند که از دارائی غایب بهره‌مند میشوند مانند واجب النفقهٔ غایب و طلبکاران و همچنین است کسانی که در تقسـیم ترکه ذی‌نفع میباشند مانند موصی له، وصی بر ثلث، ورثه و امثال آن.

مادهٔ «۱۰۱۳» ق. م: «محکمه میتواند از امینی که معیّن میکند تقاضای ضامن و یا تضـمینات دیگری نماید» زیرا دارائی غایب بتصرف او داده میشود و چنانچه امین ضامن یا تضمینات دیگری بسپارد که هرگاه در اثر تعدی و تفریط ضرر و خسارتی متوجه غائب گردد او بپردازد احتیـاط کامل در نگاهـداری اموال غایب بعمل آمـده است. کلمه ضامن در مادهٔ بالا در معنی اصـطلاحی اسـتعمال نشـده است، زیرا ضمان انتقال دین است و امین مدیون نمیباشد تا ضامن بدهد. بلکه منظور از ضامن کسی است که تعهد نماید چنانچه در اثر تعدی و تفریط امین خسارتی متوجه غایب گردد

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۸

او از عهدهٔ آن بر آید. و منظور از تضمینات وثیقهٔ عینی است که امین بدادگاه معرفی مینماید.

مادهٔ «۱۰۱۴» ق. م: «اگر یکی از وراث غایب تضـمینات کافیه بدهـد، محکمه نمیتوانـد امین دیگری معین نمایـد و وارث مزبور باین سمت معیّن خواهـد شـد» زیرا وارث، دلسوزترین اشـخاص برای حفاظت دارائی مورث خود میباشـد که بعـداً دارائی مزبور از آن او خواهـد بود. دادن ضامن یا تضـمینات دیگر از طرف وارث برای جبران زیان احتمالی است که در اثر تعدی و تفریط ممکن است از ناحیهٔ او بعمل آید.

مادهٔ «۱۰۱۵» ق. م: «وظـائف و مسـئولیت‌های امینی که بمـوجب مواد قبـل معیّن میگردد، همـان است که برای قیّم مقرّر است» شـرح مسئولیت قیّم در جلد چهارم مراجعه شود.

مبحث سوم– وجود ترکه برای متوفی

ترکه متوفی بفوت مورث قهراً بورثه منتقـل میشود و آنها مشاعاً مالک ترکه خواهنـد بود. ترکه عبارت از اموال و حقوق مالی اسـت که متوفی در حین فوت دارا میباشـد. حقوق مـالی که بوارث منتقـل میشود حقوق مالی میباشـد که قائم بشـخص متوفی نباشـد، زیرا اینگونه حقوق بفوت زائـل میگردد و منتقل بورثه نمیشود، ماننـد خیار شـرطی که در عقـد برای یکی از متعاملین بقیـد مباشـرت قرار داده شـده است. مادهٔ «۴۴۶» ق. م: «خیـار شـرط ممکن است بقیـد مباشـرت و اختصاص بشـخص مشـروط له قرار داده شود، در این صورت منتقـل بوارث نخواهـد شـد». وجود ترکه برای متوفی سومین شـرط وراثت بازمانـدگان او است، زیرا چنانچه متوفی ترکه از خود باقی نگذارد، رابطه مالی بازماندگان با متوفی که مبتنی بر وراثت است مقطوع میباشد.

وجود دین برای متوفی کافی برای ایجاد رابطهٔ وراثت بین او و بازماندگانش

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۱۹۹

نمیتوانـد قرار گیرد، زیرا بازمانـدگان ادامـه شخصـیت متـوفی را نمیدهنـد و شخصـیّت متـوفی پیـوست شخصـیّت بازمانـدگان او نیز نمیگردد. بنـابراین چنـانچه متـوفی هیـچ‌گونه دارائی از خـود بـاقی نگـذارد رابطـهٔ وراثت موجود نمیگردد. در صورتی که دارائی از متوفی بماند بفوت او بورثه منتقل میشود و دیون او بترکهٔ مزبور تعلق میگیرد و ترکه وثیقهٔ دیون متوفی است بدون آنکه بازماندگان

الزامی در مقابل طلبکاران داشته باشند.

این است که مادهٔ «۸۶۸» ق. م میگوید: «مالکیّت ورثه نسبت بترکهٔ متوفی مستقر نمیشود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که بترکه میّت تعلّق گرفته» و طبق مادهٔ «۸۷۱» ق. م «هرگاه ورثه نسبت باعیان ترکه معاملاتی نمایند مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است معاملات مزبور نافذ نبوده و دیان میتوانند آن را بر هم زنند». اما اقامه دعوی از طرف طلبکاران بطرفیت ورثه بدستور مادهٔ «۲۳۲» قانون امور حسبی هر چند ترکه در ید وارث نباشد، باعتبار مالکیّت قهری ورثه نسبت بترکه است، و الا هرگاه محقق باشد که متوفی دارائی از خود باقی نگذاشته طلبکار نمیتواند اقامهٔ دعوی نماید.

مادهٔ «۲۳۴» قانون امور حسبی که میگوید: «ورثه میتوانند برای اثبات طلب یا حقی برای متوفی اقامهٔ دعوی کنند هر چند بعد از ثبوت حق چیزی عاید آنها نشود. مثل اینکه دین متوفی مستغرق ترکهٔ او باشد» نیز مثبت خلاف امر مذکور در بالا نمیباشد، زیرا ماده ناظر بموردی است که برای متوفی ترکهٔ موجود است و آن قهراً در اثر فوت بورثه منتقل شده است و طلبکاران برای اثبات طلب خود اقامه دعوی بطرفیت ورثه میکنند و مدیون بودن متوفی و استیعاب ترکه موجب سلب مالکیّت ورثه نمیگردد. بنابراین منافات ندارد که ورثه مالک ترکه باشند و پس از اداء دیون چیزی باقی نماند تا ورثه از آن نصیبی ببرند. این مورد مانند موردیست که ارزش عین مرهونه بمقدار طلب مرتهن یا کمتر از آن باشد که راهن حق فروش عین مرهونه را دارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۰

فصل سوم در موانع ارث

اشاره

کسی که دارای شرایط وراثت است در صورتی از متوفی ارث میبرد که هیچ‌یک از موانع ارث در او موجود نباشد. موانع ارث عبارت است از: قتل، لعان، کفر و ولادت از زنا.

مبحث اول - قتل

اشاره

طبق مادهٔ «۸۸۰» ق. م: «قتل از موانع ارث است. بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع میشود، اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب، و منفرداً باشد یا بشرکت دیگری». علاقهٔ وارث در رسیدن بدارائی مورث ممکن است گاه او را برانگیزد که مورث خود را بقتل برساند تا از ترکهٔ او برخوردار گردد. از نظر اخلاق اجتماعی وارثی که مورث خود را عمداً میکشد شایستگی دست یافتن بترکه او را ندارد. لذا قانون برای جلوگیری از ارتکاب چنین جرمی، بر خلاف منظور قاتل، بوسیلهٔ مادهٔ بالا وارث قاتل را از ارث مورث مقتول خود محروم مینماید. قانون قاتل کسی را که بوسیله قتل او از ترکه دیگری برخوردار میشود از ارث محروم ننموده است، چنانکه در مورد قتل حاجب از تمام یا بعض ارث میباشد. مثال قتل حاجب از تمام ارث مانند آنکه کسی پدر خود را بکشد تا جدش که میمیرد از ترکه او بهره‌مند شود. مثال قتل حاجب از بعض ارث مانند آنکه زوجه، فرزند منحصر شوهر خود را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۱

بکشد تا در صورت فوت زوج ربع از ترکه او را ببرد، و یا بالعکس زوج فرزند منحصر زوجه خود را بکشد که پس از فوت زوجه تمامی ترکه نصیب او شود. همچنین در موردی که موصی له وصی را بکشد از موصی به محروم نمیشود، زیرا مادهٔ بر این امر موجود نیست و ممنوعیّت قاتل از ارث، استثناء از قاعدهٔ توارث است و در مورد نص باید اجرا شود و نمیتوان از نظر وحدت ملاک حکم مادهٔ «۸۸۰» ق. م را در مورد قتل حاجب و موصی جاری نمود. بنظر میرسد چنانچه کسی تفسیر موسع را روش استنباط خود قرار داده باشد از وحدت ملاک مادهٔ «۸۸۰» ق. م بتواند حکم ممنوعیّت را، در کلیّه مواردی که قاتل استفادهٔ مادی بوسیلهٔ ارث یا وصیّت از قتل مینماید اجرا نمود، ولی روش قضائی کنونی و محیط اجتماعی ایجاب اینگونه تفسیر وسیع را نمیکند.

قتل وارث زمانی میتواند مانع از ارث مقتول قرار گیرد که عمداً واقع شده باشد. منظور از عمد، داشتن قصد ارتکاب فعل بمنظور رسیدن بنتیجهٔ آن است، مثلا هرگاه کسی بقصد کشتن پدر خود کاردی باو بزند و او بمیرد قتل مزبور عمد میباشد، زیرا بقصد کشتن پدر کارد را در بدن او فرو برده است چنانکه ذیل مادهٔ «۸۸۰» ق. م تصریح مینماید: «... کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع میشود اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا بشرکت دیگری» قتل عمد بالمباشره مانند آنکه کسی دست باسلحه کمری برده و بطرف پدر خود بقصد کشتن او تیراندازی نماید و او در اثر اصابت تیر بمیرد. قتل عمد بالتسبیب مانند آنکه کسی دیگری را اغفال یا تطمیع نماید که پدر او را بکشد و شخص مزبور مرتکب آن شود. همچنین هرگاه پسری در دادگاه گواهی دروغ بارتکاب قتل بر علیه پدر خود بدهد و طبق حکم دادگاه او اعدام شود، پسر از پدر خود ارث نمیبرد، زیرا وارث سبب قتل شناخته میشود. این امر در صورتیست که گواهی پسر دلیل حکم دادگاه قرار گیرد و الا هرگاه دادرس تأثیری بگواهی او ندهد و ارتکاب جرم بوسیلهٔ ادله دیگری ثابت گردد نمیتوان او را سبب قتل دانست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۲

فرقی نمینماید که قاتل منفرداً مرتکب شود، مانند آنکه کسی بتنهائی پدر خود را بقتل برساند و یا مشترکاً مانند آنکه پسر از دیگری کمک گرفته که دست و پای پدر را بقصد قتل ببندند و او را در چاه بیندازند.

در مانعیت قتل از ارث، فرقی نمینماید که در اثر ضربت عمدی وارث، مورث بلافاصله فوت کند یا آنکه ضربت وارث سبب بیماری مورث شود و در نتیجهٔ آن بیماری بمیرد. صغیر غیر ممیز و مجنون چنانچه مورث خود را بکشند از او ارث میبرند، زیرا اینان از نظر آنکه دارای تمیر و عقل نیستند در حکم قاتل غیر عمد میباشند، ولی صغیر ممیز باعتبار قوهٔ تمیز و قصدی را که داراست هرگاه مورث خود را بکشد ممنوع از ارث او خواهد بود.

طبق صریح مادهٔ «۸۸۱» قانون مدنی: «در صورتی که قتل مورث غیر عمدی یا بحکم قانون یا برای دفاع باشد، مفاد مادهٔ فوق مجری نخواهد بود» بنابراین در موارد زیر قتل مانع از ارث نخواهد بود. و قاتل از مورث مقتول خود ارث میبرد:

۱- در صورتی که قتل غیر عمد باشد، مانند آنکه پسر برای پاک کردن تفنگی که تصور مینموده خالی است آن را در دست بگیرد و دست او بماشه آن بخورد و تفنگ در برود و پدرش هدف گلوله قرار گیرد و کشته شود و یا آنکه پدری پسر خود را بقصد تأدیب بزند و در اثر ضربه، پسر بمیرد. همچنین است شخصی که در خواب سبب قتل دیگری شود چنانکه مادر در حال شیر دادن کودک خود خوابش ببرد و کودک خفه شود در این صورت مادر از کودک خود ارث میبرد.

۲- در صورتی که قتل بحکم قانون باشد، مانند آنکه یک نفر نظامی در جنگ بین دو کشور پدر خود را که در جبهه دشمن است بکشد و یا بوسیلهٔ رسیدگی قانونی کسی محکوم باعدام شود و وارث او از طرف ما فوق خود مأمور شود که او را تیر باران کند و یا طناب دار را بگردن او بیندازد و او را بدار بکشد.

۳- در صورتی که قتل برای دفاع باشد، خواه دفاع از نفس باشد یا غرض.

بنابراین هرگاه پسری پدر خود را برای دفاع از نفس یا عرض بکشد از پدر خود

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۳

ارث میبرد.

قتل در مورد دفاع، اگر چه از افراد قتل عمـد است ولی قانون آن را در ماده بالا مانع از ارث نشـناخته است، و طبق مادهٔ «۱۸۸» قانون مجازات عمومی مرتکب قتل از مجازات معاف میباشد. مادهٔ «۱۸۸» قانون مجازات عمومی: «در مقام دفاع از نفس و عرض در موارد ذیل قاتل عمد از مجازات معاف خواهد بود:

۱- برای دفاع از قتل یا جرح شدید و ضرب و آزار شدید، در صورتی که خوف از این امور مستند بقرائن معقوله باشد.

۲- برای دفاع از کسی که در صدد هتک عرض و ناموس دیگری باکراه و عنف برآید.

۳- برای دفاع از کسی که در صدد سرقت و ربودن انسانی برآید».

مسأله- کسی که زوجهٔ خود را با مرد اجنبی ببیند و آنها را بکشد از آنان ارث نمیبرد،

زیرا قتل مزبور قتل عمد است و مانند دفاع و قتل بحکم قانون مورد.

استثناء قرار نگرفته است، اگر چه طبق مادهٔ «۱۷۹» قانون مجازات عمومی قاتل از مجازات معاف میباشـد. مادهٔ «۱۷۹» قانون مجازات عمومی: «هرگـاه شوهری زن خود را بـا مرد اجنبی در یـک فراش یا در حالتی که بمنزلـهٔ وجود در یک فراش است مشاهـده کنـد و مرتکب قتل یا جرح یا ضـرب یکی از آنها یا هر دو شود معاف از مجازات است. هرگاه کسی بطریق مزبور دختر یا خواهر خود را با مرد اجنبی ببینـد و در حقیقت هم علاقـهٔ زوجیّت بین آنهـا نباشـد و مرتکب قتـل شود از یک ماه تا شـش ماه بحبس تأدیبی محکوم خواهد شد و اگر در مورد قسمت اخیر این ماده مرتکب جرح یا ضرب شود بحبس تأدیبی از هشت روز تا دو ماه محکوم میشود».

فرع- در صورتی که وارث موجب سقط جنین شود از جنین ارث نمیبرد،

مثلا هرگاه کسـی لگدی بپهلوی زن حامله بزند و جنین زنده سقط شود و سپس بمیرد آن کس از او ارث نمیبرد، زیرا شخص مزبور قاتل محسوب میگردد و طبق مادهٔ «۸۸۰» ق. م قاتل از ارث مقتول ممنوع است. این امر در صورتی است که سقط سبب فوت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۴

جنین باشـد و الا چنانچه سـقط موجب فوت جنین نشـده باشـد بلکه علّت فوت امر دیگریماننـد نقص عضو اساسـی او از قبیل: ریه، دهن و امثال آن باشد، سقطکننده سبب قتل شناخته نمیشود و از او ارث میبرد. مستنبط از مادهٔ «۸۵۲» ق. م که میگوید:

«اگر حمل در نتیجهٔ جرمی سقط شود موصی به بورثهٔ او میرسد مگر اینکه جرم مانع ارث باشد».

چنانکه گذشت قانون برای جلوگیری از آنکه وارث بمنظور رسیدن بدارائی مورث خود او را بکشد، قتل عمد را مانع از ارث بردن قاتل دانسته است، ولی بدستور مادهٔ «۸۸۵» ق. م: «اولاد و اقوام کسانی که بموجب مادهٔ «۸۸۰» از ارث ممنوع میشوند محروم از ارث نمیباشـند. بنـابراین اولاد کسـی که پـدر خود را کشـته باشـد از جـد مقتول خود ارث میبرد، اگر وارث نزدیکتری باعث حرمان آنان نشـود». چنـانکه از ذیـل مـادهٔ مزبـور فهمیـده میشود قاتـل در اثر ممنوعیّت از ارث مقتول ماننـد آنست که موجود نمیباشـد. بنـابراین چنانچه کسی پدر خود را بکشد از ارث او محروم میشود و در حکم متوفی خواهد بود و اولاد قاتل اگر وارث نزدیکتری بمقتول (از حیث طبقه یا درجه) موجود نباشـد از او ارث میبرنـد ولی هرگاه وارث نزدیکتری موجود باشـد، چنانکه مقتول دارای اولاد بلافصـل باشد وارث مقدم ارث میبرد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۵

مبحث دوم– لعان

اشاره

بدستور مادهٔ «۸۸۲» ق. م «بعد از لعان، زن و شوهر از یکدیگر ارث نمیبرند و همچنین فرزندی که بسبب انکار او لعان واقع شده از پدر و پدر از او ارث نمیبرد ..»

قانون مدنی تعریف از لعان ننموده و کیفیت آن را نیز بیان نکرده است. برای آگاهی بر لعان بایـد بحقوق امامیه که قانون مدنی در این قسمت از آن پیروی نموده مراجعه کرد. اصطلاح مزبور از اصطلاحات حقوق اسلام است. در حقوق امامیه چنانکه فقهاء در کتب خود بیان مینمایند لعان عبارت است از لعن هر یک از زوجین بدیگری تحت شرایط مخصوصی.

لعان در دو مورد ذیل بعمل می‌آید:

اول– در موردی که زوج، زوجهٔ دائمهٔ خود را که لال نمیباشد و با او نزدیکی نموده است بزنا نسبت دهد و دعوی مشاهده آن را کند.

بعضی از فقهای امامیّه مانند شیخ، محقق و علامه بر آننـد که لعان در موردی بعمل می‌آید که بینه بر اثبات ادعاء زوج نباشد، زیرا لعان دلیل ضعیفی است که با بودن دلیل قوی مانند گواه نمیتوان از آن کمک خواست. چنانچه شوهر بزوجهٔ خود نسبت زنا دهد و شرائط مذکور در بالا جمع نباشد لعان بعمل نمیآید و شوهر مستوجب حد قذف میگردد، مگر آنکه زوجه مشهوره بزنا باشد که در این صورت شوهر تعزیر میشود. (حد قذف باجماع فقهای امامیّه هشتاد تازیانه است که به قذف‌کننده درحالی‌که لباس عادی در بردارد زده میشود تا دیگران او را بشناسند و شهادت او را نپذیرند).

دوم– در موردی که شوهر فرزندی را که در فراش او متولّد شده است از خود نفی بنماید،

لعان در صورتی بعمل می‌آید که زن دائمه و شوهر با او نزدیکی کرده و همچنین شرائط الحاق فرزند بپدر، از قبیل تولّد به بیش از شش ماه و کمتر از ده ماه موجود باشد. لعان در موردی است که پدر اعتراف بانتساب فرزند بخود ننموده باشد. سکوت در زمان ولادت اعتراف محسوب نمیشود، زیرا سکوت اعم از اعتراف

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۶

میباشد، بنابراین چنانچه پدر اعتراف بانتساب فرزند بخود کرده باشد موردی برای لعان باقی نخواهد بود.

نفی ولد ملازمهٔ با نسبت دادن زوجه بزنا ندارد، زیرا ممکن است ولد از شبهه یا از نزدیکی بعنف باشد ولی هرگاه زوج نفی ولد از خود کند و همچنین زوجهٔ خود را نسبت بزنا دهد و بینه بر زنا اقامه نماید، حد قذف از زوج ساقط میگردد ولی ولد از او نفی نمیشود مگر آنکه لعان بعمل آید.

کیفیت لعان

لعان بوسیلهٔ زوجین نزد حاکم یا قائم مقام او بعمل می‌آید و آن بدین نحو است که زوج نزد حاکم می‌ایستد و چهار مرتبه خداوند را گواه میگیرد که در آنچه زوجهٔ خود را بآن نسبت داده از راستگویان است، و سپس یک مرتبه میگوید: لعنت خداوند بر من اگر از دروغگویان باشم. بعد از اظهارات زوج، زوجه نیز مانند زوج نزد حاکم می‌ایستد و چهار مرتبه خداوند را گواه میگیرد که زوج در آنچه باو نسبت داده از دروغ‌گویان است و سپس زوجه میگوید: غضب خداوند بر من باشد هرگاه زوج از راستگویان است.

پس از انجام لعان آثار زیر بوجود می‌آید:

اول– سقوط حد قذف از شوهر و حد زنا از زن

(در صورتی که لعان در اثر انتساب زن بزنا بعمل آید)، امّا در صورتی که لعان بعمل نمیآید و شوهر نمیتوانست نسبتی را که بزن خود داده ثابت نماید، برای قذفی که نموده مستوجب حد میبود و چنانچه شوهر آن را ثابت مینمود زن مستحق حد زنا میگشت.

دوم

انحلال زوجیت بین زن و شوهر.

سوم– تحریم مؤبد نکاح مجدد آن زن با شوهر خود که لعان نموده است.

مادهٔ «۱۰۵۲» ق. م باین امر تصریح نموده میگوید: «تفریقی که با لعان حاصل میشود موجب حرمت ابدی است».

چهارم– سلب انتساب فرزند از پدر

(در صورتی که لعان در اثر نفی ولد بعمل آید) بنابر آنچه گفته شد لعان یکی از موانع ارث است و پس از تحقق آن زوجین
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۷
از یکدیگر ارث نمیبرند، زیرا در اثر لعان نکاح منحل میگردد، خواه لعان در اثر انتساب زوجه بزنا باشد و یا در اثر نفی ولد. در صورتی که لعان در اثر نفی ولد بعمل آمده باشد پدر و فرزند از یکدیگر ارث نمیبرند زیرا رابطهٔ ابوت بین پدر و فرزندی که بسبب انکار او لعان بعمل آمده قطع میشود. این، است که مادهٔ «۸۸۲» ق م میگوید:
«بعد از لعان زن و شوهر از یکدیگر ارث نمیبرند و همچنین فرزندی که بسبب انکار او لعان واقع شده از پدر و پدر از او ارث نمیبرد. لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری او از او ارث میبرند» علت توارث بین مادر و فرزند در مورد بالا آنست که انتساب فرزند بمادر مورد اختلاف نمیباشد و موضوع لعان نفی ولد از پدر است، و آن ملازمهٔ با ولد الزنا بودن فرزند از طرف مادر ندارد، زیرا ممکن است ولد ناشی از شبهه یا عنف باشد.
در صورتی که پدر پس از لعان از آن رجوع کند و گفته خود را تکذیب بنماید، بدستور مادهٔ «۸۸۳» ق. م. فرزند از او ارث میبرد، لیکن فرزند از ارحام پدری و همچنین پدر و ارحام پدری از فرزند مزبور ارث نمیبرند، زیرا بوسیلهٔ لعان رابطهٔ خویشاوندی غیر موجود شناخته میشود و رجوع پدر از لعان، آن رابطه را نمیتواند برقرار سازد و ارث بردن فرزند از پدر در صورت رجوع از لعان باستناد دلیل خارج است، بنابراین چنانچه فرزند مزبور بمیرد، فقط مادر و خویشاوندان مادری از او ارث میبرند و پدر از آن محروم خواهد بود.
در صورتی که مورد لعان دوقلو (توأمان) باشند، باعتبار قرابت، نسبی مادری، آنان از یکدیگر ارث میبرند. قانون مدنی در دو مورد، از لعان گفتگو بمیان آورده است: یکی در مورد ارث چنانکه در مادهٔ مذکور در بالا ملاحظه شد و دیگر در مورد نکاح چنانکه در مادهٔ «۱۰۵۲» ق. م میگوید: «تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است». در عصر کنونی شنیده نشده که در ایران زوجین نزد حاکم رفته و لعان نموده باشند، بلکه نفی ولد مانند دعاوی عادی طبق مقرّرات آئین دادرسی مدنی در دادگاههای عمومی بعمل می‌آید.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۸

مبحث سوم- کفر

اشاره

حقوق اسلام اجماعاً کفر را مانع از ارث دانسته است. بنابراین وارث کافر اگر چه ذمی باشد از مورث مسلم خود ارث نمیبرد و بالعکس وارث مسلم از مورث کافر خود ارث میبرد و نیز مانع از ارث بردن ورثه دیگر هرگاه کافر هستند میشود، اگر چه آنان نزدیکتر بمتوفی باشند.
قانون مدنی راجع بمانعیت کفر از ارث سکوت اختیار کرده و ببیان عنوان فصل سوم (در شرائط و جملهٔ از موانع ارث) اکتفا نموده است.
چنانکه در مقدمهٔ جلد اول و دوم گذشت از نظر قضائی مشکل بنظر میرسد که دادرس بتواند باستناد عبارت (در شرائط و جملهٔ از موانع ارث) کفر را مانع از ارث بداند. در صورتی که مانع بودن کفر از ارث از عادات مسلمه جامعه مسلمین شناخته شود، بدستور ذیل مادهٔ ۳ قانون آئین دادرسی مدنی که مقرّر داشته در مورد سکوت و اجمال قانون، باید بعادات مسلم عمل گردد، دادرس باید کفر را مانع از ارث بداند.
بنظر میرسد که در عصر کنونی مانع بودن کفر از ارث از عادات مسلمه بشمار میرود و دادگاه میتواند باستناد آن حکم بممنوع بودن کافر از ارث بدهد. بدین جهت مسائل مربوطهٔ بآن که میتواند از نظر حقوق مدنی مورد عمل قرار گیرد ذیلًا بیان میشود.
در حقوق امامیه کفر از هر صنفی که باشد اصلی یا ارتداد، مانع از ارث شناخته میشود. قبل از شرح ممنوعیت کفر لازم است مسلمان و کافر شناخته شود:
مسلمان کسی است که معتقد بوحدانیت خداوند و نبوت نبی اکرم و ضروریات دین اسلام باشد، از هر یک از فرق که پیروی نماید.
کافر کسی است که بوحدانیّت خداوند یا نبوت نبی اکرم و یا بیکی از ضروریات دین اسلام اعتقاد نداشته باشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۰۹

هر یک از مسلمان و کافر ممکن است مستقل و حقیقی، و ممکن است حکمی و تبعی باشد:

۱- مسلمان- مسلمان بر دو دسته است:

اول- مسلمان مستقل و حقیقی-

و آن کسی است که پس از بلوغ مسلمان باشد، زیرا در آن زمان است که انسان دارای تکلیف میشود. یعنی استقلال مذهبی پیدا مینماید.

دوم- مسلمان حکمی و تبعی

و آن صغیریست که یکی از ابوین او در حال انعقاد نطفه‌اش مسلمان بوده‌اند. صغیر مزبور بتبع ابوین خود مسلمان شناخته میشود.
در صورتی که یکی از ابوین صغیر یا هر دو آنها مرتد گردند، صغیر مزبور باسلام خود باقی است و کفر آنها در طفل سرایت نمینماید. طفل مسلمان پس از بلوغ چنانچه اعتقاد باسلام داشته باشد مسلمان حقیقی میگردد، زیرا انسان پس از بلوغ دارای تکلیف مذهبی میشود. و شخصیّت استقلالی پیدا میکند.

۲- کافر - کافر نیز بر دو دسته است:

اول- کافر مستقل و حقیقی

و آن کسی است که پس از بلوغ کافر باشد، زیرا چنانکه گذشت، انسان پس از بلوغ دارای شخصیّت مذهبی میشود.

دوم- کافر حکمی و تبعی

و آن صغیری است که ابوین او در حال انعقاد نطفه‌اش کافر اصلی یا مرتد بوده‌اند. صغیر مزبور در حکم کافر است تا آنکه یکی از ابوین او اسلام آورند (که در این صورت او تبعاً مسلمان خواهد شد) و یا صغیر مزبور پس از بلوغ اظهار اسلام بنماید.

کافر مستقل و حقیقی بر دو قسم است: اصلی و مرتد:

الف- کافر اصلی

و آن کسی است که پدر و مادر او کافر باشند.

ب- کافر مرتد

اشاره

و آن کسی است که قبلًا مسلمان بوده و بعداً از دیانت اسلام خارج شده است. و آن نیز بر دو قسم است: مرتد فطری و مرتد ملّی.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۰

یک- مرتد فطری

و آن عبارت است از کسی که یکی از ابوین او در حال انعقاد نطفه‌اش مسلمان بوده‌اند و او پس از بلوغ اظهار اسلام نموده و سپس کافر شده است.

دو- مرتد ملی-

و آن کسی است که ابوین او در حال انعقاد نطفه کافر بوده‌اند و او پس از بلوغ اظهار کفر نموده یعنی کافر حقیقی شده است و سپس اسلام آورده و بعد از آن مجدداً کافر گردیده است.

مسأله ۱- مورث مسلمان

۱- در صورتی که مسلمانی بمیرد و تمامی بازماندگانش کافر باشند، ارث او بحاکم داده میشود، زیرا کافر از مسلمان ارث نمیبرد. و او مانند متوفای بلا وارث است.

۲- در صورتی که مسلمانی بمیرد و بعضی از ورثه او مسلمان و بعضی دیگر کافر باشند و پس از فوت مورث یک یا چند نفر از آنها مسلمان گردد، دو صورت فرض می‌شود:

الف- هرگاه وارث مسلمان که ترکه متعلّق باو است منحصر بفرد باشد، اسلام آوردن وارث کافر که در طبقه و درجه او است و یا مقدم بر او میباشد موجب سهیم شدنش در ارث، یا تقدمش بر وارث مسلمان نمیگردد، زیرا بفوت مورث تمامی ترکه بوارث

منحصر انتقال یافته است.

ب- هرگاه ورثه مسلمان متعدد باشد، دو فرض میشود:

فرض اول- هرگاه یک یا چند نفر از ورثه که کافرند قبل از تقسیم ترکه مسلمان شوند، چنانچه مقدم بر ورثهٔ مسلمان دیگر باشند ارث از آنها خواهد بود و هرگاه در ردیف آنانند در ترکه سهیم خواهند بود.

فرض دوم- هرگاه یک یا چند نفر از ورثه متوفی که کافرند بعد از تقسیم ترکه مسلمان شوند، اسلام آوردن آنان موجب ارث بردنشان نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۱

فرق بین اسلام آوردن قبل از تقسیم و بعد از تقسیم بر خلاف قاعده است، زیرا چنانکه گذشت طبق قاعده بفوت مورث ترکه بورثه حین الفوت منتقل میگردد و تقسیم ترکه بین آنان تمیز حق میباشد. بنابراین فرق نمینماید که بعضی از ورثه قبل از تقسیم یا بعد از تقسیم مسلمان شوند. حکم مزبور استثنائی و مستند اساسی آن اجماع است. بعضی تعبیر نموده‌اند که در صورت بالا ترکه بطور متزلزل بورثه منتقل میگردد و چنانچه وارث کافر اسلام آورد مانند شروط متأخر دیگر کشف میشود که از زمان فوت مورث، ترکه باو انتقال یافته است.

مسأله ۲- مورث کافر

۱- در صورتی که کافری بمیرد و ورثهٔ او در تمامی طبقات کافر باشند، یعنی هیچ‌یک از خویشاوندان سببی و نسبی او مسلمان نباشد، ترکهٔ متوفی طبق مقرّرات معینه در مذهب او بین ورثه‌اش تقسیم میشود. مثلا چنانکه یهودی بمیرد و هیچ‌یک از بازماندگان او مسلمان نباشد ترکهٔ او طبق مقرّرات مذهب یهود بین ورثهٔ او تقسیم میگردد.

کفار از یکدیگر ارث میبرند اگر چه از ادیان مختلف باشند، مثلًا یهود از مسیحی ارث میبرد، همچنانکه فرق مختلفه مسلمین از یکدیگر ارث میبرند.

۲- در صورتی که کافری بمیرد و بین ورثهٔ او یک نفر مسلمان باشد، ترکهٔ او متعلّق بوارث مزبور خواهد بود. یعنی ورثه کافر او از ارث محروم خواهند شد، اگر چه از حیث طبق یا درجه نزدیکتر از او بمتوفی باشند.

۳- در صورتی که کافری بمیرد، و ورثهٔ او بعضی مسلمان و بعضی کافر باشند و پس از فوت او یک یا چند نفر از آنان نیز مسلمان شوند، دو صورت ممکن است پیش آید:

الف- هرگاه وارث مسلمان که ترکه متعلّق باو است منحصر بفرد باشد، اسلام آوردن وارث کافر موجب وراثت نمیگردد اگر چه در طبقه یا درجه مقدم باشد.

ب- هرگاه وارث مسلمان متعدد باشد دو صورت فرض میشود:

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۲

یک- هرگاه بعضی از ورثه که کافرند قبل از تقسیم ترکه مسلمان شوند، چنانچه از حیث ارث مقدم بر ورثهٔ مسلمان دیگر باشند ترکه از آنان خواهد بود، و چنانچه در ردیف ورثهٔ مسلمان دیگر باشند با آنان در ترکه شریک میشوند. چنانکه گذشت حکم مزبور بر خلاف قاعده است و مبتنی بر اجماع میباشد.

دو- هرگاه بعضی از ورثه که کافرند بعد از تقسیم ترکه مسلمان شوند، اسلام آوردن اینان موجب وراثت نخواهد بود.

مسئلهٔ ۳- مورث مرتد

۱- در صورتی که کافر مرتد فطری بمیرد چنانچه وارث مسلمان داشته باشد ترکه از آن او خواهد بود، اگر چه از حیث درجه و طبقه دورتر از وارث کافر نسبت بمتوفی باشد، و در صورتی که وارث مسلمان نداشته باشد ترکه او از آن امام است.

۲- در صورتی که مرتد ملّی بمیرد، ارث او مانند مورد فوت کافر اصلی که شرح آن در بالا گذشت داده میشود.

مبحث چهارم- ولادت از زنا

تولّد از زنا را میتوان یکی از موانع ارث بشمار آورد، بدین تقریب که قانون مدنی در مادهٔ «۸۶۱» نسب را یکی از موجبات ارث شمرده است و چنانکه از مادهٔ «۸۸۴» ق. م استنباط میشود نسب زمانی موجب ارث میگردد که ناشی از زنا نباشد. مادهٔ «۸۸۴» ق. م: «ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمیبرد، لیکن اگر حرمت رابطهٔ که طفل ثمرهٔ آنست نسبت بیکی از ابوین ثابت و نسبت بدیگری بواسطهٔ اکراه یا شبههٔ زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث میبرد و بالعکس».

زنا یکی از اصطلاحات حقوق امامیه میباشد و آن عبارتست از داخل نمودن

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۳

مرد عاقل بالغ آلت خود را بقدر حشفه در آلت زن، بدون آنکه نکاح بین آنان منعقد شده باشد. این امر در صورتیست که نزدیکی باکراه و یا شبهه واقع نشده باشد. بنابر تعریف مزبور شرط تحقق زنا عبارت است از:

الف- داخل نمودن مرد آلت خود را در آلت زن- داخل نمودن آلت یکی از شرایط متشکّله زنا است، بنابراین بعمل تفخیذ اصطلاحاً زنا گفته نمیشود، لذا هرگاه مردی با زنی تفخیذ کند و در اثر آن منی داخل در آلت زن گردد و فرزندی بوجود آید اصطلاحاً بچه متولّد از زنا نیست.

ب- داخل شدن بقدر حشفه از آلت مرد کافی میباشد- یکی از شرایط تحقق زنا آنست که اقلًا بمقدار حشفه داخل شده باشد و چنانچه بمقدار حشفه، اگر چه مقداری از آلت مرد مقطوع باشد، داخل در آلت زن نگردد زنا محسوب نخواهد بود.

ج- عمل بوسیلهٔ شخص بالغ انجام گردد- یکی از شرایط تحقق زنا آنست که فاعل بسن بلوغ شرعی رسیده باشد. بنابراین چنانچه فعل بوسیلهٔ شخص غیر بالغ (صغیر) محقق شود زنا نمیباشد.

د- عمل بوسیلهٔ شخص عاقل محقق شود- یکی از شرائط تحقق زنا عقل است لذا چنانچه فاعل مجنون باشد عمل زنا نخواهد بود، زیرا مجنون تکلیفی ندارد. در جنون ادواری هرگاه عمل در زمان جنون واقع شود زنا محسوب نمیگردد، ولی در حال افاقه زنا شناخته میشود.

ه- نکاح بین مرد و زن منعقد نشده باشد- یکی از شرایط تحقق زنا آنست که رابطه مشروع نباشد و آن در صورتیست که بین آنان نکاح (دائم یا متعه) نباشد.

و- نزدیکی باکراه و شبهه نباشد- با جمع بودن تمامی شرائط بالا در صورتی نزدیکی زنا محسوب میگردد که باکراه و شبهه نباشد.

۱- اکراه- نزدیکی باکراه در موردیست که عمل بوسیلهٔ تهدید بر نفس یا مال و یا ناموس شخص و یا یکی از خویشاوندان نزدیک او بعمل آمده و او را وادار به نزدیکی نماید، مانند آنکه مردی زنی را با تهدید بقتل او یا تهدید بقتل پدرش

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۴

وادار کند که تسلیم شود و با او نزدیکی بنماید.

۲- شبهه- شبهه فعلی است که در حقیقت فاعل، مستحق انجام آن نباشد و تصور نماید که مستحق است. شبهه گاه موضوعی است چنانکه مرد بداند که نکاح با زنی که در عدهٔ غیر است باطل است، با علم بمدت عده در احتساب آن اشتباه میکند و در روز آخر

عـده با او نکاح مینمایـد، و گاه دیگر شـبهه حکمی است چنانکه مردی بتصور اینکه عـدهٔ هر زنی که طلاق بگیرد سه ماه است و او بـدون رعـایت سه طهر زنی را که در عـدهٔ دیگری است بنکـاح خود درآورد و یـا تصور نمایـد که رضایت باطنی کفایت از اجرای صیغه میکند.

چون نزدیکی امری است که بین دو نفر زن و مرد واقع میگردد و آن ممکن است از یک طرف شـبهه و از طرف دیگر زنا باشد، این ستکه مادهٔ «۱۱۶۶» ق. م میگویـد: «هرگـاه بواسـطهٔ وجود مانعی نکاح بین ابوین طفل باطل باشـد، نسبت طفل بهر یک از ابوین که جاهل بر وجود مانع بوده مشروع و نسبت بدیگری نامشروع خواهد بود. در صورت جهل هر دو، نسب طفل نسبت بهر دو مشروع است».

بنابر صریح مادهٔ «۸۸۴» ق. م چنـانچه طفـل متولّـد از زنـا باشـد از زانی و اقوام او ارث نمیبرد و همچنین زانی و اقوام او از طفل ارث نخواهند برد. زیرا بنابر مستنبط از مادهٔ نامبرده رابطه خویشاوندی قانونی که موجب توارث است میان آنان مقطوع میباشد.

بنظر میرسـد که هرگـاه نکـاح بین زن و مرد نباشـد و در اثر تفخیـذ یـا داخـل کردن کمـتر از حشـفه از آلت مرد در آلت زن اجنبی (چنانچه عمل در نتیجه شـبهه و اکراه نباشـد) فرزنـدی متولّـد گردد، فرزنـد مزبور در حکم متولّـد از نکاح خواهـد بود. زیرا با توجه بمادهٔ «۸۶۲» ق. م که نسب را بطور مطلق شـرط توارث دانسـته است و ولد الزنا را در مادهٔ «۸۸۴» استثناء نموده است بنظر میرسد که ولـد ناشـی از غیر از زنا ارث میبرد و چنانچه گفته شود که چون نکاح بین ابوین طفل نبوده آن دو اجنبی از یکدیگر هسـتند و عمل آنان دارای اثر حقوقی نمیباشد، در ردّ آن گفته

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۵

میشود که مادهٔ «۸۸۴» ق. م استثناء از مادهٔ «۸۶۱» ق. م میباشد و عمل بوحدت ملاک اسـتثناء، بر خلاف روش تفسیریست که پیروی شده.

ولد مکره و ولد شـبهه نسـبت بکسـی که مورد اکراه قرار گرفته و یا باشـتباه نزدیکی نموده است، از حیث توارث مانند کسی میباشد که از نکـاح صـحیح متولّـد شـده است. نزدیکی که در مسـتی، خواب، اغمـاء (بیهوشـی) و جنون محقق گردد ملحق بشـبهه شـناخته میشود و فرزنـدی که از آن رابطه متولّـد شود در حکم ولد شـبهه می‌باشد وارث میبرد، زیرا اینان در اثر نداشـتن قصد ارتکاب عمل خلاف شرع مانند کسی هستند که بشبهه نزدیکی کرده باشد.

فرع ۱- آنچه در بالا گفته شـد که ولـد شـبهه مانـند فرزنـد متولّـد از نکاح صـحیح میباشـد، در صورتی است که نزدیکی با یکی از محـارم و اقربـای نسبی، سـببی یا رضاعی از قبیل عمه، خاله، مادر زن، دایه و امثال آنها واقع نشـده باشـد و الا فرزنـدی که بشـبهه از یکی از اینـان متولّـد گردد ملحق به هیـچ یـک از ابوین نخواهـد بود، زیرا در این مورد جهل نمیتوانـد مانع از تأثیر موانع ذاتی نکاح گردد و نقص آن را جبران نمایـد. این امر اجماعی بین فقهای امامیه است. از نظر قانون مدنی نمیتوان اسـتثنای مزبور را مسـتند بمادهٔ نمود و بوسـیلهٔ تفسـیر اصولی از روح مواد قوانین موضوعه این امر را اسـتنباط کرد، ولی بدستور مادهٔ «۳» قانون آئین دادرسی مدنی میتوان طبق عرف و عادت مسلم جامعه مسـلمین که فرزند متولّد بشبهه از محارم را در ردیف ولد الزنا میشناسد او را از ارث محروم ساخت.

فرع ۲- امری که ممکن است مورد بحث قرار گیرد، وراثت فرزند متولّد از لقاح مصـنوعی است. لقاح مصنوعی عبارت از قرار دادن نطفهٔ مرد است در رحم زن بدون آنکه بین آنان نزدیکی واقع بشود، چنانکه کسـی بوسـیلهٔ آلات مخصوصی نطفهٔ مردی را در رحم زنی قرار دهد. فروض مختلفه لقاح مصنوعی و حکم هر یک ذیلًا بیان میگردد:

۱- هرگاه بین مردی که نطفهٔ او در رحم زنی قرار میگیرد رابطهٔ زوجیت برقرار

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۶

باشـد: فرزنـد از آن زوج خواهـد بود و احترام آن ماء محفوظ است اگر چه در جریان عمل لقاح، فعل حرامی هم اتفاق افتاده باشد، چنـانکه اخراج نطفه از مرد بوسـیلهٔ اسـتمناء بوده یا آنکه پزشک مردی در نقل نطفه برحم زن مـداخله داشـته باشـد. بنا بر این فرزند مزبور از هر جهت فرزند قانونی شناخته میشود و تمامی آثار قرابت نسبی موجود میباشد.

۲- هرگاه بین مردی که نطفـهٔ او در رحم زنی قرار داده میشود هیـچ‌گونه رابطهٔ زوجیّت موجود نبوده است، عدهٔ از حقوقیین بر آنند که:

الف- در صورتی که عمـل لقـاح با علم مرد و زن انجام شود، ماء مرد مزبور هیـچ‌گونه احترامی نـدارد و فرزنـد متولّـد از آن زن در حکم ولـد الزنا میباشـد. فرقی نمینمایـد که مرد و زن یکـدیگر را بشناسـند یا نشناسـند چنانکه زنی برای آنکه دارای اولاد گردد نزد پزشـک برود و از او بخواهـد که بوسیلهٔ لقـاح مصـنوعی حـامله شـود و پزشـک از مرد اجنبی بخواهـد که منی خـود را برای لقـاح مصنوعی بدهد و عمل لقاح انجام گیرد.

ب- در صورتی که عمل لقاح با جهل زن و مرد انجام شود، چنانکه پزشکی نطفه مردی را برای تجزیه در لابراتوار گرفته است و در رحم زنی بعنوان دوای حاملگی بگذارد و زن آبسـتن شود، فرزند مزبور نسبت بزن و مرد در حکم ولد شبهه خواهد بود. در صورتی که یکی از زن و شوهر جریان امر را میدانسـته، فرزنـد مزبور نسبت باو در حکم ولد الزنا و نسبت بدیگری که جاهل بوده در حکم ولد شـبهه است. آنچه بنظر میرسد چنانکه از توجه باطلاق مادهٔ «۸۶۴» ق. م معلوم میشود شرط توارث نسب است و فقط مادهٔ «۸۸۴» ق. م ولـد الزنا را از ارث محروم نموده است و تمامی اقسام دیگر اولاد از ارث مورث خود بهره‌منـد میباشـند و دلیلی بر آنکه شـرط توارث در نسب نکاح صحیح است موجود نیست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۷

فصل چهارم در ترکه و دیون متوفی

مبحث اول مالکیت ورثه نسبت بترکه

یکی از اسباب تملّک چنانکه مادهٔ «۱۴۰» ق. م. تصریح مینماید ارث است.

طبق مادهٔ «۸۶۷» ق. م: «ارث بموت حقیقی یا بموت فرضی مورث تحقق پیدا میکند».

بنابراین ورثه بفوت مورث قهراً مالک ترکه میگردند و ارادهٔ هیچ‌یک از مورث و ورثه تأثیر در انتقال آن نخواهد داشت.

وجود دین برای متوفی مانع انتقال ترکه بورثه نمیگردد، و طلب بسـتانکاران که در زمان حیات مدیون حق دینی و بر ذمهٔ او بوده در اثر فوت بترکهٔ او تعلّق میگیرد و بحق عینی تبدیل میشود. بزبان ساده ترکهٔ متوفی جوابگوی دین او خواهد بود.

بنـابراین اعیـان ترکه ملـک ورثه و وثیقه دیـون متوفی میباشـد. این است که مـادهٔ «۸۶۸» ق. م میگویـد: «مـالکیّت ورثه نسبت بترکه متوفی مستقر نمیشود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که بترکه میّت تعلق گرفته». در صورتی که ترکه متوفی کافی برای ادای دیون او نباشـد مالکیّت ورثه از ترکه سـلب نخواهد گردید و مانند آنست که ثمن فروش عین مرهونه کافی برای تأدیهٔ طلب مرتهن نباشد. این است که مادهٔ «۲۳۴» قانون امور حسبی میگویـد: «ورثه میتواننـد برای اثبات طلب یا حقی برای متوفی اقامهٔ دعوی کنند، هر چند بعد از ثبوت حق چیزی عاید آنها نشود مثل اینکه دین متوفی مستغرق ترکهٔ او باشد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۸

مبحث دوم عدم تأثیر رد و قبول در انتقال ترکه

قبول و رد ترکه مـذکور در مواد «۲۴۲»- «۲۵۹» قانون امور حسبی، هیـچ‌گونه تأثیری در انتقال ترکه بوسـیلهٔ فوت بورثه ندارد، بلکه قبول و رد ورثه راجع بتصـفیهٔ ترکه، یعنی پرداخت دیون و تعهداتی میباشد که بر ترکه تعلّق گرفته است، بدین جهت در مادهٔ «۲۵۴» و «۲۵۸» قانون امور حسبی مقرّر است که در صورت رد ترکه از طرف وارث، چنانچه پس از تصـفیه زائدی بماند به وارثی که ترکه را رد نموده بمقدار سهم الارثش داده خواهد شد.
چنانچه انتقال ترکه بوارث مشـروط بر قبول او میبود و یا رد او مانع از انتقال میگشت، باید در صورت عدم قبول یا رد ترکه از طرف وارث، چنانچه پس از تصفیه ما زادی میماند، از آن سهم الارث باو داده نشود.

مبحث سوم دیون متوفی بترکه تعلق میگیرد

دیون و تعهـدات متوفی در اثر فوت بترکـهٔ او تعلّق میگیرد، زیرا شخصـیت انسـان که میتوانـد دارنـدهٔ حق و تکلیف شود بفوت زائل میگردد. بـدین جهت امـوال و حقوق مـالی متوفی بورثه او منتقـل میشود و دیون و تعهـداتی که قـائم بشـخص متوفی است بفوت او ساقط میگردد، چنانکه متوفی تعهـد بتأدیه نفقه مادام الحیات کسـی را با انجام عمل معینی را بقیـد مباشـرت و امثال آن بنمایـد، زیرا فرض آنست که وجود آن بستگی بوجود متعهد دارد. امّا دیون و تعهدات متوفی که قائم بشخص او نیستند مانند حقوق طلبکاران او که تـا زمان فوت حق دینی بوده تبـدیل بحق عینی میگردد و ترکه متوفی ملک ورثه و جوابگوی طلب بسـتانکاران است، یعنی وثیقهٔ طلب آنان میباشد. بعبارت
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۱۹
دیگر وضـعیت حقوقی طلبکاران متوفی نسـبت بترکه مانند وضـعیت حقوقی مرتهن نسبت بعین مرهونه است، با این فرق که در مورد رهن برای مرتهن حق دینی نیز موجود است که بر ذمه مـدیون میباشد و در مورد طلب از متوفی مدیونی وجود ندارد تا عهده‌دار آن باشد. بنابراین، از نظر تحلیلی شخصیّت طبیعی متوفی با مرگ او خاتمه میپذیرد و بشخصیّت طبیعی ورثه ضمیمه نشده و باو نیز منتقل نمیگردد.

مبحث چهارم دیون مؤجل بموت مدیون حال میشود

طبق مادهٔ «۲۳۱» قـانون امور حسبی: «دیون مؤجـل متوفی بعـد از فوت حال میشود» علّت این امر آنست که هرگاه دین مؤجل متوفی بدون آنکه حال شود بترکهٔ او تعلّق گیرد، مسـتلزم آن خواهد بود که ورثه نتوانند در ترکه تصـرفی بنمایند تا موعد تأدیهٔ دین مؤجل برسد و این امر موجب اضرار ورثه میباشد. بدستور مادهٔ «۵۰۵» ق. م: «اقساط مال الاجاره که بعلّت نرسیدن موعد پرداخت آن بر ذمّهٔ مستأجر مستقر نشده است، بموت او حال نمیشود».
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۰

مبحث پنجم حقوق و دیونی که بترکه تعلق میگیرد

اشاره

قانون مدنی در مادهٔ «۸۶۹» میگوید: «حقوق و دیونی که بترکهٔ میّت تعلّق میگیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود از قرار ذیل است:
۱- قیمت کفن میت و حقوقی که متعلّق است باعیان ترکه مثل عینی که متعلّق رهن است.
۲- دیون و واجبات مالی متوفی.
۳- وصایای میّت تا ثلث ترکه بدون اجازهٔ ورثه و زیاده بر ثلث با اجازهٔ آنها».
چنانکه از مادهٔ بالا معلوم میشود حقوق و دیونی که بترکه تعلق میگیرد عبارت است از:

الف- هزینه کفن و دفن و تجهیزات دیگر میت

اشاره

راجع به هزینهٔ شخصی میّت قانون مدنی بکلمهٔ (قیمت کفن) اکتفاء نموده است. ولی چنانکه از مادهٔ «۲۲۵» قانون امور حسبی که میگوید: «دیون و حقوقی که بعهدهٔ متوفی است بعد از هزینهٔ کفن و دفن و تجهیز متوفی و سایر هزینه‌های ضروری از قبیل هزینهٔ حفظ و ادارهٔ ترکه باید از ترکه داده شود» محقق است علاوه بر قیمت کفن، هزینه‌های لازم برای کفن و دفن و تجهیز متوفی از حقوقی است که بترکه تعلّق گرفته و قبل از اداء دیون از اصل ترکه برداشته میشود. آنچه راجع بامور شخصی متوفی است تابع دستورات و مقرّرات مذهبی است و هزینه‌های ضروری آن باید از اصل ترکه برداشت شود و آنها در مذهب اسلام عبارتند از: قیمت کفن واجب که عبارت است از سه قطعه کفن و هزینه‌های واجب دیگر از قبیل پول آب و سدر و کافور و قیمت زمین و عوارض شهرداری و هزینه حمل جنازه به نزدیکترین قبرستان و اجرت قبرکن و آنچه مصالح در قبر بکار میرود و یا برای استحکام آن لازم است، مانند آجر و آهک و گچ.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۱
همچنین است هزینه‌های لازم برای انداختن میّت در دریا از سنگ و آهن که باو بسته میشود و یا ظرفی که میّت را در او می‌نهند در مواردی که میّت را بدریا باید بیندازند. امّا هزینه‌های غیر واجب مانند تجهیزات مستحبه و اجرت قاری و هزینهٔ فاتحه و هفته و چلّه و سال و یا حمل جنازه باعتاب مقدسه و یا حمل آن به مقبرهٔ خانوادگی که در شهر دیگر واقع است که از امور مستحبه یا مباحه میباشد، نمیتوان از اصل ترکه برداشت نمود، مگر باجازهٔ کسانی که در ترکه ذیحق میباشند از قبیل طلبکاران، ورثه، وصی و موصی له.

فرع-

بسیاری از فقهاء قیمت کفن و تجهیزات ضروری دیگر زوجه را بعهدهٔ زوج دانسته‌اند، اگر چه زوجه از خود ترکهٔ باقی گذارده باشد، اگر چه زوجه ناشزه باشد یا غیر مدخوله. در قیمت کفن و تجهیزات زوجه منقطعه چنانچه مدت آن کوتاه باشد و همچنین مطلقهٔ رجعیه تأمّل و اشکال کرده‌اند.
در صورتی که زوج معسر باشد و نتواند قیمت کفن و تجهیزات لازمهٔ زوجهٔ خود را بدهد از ترکه زوجه تأدیه میشود و چنانچه بعداً زوج موسر گردد ورثه نمیتوانند عوض آن را از او بخواهند.
قیمت کفن و هزینه‌های ضروری دیگر اقربای واجب النفقه بر عهدهٔ انفاق کنندهٔ آنها نمیباشد و از ترکهٔ آنها تأدیه میشود.
از نظر قانون مدنی مادهٔ که بتوان زوج را ملزم بتأدیه قیمت کفن و تجهیزات ضروری دیگر زوجه دانست دیده نمیشود، مگر آنکه

بتوان از روح مواد مربوطه بنفقهٔ زوجهٔ دائمه استنباط نمود و آن مشکل بنظر میرسد، زیرا نفقه عرفاً برای زمان حیات است.

ب- دیونی که دارای وثیقه میباشند

بستانکاران متوفی که در مقابل طلب خود وثیقه دارنـد عبارتنـد از: مرتهن، منتقل إلیه در مورد معاملات با حق استرداد که طبق مادهٔ «۳۴» و «۳۴» مکرّر اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، معامله نموده‌اند. این بستانکاران دارای حق عینی نسبت باعیان معینه از ترکه هستند که

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۲

در وثیقهٔ آنان است و بر سایر طلبکاران مقدم میباشند. دلیل بر این امر مفاد مادهٔ «۸۶۹» ق. م است که میگوید: «حقوق و دیونی که بترکهٔ میّت تعلّق میگیرد و باید قبل از تقسیم آن ادا شود از قرار ذیل است:

۱- قیمت کفن میّت و حقوقی که متعلق است باعیان ترکه مثل عینی که متعلّق رهن است ...» و عبارت ذیل مادهٔ «۲۲۶» ق. امور حسبی که میگوید: «... در موقع تقسیم، دیونی که بموجب قوانین دارای حق تقدم و رجحان هستند رعایت خواهد شد ...» بنابراین بدستور مادهٔ «۲۲۷» قانون امور حسبی: «اگر چیزی از ترکه در مقابل دینی رهن باشد مرتهن نسبت بمال مرهون بر سایر بستانکاران مقدم است و اگر بهای مال مرهون از طلب مرتهن زاید باشد مقدار زاید ما بین بستانکاران تقسیم میشود و اگر کمتر باشد مرتهن نسبت بباقیماندهٔ طلب خود مانند سایر بستانکاران خواهد بود».

بدستور مادهٔ «۲۲۵» ق. امور حسبی هزینهٔ کفن و دفن و تجهیزات لازم متوفی مقدّم بر دیونی که وثیقه دارند میباشد. بنابراین نظر باطلاق ماده چنانچه متوفی دارای یک خانه باشد که در رهن است از ثمن فروش آن قبلًا هزینهٔ کفن و دفن و تجهیزات لازم تأدیه میشود و بقیهٔ از ثمن بابت دیون او تأدیه میگردد اگر چه تکافؤ دین او را ننماید.

ج- دیون بدون وثیقه و واجبات مالی

چنانکه گذشت بفوت مدیون شخصیت حقوقی او زایل میگردد و دیونی که بر ذمه داشته بدارائی او تعلّق میگیرد و باید از آن استیفاء شود. شق ۲ مادهٔ «۸۶۹» قانون مدنی از دیونی که بترکه تعلّق میگیرد، دیون و واجبات مالی متوفی را میشمارد.

د- وضعیت حقوقی ترکه نسبت بدیون متوفی

نحوهٔ تعلّق طلب طلبکاران متوفی بترکهٔ او مانند نحوهٔ تعلّق طلب مرتهن نسبت بعین مرهونه میباشند.

بنابراین:

۱- هر جزئی از اجزاء ترکه وثیقهٔ تمامی طلب است، بدین جهت بدستور مادهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۳

«۶۰۶» ق. م: «هرگاه ترکهٔ میّت قبل از اداء دیون او تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میّت دینی بوده است، طلبکار باید بهر یک از ورثه بنسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراث معسر شده باشد طلبکار میتواند برای سهم معسر یا معسرین نیز بوراث دیگر رجوع کند».

۲- تمامی ترکه وثیقهٔ هر جزئی از اجزاء دین است، لذا هرگاه قسمتی از دین تأدیه شود قسمتی از ترکه از وثیقه طلبکاران خارج نمیشود تا تمام دیون متوفی پرداخت گردد، و ورثه نمیتوانند قبل از اداء آن ترکه را تقسیم نمایند. (مادهٔ «۷۸۳» ق. م).

۳- هر جزئی از ترکه وثیقهٔ تمامی طلبکاران است، بدین جهت هرگاه قبل از تأدیهٔ دیون قسمتی از ترکه بدون تعدی و تفریط ورثهٔ

تلف شود بنسبت آن مقدار دین ساقط نمیشود و از بقیّه ترکه تمام دین تأدیه میگردد.

با توجه بامور مذکور در بالا و مادهٔ «۶۰۶» ق. م معلوم میگردد که برای تجهیز و تکفین و دفن متوفی و تأدیه دیون و واجبات مالی او از هر یک از اموال متوفی که استفاده شود، خواه پول نقد باشد و خواه فروش اموال باشد، از سهم هر یک از ورثه بمقدار نصیبی که بعنوان سهم الارث باو میرسد کسر میشود، برای توضیح، مثال زده میشود.

هرگاه کسی بمیرد و یک زن و یک پسر داشته باشد و ترکه متوفی عبارت باشد از:

۱- مزرعه بارزش پانصد هزار ریال.

۲- خانه بارزش سیصد و چهل هزار ریال (ابنیه ۲۴۰ هزار ریال عرصه ۱۰۰ هزار ریال).

۳- اموال منقول ۱۶۰ هزار ریـال: ارزش مجموع ترکه یک میلیون ریال میباشـد. سـهم زوجه (ثمن از اموال منقول و ابنیه و اشـجار): بیست هزار ریـال از اموال منقول و سـی هزار ریـال از قیمت ابنیه و اشـجار که نصـیب او مجموعـاً میشود پنجـاه هزار ریـال و بقیه که نهصد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۴

پنجاه هزار ریال است (یعنی از ترکه ۲۰/ ۱ نصیب زوجه شده و ۲۰/ ۱۹) نصیب پسر. بنابراین کلیّه هزینه‌های تجهیز و دفن و کفن و دیون و واجبات مالی بهمین نسبت در سـهام ورثه قرار میگیرد، یعنی ۲۰/ ۱ در سـهم زوجه و از نصـیب او کسر میشود و ۲۰/ ۱۹ در سهم پسر که از نصیب او کسر میگردد.

ه- تقدم بعض طلبکاران بر بعض دیگر-

اشاره

طبق ذیل ماده «۲۲۶» ق.

ا. حسبی: «... در موقع تقسیم دیونی که بموجب قوانین دارای حق تقدم و رجحان هستند رعایت خواهد شد. بستانکاران زیر هر یک بترتیب حق تقدم بر دیگران دارند ...» شرح طبقات معینه طلبکاران مذکور در مادهٔ «۲۲۶» ق. ا. حسبی ذیلا بیان میگردد:

طبقهٔ اول

«الف- حقوق خدمهٔ خانه برای مدت سال آخر قبل از فوت» خواه خدمهٔ مزبور روزمزد باشند یا اجیر، ماهیانه حقوق دریافت دارند یا سالیانه.

«ب- حقوق خدمتگزاران بنگاه متوفی برای مدت شـش ماه قبل از فوت» منظور از بنگاه متوفی محل کسب و حرفه متوفی میباشد که در آن کسب مینموده‌اند.

«ج- دستمزد کارگرانی که روزانه یا هفتگی مزد میگیرند برای مدت سه ماه قبل از فوت» منظور از کارگران کسانی هستند که برای متوفی کارهای تولیدی یا عمرانی مینموده‌اند از قبیل عمله، بناء، باغبان، کارگران امور کشاورزی یا صـنعتی و امثال آن. بنظر میرسـد که سه درجه بستانکاران بالا در یک ردیف میباشند و چنانچه دارائی متوفی کافی برای ادای دیون اینان نباشد، آنچه از ترکه بدست می‌آیـد بنسبت طلب آنان تقسیم میشود. با ذکر درجات سه‌گانه در یک طبقه نمیتوان درجـهٔ اول را در استیفاء طلب مقدم بر درجه دوم دانست و یا درجهٔ دوم را بر درجهٔ سوم برتری داد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۵

طبقهٔ دوم

«طلب اشخاصی که مال آنها بعنوان ولایت یا قیمومت تحت ادارهٔ متوفی بوده، نسبت بمیزانی که متوفی از جهت ولایت یا قیمومت مدیون شده است. این نوع طلب در صورتی دارای حق تقدم خواهد بود که موت در دوره قیمومت یا ولایت و یا در ظرف یک سال بعد از آن واقع شده باشد» چنانچه مطالبات اینان راجع به پس از مدت مزبور باشد در ردیف مطالبات عادی خواهد بود.

طبقهٔ سوم

«طلب پزشک و داروفروش و مطالباتی که بمصرف مداوای متوفی و خانواده‌اش در ظرف سال قبل از فوت رسیده است». از قبیل هزینهٔ بیمارستان و دستمزد عمل جراحی و یا مسافرت متوفی برای مداوا بخارج از کشور و امثال آن.

طبقهٔ چهارم

«الف- نفقه زن مطابق مادهٔ «۱۲۰۶» قانون مدنی». نفقه زن از طلبهای ممتازه شناخته شده است. مادهٔ «۱۲۰۶» قانون مدنی میگوید: «زوجه در هر حال میتواند برای نفقه زمان گذشتهٔ خود اقامهٔ دعوی نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما خواهد بود، ولی اقارب فقط نسبت بآتیه میتوانند مطالبهٔ نفقه نمایند».
«ب- مهریه زن تا میزان ده هزار ریال». بنظر میرسد که چنانچه مهریه زن بیش از ده هزار ریال بوده و مقداری از آن را شوهر در زمان حیات خود پرداخته باشد، از مبلغی که زن در زمان فوت شوهر طلب کار است تا ده هزار ریال آن از طلبهای طبقهٔ چهارم بشمار میرود.

طبقهٔ پنجم

«سایر بستانکاران» بستانکاران مزبور غیر از طلبکارانی میباشند که در مقابل طلب خود وثیقه دارند و همچنین غیر از طلبکارانی میباشند که در طبقات چهارگانهٔ بالا ذکر گردیده است. طلبکاران طبقهٔ پنجم عبارتند از: طلب‌کارانی که طلب آنان
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۶
بابت مال الاجاره و یا ثمن خرید مال و قرض و یا مسئولیّت ناشی از جرائم و امثال آن میباشد.
پنج طبقه مذکور در مادهٔ «۲۶۶» ق. ا. حسبی. در قانون تصفیه امور ورشکستگی در مادهٔ «۵۸» مذکور است و هر طبقهٔ مقدم را بر طبقهٔ مؤخّر مقدم داشته و آنان را بر سایر طلبکاران ورشکسته.

و- دعوی حق بر میت-

بدستور مادهٔ «۲۳۲» قانون امور حسبی: «دعوی بر میّت اعم از دین یا عین باید بطرفیت ورثه و یا نمایندهٔ قانونی آنها اقامه شود هر چند ترکه در ید وراث نباشد، لیکن مادامی‌که ترکه بدست آنها نرسیده است مسئول اداء دیون نخواهند بود». زیرا اموال پس از فوت قهراً بورثهٔ او منتقل میشود و ناچار کسی که دعوی حق نسبت بآن مینماید باید بطرفیت ورثه که مالک است اقامه کند، خواه در تصرف ورثه یا در تصرف غاصبانه دیگری باشد.
طبق مادهٔ «۲۳۳» قانون امور حسبی: «اثبات دعوی بطرفیت بعضی از ورثه نسبت بسهم همان بعض مؤثر است و وارث دیگری که طرف دعوی نبوده میتواند بر حکمی که بطرفیت بعضی از ورثه صادر شده اعتراض نماید». اعتراض شخص ثالث بحکم بدستور مادهٔ «۵۸۲» قانون آئین دادرسی مدنی در صورتی بعمل می‌آید که حکم صادر بین دو نفر بحقوق شخص ثالث خللی وارد آورد و

آن شخص یا نمایندهٔ او در مرحلهٔ دادرسی که منتهی بحکم یا قرار شده بعنوان اصحاب دعوی دخالت نداشته باشد.
مثلًا چنانچه قبل از تقسیم یا بعد از آن کسی بعنوان مالکیّت نسبت بعین معینی که در تصرف یکی از ورثه است اقامهٔ دعوی بنماید و حکم بر محکومیّت وارث مزبور صادر شود، این حکم مستقیماً نسبت بسهم آن وارث محکوم مؤثر است و چون در اثر مستحق للغیر در آمدن بعض از آنچه بعنوان سهم الارث در دست دارد، نصیبش تقلیل می‌یابد و ناچار تعادل سهام بر هم میخورد، وارث مزبور برای تعادل سهام، بورثهٔ دیگر میتواند مراجعه کند. این امر موجب ضرر ورثهٔ دیگر خواهد بود، لذا آنان

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۷

میتوانند بر حکم صادر اعتراض نمایند.
بدستور مادهٔ «۲۳۵» قانون امور حسبی: «بستانکار از متوفی نیز در صورتی که ترکه بمقدار کافی برای اداء دین در ید ورثه نباشد، میتواند بر کسی که او را مدیون متوفی میداند یا مدعی است که مالی از ترکه متوفی در ید او است اقامه دعوی کند».
زیرا کلیهٔ حقوق و دارائی متوفی متعلّق حق طلبکاران است، در تصرف ورثه باشد یا در تصرف دیگران، عین باشد یا طلب.
بدستور ماده «۲۳۶» ق. امور حسبی: «در مورد مادهٔ قبل اگر طلب از متوفی محرز نباشد مدعی باید طلب خود را از متوفی بطرفیّت ورثه اثبات و پس از آن دعوی خود را بر کسی که مدیون متوفی یا مالی از متوفی نزد او میداند اقامه کند و میتواند بر هر دو در یک دادخواست اقامهٔ دعوی نماید». علّت اقامهٔ دعوی بطرفیّت ورثه آنست که کلّیه ترکه مورث بفوت بملکیّت ورثه داخل میگردد و متعلّق حقوق طلبکاران او نیز میشود. مدعی طلب، که خود را دارنده حق عینی نسبت بترکه میداند باید بر مالک عین اقامه دعوی نماید. اینست که بدستور مادهٔ «۲۳۷» ق. امور حسبی: «در مواردی که برای اداء دیون متوفی وصی معین شده است اثبات دین بطرفیّت وصی و ورثه خواهد شد».
مادهٔ «۲۳۸» قانون امور حسبی: «در مورد ترکه متوفای بلا وارث که مدیر ترکه معین میشود اثبات دین بطرفیت مدیر ترکه میگردد».
مادهٔ «۲۳۹» ق. امور حسبی میگوید، «در دعاوی راجع بعین، طرف دعوی کسی است که عین در دست او است، خواه وارث باشد یا غیر وارث، مگر اینکه آن کس مقر باشد که عین جزء ترکه است که در این صورت مدعی باید برای اثبات ادعای خود بر تمام ورثه اقامهٔ دعوی نماید».

ز – وصایای متوفی

چنانکه در باب وصیّت گذشت موصی میتواند تا ثلث دارائی حین فوت خود را وصیّت نماید و زائد بر آن منوط باجازهٔ ورثه است، چنانچه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۸

اجازه دهند نافذ میگردد و هرگاه رد کنند باطل است. ثلث پس از کسر نمودن هزینه‌های تجهیز و کفن و دفن و دیون و واجبات مالی از ترکه در نظر گرفته میشود، یعنی از ترکه اول تجهیز و کفن و دفن میّت برداشته میشود سپس اگر از ترکه بماند دیون او تأدیه میشود و پس از آن ثلث احتساب میگردد و دو ثلث دیگر بورثه داده میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۲۹

فصل پنجم در سهم الارث طبقات مختلفه وراث

مقدمه

چنانکه در ابتدای باب ارث بیان گردید قانون مدنی خویشاوندی را سبب ارث شناخته است، لذا کسی که میمیرد و از خود اموالی بجای میگذارد، پس از برداشت هزینه‌های لازم کفن و دفن و تجهیزات و همچنین اداء دیون و اخراج وصیّت، بقیه بین خویشاوندان متوفی تقسیم میگردد. تمامی خویشاوندان با یکدیگر ارث نمیبرند بلکه خویشاوندانی که بمتوفی نزدیکترند خویشاوندان دورتر از خود را از ارث محروم مینمایند. همچنین بعضی خویشاوندان با بودن خود، مانع میشوند که بعضی دیگر تمام یا قسمتی از نصیب خود را از ارث ببرد. این حالت را در وارث حجب گویند.

باب اول – در حجب

اشاره

حجب بفتح اول و سکون ثانی در لغت عرب بمعنی منع است. در اصطلاح حقوقی چنانکه مادهٔ «۸۸۶» ق. م میگوید: «حجب حالت وارثی است که بواسطهٔ بودن وارث دیگر از بردن ارث کلًا یا جزئاً محروم میشود» کسی که مانع ارث میگردد حاجب نامند.

چنانکه مادهٔ «۸۸۷» قانون مدنی میگوید: «حجب بر دو قسم است:

قسم اول آنست که وارث از اصل ارث محروم میگردد، مثل برادرزاده که بواسطهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۰

بودن برادر یا خواهر متوفی از ارث محروم میشود، یا برادر أبی که با بودن برادر ابوینی از ارث محروم میگردد.

قسم دوم آنست که فرض و ارث از حد أعلی بحد أدنی نازل میگردد، مثل تنزل حصهٔ شوهر از نصف بربع در صورتی که برای زوجه اولاد باشد و همچنین تنزل حصهٔ زن از ربع بثمن در صورتی که برای زوج او اولاد باشد».

چنانکه مادهٔ بالا متذکر است حجب بر دو قسم است:

قسم اول – حجب از اصل

اشاره

حجب از اصل ارث که در اصطلاح فقهای امامیه آن را حجب حرمانی گویند در موردیست که متوفی دارای خویشاوندان متعدد میباشد که بعضی باعتبار آنکه نزدیکتر بمتوفی هستند ارث میبرند و حاجب میشوند از آنکه بعض دیگر ارث ببرد، چنانکه در ارث طبقات سه‌گانه است، که هر طبقهٔ مقدم حاجب طبقهٔ مؤخر میباشد، همچنانی که در هر یک از طبقات سه‌گانه هر درجهٔ مقدم حاجب از درجهٔ مؤخر است که ذیلًا شرح آن بیان میشود:

قانون مدنی چنانکه گذشت وارث نسبی متوفی را بسه طبقه تقسیم نموده است.

مادهٔ «۸۶۲» ق. م میگوید: «اشخاصی که بموجب نسب ارث میبرند سه طبقه‌اند:

۱- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد.

۲- اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها.

۳- اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها».

قانون مدنی در وراثت، اقربیت بمتوفی را در نظر گرفته و هر طبقه نزدیکتر را در ارث مقدم بر طبقه دورتر داشته است، بدین ترتیب که مادام فردی از افراد طبقه اول موجود است از طبقهٔ دوم کسی وارث شناخته نمیشود و هرگاه از طبقهٔ اول کسی موجود نباشد

ارث از آن طبقه دوم خواهد بود و مادام که فردی از طبقهٔ دوم موجود است از طبقهٔ سوم کسی ارث نمیبرد، یعنی هرگاه از طبقهٔ دوم کسی موجود نباشد ارث متعلّق بطبقهٔ سوم خواهد بود. این امر را مادهٔ «۸۸۸» ق. م تصریح نموده

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۱

میگوید: «ضابطهٔ حجب از اصل ارث رعایت اقربیت بمیّت است، بنابراین هر طبقه از وراث طبقهٔ بعد را از ارث محروم مینمایند، مگر در مورد مادهٔ «۹۳۶» و موردی که وارث دورتر بتواند بسمت قائم مقامی ارث ببرد که در این صورت هر دو ارث میبرند».

تمامی افراد یک طبقه در ردیف یکدیگر در ارث قرار ندارند، بلکه قانون برای هر طبقه باعتبار نزدیکی بمتوفی درجاتی قرار داده است که اقرب بمتوفی ابعد را از ارث محروم میدارد یعنی حاجب میباشد. اینک شرح هر یک از طبقات سه گانه:

۱- ورثهٔ طبقه اولی

اشاره

ورثهٔ طبقهٔ اولی بر دو دسته‌اند: اول- پدر و مادر. دوم- اولاد و اولاد اولاد.

دستهٔ اول- پدر و مادر

آنان دارای درجاتی نیستند.

دستهٔ دوم- اولاد و اولاد اولاد

تمامی افراد دستهٔ دوم در یک ردیف نیستند بلکه دارای درجاتی میباشند، بدین ترتیب که اولاد بلا فصل متوفی در درجهٔ اول و اولاد اولاد (نوه) در درجهٔ دوم و اولاد نوه (نبیره) در درجهٔ سوم و اولاد نبیره در درجهٔ چهارم قرار دارند. هر درجهٔ مقدم، درجهٔ مؤخّر را از ارث محروم مینماید و حاجب او است. این است که مادهٔ «۸۸۹» ق. م میگوید: «در بین وراث طبقهٔ اولی اگر برای میّت اولادی نباشد اولاد اولاد او هر قدر که پائین بروند قائم مقام پدر یا مادر خود بوده و با هر یک از ابوین متوفی که زنده باشد ارث میبرند ولی در بین اولاد، اقرب بمیّت، ابعد را از ارث محروم مینماید».

هر یک از دو دستهٔ مذکور در بالا، در ردیف دستهٔ دیگر ارث میبرند، یعنی هیچیک از دو دسته (اول و دوم) یکدیگر را از ارث محروم نمینمایند. مثلًا پدر و مادر در ردیف نبیره ارث میبرند و با نزدیک بودن پدر و مادر بمتوفی وارث دورتر که نبیره است از ارث محروم نمیشود. مادهٔ «۹۱۱» ق. م میگوید: «هرگاه میّت اولاد بلاواسطه نداشته باشد اولاد اولاد او قائم مقام اولاد بوده و بدین طریق جزو

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۲

وراث طبقهٔ اول محسوب و با هر یک از ابوین که زنده باشد ارث میبرند.

تقسیم ارث بین اولاد اولاد بر حسب نسل بعمل می‌آید، یعنی هر نسل حصهٔ کسی را میبرد که بتوسط او بمیّت میرسد، بنابراین اولاد پسر دو برابر اولاد دختر میبرند.

در تقسیم بین افراد یک نسل، پسر دو برابر دختر میبرد».

۲- ورثهٔ طبقه دوم

اشاره

ورثهٔ طبقه دوم مانند ورثهٔ طبقه اول بر دو دسته‌اند: اول اجداد- دوم برادر و خواهر و اولاد آنها.

دستهٔ اول – اجداد

اجداد شامل جدات نیز میشود. این دسته از ورثه نیز دارای درجاتی میباشند، چنانکه جد و جده در درجهٔ اول، پدر و مادر جد و جده در درجهٔ دوم، جد و جدّهٔ آنها در درجهٔ سوم و هرچه بالا رود بر عده درجات افزوده میشود.

دستهٔ دوم – برادر و خواهر و اولاد آنها

این دسته از ورثه نیز دارای درجاتی است، چنانکه برادر و خواهر در درجهٔ اول، اولاد آنها در درجهٔ دوم، اولاد اولاد آنها در درجهٔ سوم قرار دارند و بدین منوال هر چه پائین رود بر درجات افزوده میگردد.
در هر یک از دو دسته، درجهٔ مقدم درجهٔ مؤخّر را از ارث محروم مینماید، ولی هر یک از دو دسته مذکور در بالا در ردیف دستهٔ دیگر ارث میبرد، یعنی هیچیک از دو دسته، دستهٔ دیگر را از ارث محروم نمیکند. چنانکه مادهٔ «۹۲۵» ق. م میگوید: «در تمام صور مذکوره در مواد فوق اگر برای میّت نه برادر باشد و نه خواهر اولاد اخوه قائم مقام آنها شده و با اجداد ارث میبرند، در این صورت تقسیم ارث نسبت باولاد اخوه بر حسب نسل بعمل می‌آید، یعنی هر نسل حصهٔ کسی را میبرد که بواسطهٔ او بمیّت میرسد، بنابراین اولاد اخوهٔ ابوینی یا أبی حصهٔ اخوهٔ ابوینی یا أبی تنها و اولاد کلالهٔ امی حصهٔ کلالهٔ امی را میبرند (منظور از کلمهٔ «تنها» در ماده آنست که اولاد اخوهٔ أبی در صورتی حصهٔ پدر خود را از ترکه متوفی میبرند که اولاد اخوهٔ ابوینی با آنها نباشد، بعبارت دیگر در تقسیم ترکه در صورتی حصه برای
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۳
اخوهٔ أبی فرض میشود که تنها باشد، یعنی حصّهٔ از ترکه برای اخوهٔ ابوینی فرض نشود، زیرا بدستور بند دوم مادهٔ «۹۱۸» ق. م اگر میّت اخوهٔ ابوینی داشته باشد، اخوهٔ أبی ارث نمیبرند. بنابراین اولاد اخوهٔ أبی هم در صورتی حصهٔ پدر خود را میبرد که تنها بوده و اولاد اخوهٔ ابوینی با او نباشند).
در تقسیم بین افراد یک نسل اگر اولاد اخوهٔ ابوینی یا أبی تنها باشند ذکور دو برابر اناث میبرد و اگر از کلالهٔ امّی باشند بالسویه تقسیم میکنند».

۳– ورثهٔ طبقه سوم

ورثهٔ طبقه سوم که عبارت از اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها میباشند، بر خلاف آنچه در ورثهٔ طبقهٔ اول و دوم بیان گردید یک دسته بیشتر نیستند، یعنی اعمام و عمات در ردیف اخوال و خالات وارث میباشند. ورثه طبقهٔ سوم دارای مراتبی هستند چنانکه اعمام و عمات و اخوال و خالات متوفی و اولاد آنها در رتبهٔ اول، اعمام و عمات و اخوال و خالات پدر و مادر متوفی و اولاد آنها در رتبهٔ دوم، و اعمام و عمات و اخوال و خالات جد و جده متوفی و اولاد آنها در رتبهٔ سوم میباشد، و همین گونه هر چه بالا رود بر رتبه‌ها افزوده میشود. هر رتبهٔ مقدم، رتبهٔ مؤخّر را از ارث محروم مینماید. هر رتبهٔ مانند دسته‌های ورثه طبقهٔ اول و دوم دارای درجاتی هستند، مثلًا رتبهٔ اول (که عبارت از اعمام و عمات و اخوال و خالات متوفی و اولاد آنها میباشند) اعمام و عمات و اخوال و خالات متوفی در درجهٔ اول و اولاد آنها در درجهٔ دوم و نوه‌های آنها در درجهٔ سوم و همین گونه هر چه پائین رود.
در هر رتبه درجهٔ مقدم، درجهٔ مؤخّر را از ارث محروم میدارد، مثلًا مادام که اعمام، عمات، اخوال و خالات موجودند اولاد آنها

ارث نمیبرند و چنانچه هیچ‌یک از آنها موجود نباشد اولاد آنها ارث خواهند برد. مادهٔ «۹۳۶» ق. م میگوید. «با وجود اعمام یا اخوال اولاد آنها ارث نمیبرنـد، مگر در صورت انحصار وارث بیک پسر عموی ابوینی با یک عموی أبی تنها که فقط در این صورت پسر عمو، عمو را از ارث محروم میکند. اگر با پسر عموی ابوینی خال یا خاله باشد یا اعمام متعدد باشند

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۴

و لو أبی تنها، پسر عمو ارث نمیبرد».

پدر، مادر، پسـر و دختر نزدیکترین خویشاوندان نسبی متوفی میباشـند و مقدم بر آنان در ارث کسی شناخته نشده، لذا در طبقهٔ اولی قرار گرفته‌انـد، بـدین جهت هیچ‌کس حاجب آنها نمیشود، بلکه آنها حاجب دیگرانند. همچنین است زوج و زوجه که خویشاوندان منحصـر، سـببی متوفی میباشـند، و در عرض طبقات سه‌گانهٔ خویشاوندان نسبی در ترکه سـهیم هسـتند و حاجبی نیست که آنها را از ارث محروم نماید. این است که ماده «۸۹۱» ق. م میگوید: «وراث ذیل حاجب از ارث ندارد:

پـدر، مادر، پسر، دختر، زوج و زوجه». مادهٔ مزبور اگر چه بطور مطلق پدر، مادر، پسـر، دختر، زوج و زوجه را بدون حاجب از ارث معرفی نموده ولی چنانکه شـرح آن بعـداً دیـده خواهـد شـد، منظور حاجب از اصل میباشـد، بدین جهت آن را در ذیل مواد مربوطهٔ بحاجب از کل ارث بیان کرده است.

قسم دوم- حجب از بعض

اشاره

حجب از بعض ترکه که آن را در اصـطلاح فقهای امامیّه حجب نقصانی گویند، در مواردی پیش می‌آید که با بودن حاجب، وارثی که ممکن بوده نصـیب بیشتری از ارث ببرد کمتر نصیب او میشود. مادهٔ «۸۹۲» ق. م موارد حجب نقصانی را بیان مینمایـد و میگوید: «حجب از بعض فرض، در موارد ذیل است:

الف- وقتی که برای میّت اولاد یا اولاد اولاد باشـد. در این صورت ابوین میّت از بردن بیش از یک سـدس محروم میشوند، مگر در مورد مادهٔ «۹۰۸ و ۹۰۹» که ممکن است هر یـک از ابوین بعنوان قرابت یا رد بیش از یک سـدس ببرد و همچنین زوج از بردن بیش از یک ربع و زوجه از بردن بیش از یک ثمن محروم میشود.

ب- وقتی که برای میّت چنـد برادر یا خواهر باشد. در این صورت مادر میّت از بردن بیش از یک سدس محروم میشود، مشـروط بر اینکه:

اولا- لااقل دو برادر یا یک برادر یا دو خواهر یا چهار خواهر باشند.

ثانیاً- پدر آنها زنده باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۵

ثالثاً- از ارث ممنوع نباشند، مگر بسبب قتل.

رابعاً- ابوینی یا أبی تنها باشند».

چنانکه از مادهٔ بالا دانسته میشود، حجب نقصانی نسبت باشخاص مذکور در ذیل موجود میگردد:

۱- پدر و مادر هرگاه متوفی اولاد یا اولاد اولاد داشته باشد

باید متذکر بود که مادر دارای دو نصیب است: نصیب بالا و نصیب پائین.

الف- نصـیب بالا- در صورتی که متوفی اولاد یا اولاد اولادی از خود باقی نگذارد، مادر یک ثلث از ترکه را میبرد. یک ثلث برای

مادر نصیب بالا (اعلی) میباشد.

ب- نصیب پائین- در صورتی که متوفی بمیرد و اولاد یا اولاد اولاد از خود باقی بگذارد، مادر یک سدس از ترکه را میبرد، یک سدس نصیب پائین میباشد.

بنابراین اولاد متوفی حاجب قرار گرفته‌اند که مادر نصیب بالای خود را نبرد بلکه نصیب پائین (ادنی) باو داده میشود یعنی سدس را میبرد.

۲- هر یک از زوجین هرگاه متوفی اولاد داشته باشد-

قبلًا باید متذکر بود که هر یک از زوج و زوجه دارای دو نصیب هستند: نصیب بالا، نصیب پائین.

الف- نصیب بالا- در صورتی که زوج بمیرد و از خود اولادی باقی نگذارد زوجهٔ او ربع میبرد و هرگاه زوجه بمیرد و از خود اولادی نداشته باشد، زوج نصف میبرد. ربع در زوجه و نصف در زوج نصیب بالا میباشد.

ب- نصیب پائین- در صورتی که زوج بمیرد و از خود اولادی باقی گذارد، زوجهٔ او ثمن میبرد و هرگاه زوجه بمیرد و از خود اولاد داشته باشد، زوج او ربع میبرد. ثمن در زوجه و ربع در زوج نصیب پائین است (مادهٔ «۹۱۳» ق. م). بنا بر این اولاد متوفی حاجب قرار گرفته‌اند که زوج یا زوجهٔ او نصیب بالای خود را ببرد، بلکه در این صورت نصیب پائین سهم او خواهد بود.

۳- مادر هرگاه متوفی برادر یا خواهر داشته باشد

قبلًا باید

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۶

متذکر بود که هرگاه کسی بمیرد و اولاد نداشته باشد پدر و مادر دارای دو نصیب هستند:

نصیب بالا و نصیب پائین.

الف- نصیب بالا- در صورتی که کسی بمیرد و وارث منحصر او مادر و پدر باشند، بدون آنکه برای متوفی برادر و خواهر بشرایط زیر باشد، مادر ثلث ترکه و پدر بقیّه آن را میبرد. ثلث نصیب بالای مادر است.

ب- نصیب پائین- در صورتی که کسی بمیرد و وارث منحصر او مادر و پدر باشند، ولی متوفی دو برادر یا یک برادر و دو خواهر یا چهار خواهر نیز دارد، (برادرزاده و خواهرزاده نمیتوانند در این امر قائم مقام برادر و خواهر شوند) و آنکه آنها شرائط مذکور در مادهٔ «۸۹۱» ق. م دارا باشند مادر سدس ترکه را میبرد و بقیه از آن پدر است. بدستور مادهٔ «۸۹۲» ق. م: هرگاه وارث متوفی منحصر بپدر و مادر باشد با جمع بودن شرایط زیر مادر سدس که نصیب پائین است خواهد برد:

اول- متوفی لااقل دو برادر یا یک برادر و دو خواهر یا چهار خواهر داشته باشد، و الا چنانکه آنها کمتر از عدهٔ مذکور در بالا باشند، حاجب مادر قرار نمیگیرند و مادر نصیب بالای خود را که ثلث است خواهد برد. قول مشهور بر آنست که زمانی آنان میتوانند حاجب قرار گیرند که در حین فوت مورث متولّد شده باشند و الا هرگاه یکی از آنان جنین باشد اگر چه زنده متولّد شود نمیتواند حاجب قرار گیرد. زیرا اطلاق کلمه اخوه موجود در روایات شامل حمل نمیگردد. از نظر قضائی بنظر میرسد همچنانی که حمل میتواند ارث ببرد، میتواند حاجب قرار گیرد و عبارت ماده شامل آن میشود.

چنانکه از ظاهر مادهٔ «۸۹۲» ق. م استنباط میشود باید حیات برادر و خواهر در حین فوت مورث محقق و ثابت باشد. بنابراین چنانچه تأخر و تقدم آن مشتبه باشد و با اقتران فوت آن دو مسلم باشد آنان نمیتوانند حاجب مادر قرار گیرند، اگر چه فوت در اثر هدم و غرق باشد، زیرا توارث آنان از یکدیگر استثناء از قاعده است و طبق مادهٔ «۸۷۳» ق. م از یکدیگر ارث میبرند و این امر ملازمه با

حاجب بودن

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۷

آنان ندارد.

دوم- برادر و خواهر متوفی ابوینی یـا أبی باشـند، و الا برادر و خواهر امّی حاجب از مادر نمیشونـد. فلسـفه‌ای که برای آن بیان شـده آنست که در این صورت بجای سـدس، بپـدر ثلث داده میشود تا ادارهٔ امور برادر و خواهر متوفی را بتوانـد عهده‌دار گردد و یا برای آنکه بعداً آن اموال بآنها بارث برسد.

سوم- پدر آنها زنده باشد- در این صورت سدس بمادر داده میشود و بقیّه ترکه بپدر میرسد و الا هرگاه پدر مرده باشد تمامی ترکه بمادر میرسـد. و همچنین باید پدر از ارث میّت در اثر وجود یکی از موانع محروم نباشد، زیرا پدر با ممنوع بودنش از ارث در حکم معدوم میباشد و تمامی ترکه بمادر میرسد و از طرف دیگر حاجب بودن پدر برای آن است که سـهم بیشتری نصیب او شود تا بتواند برادر و خواهر متوفی را نگاهداری کند و چون خود محروم از بردن ارث باشد چگونه میتواند حاجب از ارث دیگری شود.

چهارم- از ارث ممنوع نباشـند مگر بسبب قتل، یعنی برادر و خواهر میّت در صورتی میتواننـد حاجب قرار گیرنـد که خود ممنوع از ارث نباشـند، مگر بسبب قتـل. موانع ارث چنـانکه گـذشت عبـارت است از: قتـل، لعان، ولادت از زنا و کفر (در صورتی که از نظر قضـائی کفر از موانع شـناخته شود). بنـابراین از مفهوم مـادهٔ بالاـ اسـتنباط میشود که چنـانچه یکی از موانع ارث غیر از قتل متوفی در برادر و خـواهر متوفی موجود باشـد، آنهـا نمیتواننـد حـاجب مـادر قرار گیرنـد. یعنی همـانگونه که وجود این امور در وارث مـانع از وراثت میباشـد، مـانع از حـاجب قرار گرفتن او نیز میباشـد. بنابراین هرگاه پـدر در اثر نفی ولـد (برادر یا خواهر متوفی را که حاجب هسـتند) لعان کرده باشـد و یا برادر یا خواهر متوفی نسبت بپدر خود از زنا باشـند و یا آنها کافر باشـند حاجب مادر نمیشوند و مادر نصیب بالا را که ثلث است میبرد.

مـانع نبودن قتـل متوفی از حجب قول مشـهور است، بنابراین هرگاه برادر یا خواهر متوفی، او را کشـته باشـد قاتل مزبور حاجب مادر متوفی قرار خواهد گرفت. قول غیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۸

مشـهور بر آنست که قتل مانند موانع دیگر ارث، مانع از حاجب شدن است. بنابراین برادر یا خواهریکه متوفی را کشـته است حاجب مادر خود خواهـد بود. عمده مبناء نظر اینان علّت مسـتنبطه از موانع دیگر ارث مانند لعان و کفر میباشد، بدین تقریب که ملازمه بین مـانع بودن از اصـل ارث و مانع بودن از بعض ارث موجود است و هرچه مانع از ارث میباشـد مانع از حجب نیز خواهـد بود. ضـعف قول مزبور از نظر عدم ثبوت ملازمه و حجت نبودن قیاس مستنبط العله میباشد.

باب دوم- در صاحبان فرض و قرابت

اشاره

نصـیب خویشاونـدان متوفی از ترکه در مواردی که وارث شـناخته شده‌انـد متساوی نمیباشـد، بلکه باعتبارات مختلفه برای بعضـی از آنان سهم بیشتر و برای بعضی دیگر سهم کمتری در نظر گرفته شده است. همچنانی که برای بعضی از ورثه در وضعیتی سهم معینی و در وضعیّت دیگر برای همان اشخاص سهم دیگری مقرّر گردیده است.

وراث دیگری هسـتند که سـهمی در قـانون برای آنـان معیّن نشـده است و باعتبار خویشاونـدی که با متوفی دارنـد ترکه را بین خود تقسـیم مینماینـد. این است که مادهٔ «۸۹۳» قانون مـدنی میگوید: «وراث بعضـی بفرض، بعضـی بقرابت و بعضـی گاه بفرض و گاهی

بقرابت ارث میبرند».

مادهٔ «۸۹۴» ق. م بلافاصله تعریف فرض و قرابت را که دو اصطلاح حقوقی میباشد مینماید و میگوید: «صاحبان فرض اشخاصی هستند که سهم آنان از ترکه معیّن است و صاحبان قرابت کسانی هستند که سهم آنها معیّن نیست».

شرح مادهٔ بالاـ در سه قسمت بیان میشود: اول- صاحبان فرض، دوم- صاحبان قرابت، سوم- کسانی که گاه بفرض و گاه دیگر بقرابت ارث میبرند.

اول – صاحبان فرض

اشاره

فرض عبارت از سهم معینی است که قانون برای بعضی از ورثه مقرّر داشته است

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۳۹

این امر را قسمت اول مادهٔ بالا متذکّر است: «صاحبان فرض اشخاصی هستند که سهم آنان از ترکه معین است ...»

طبق مادهٔ «۸۹۵» ق. م: «سهام معینه که فرض نامیده میشوند عبارت است از:

نصف، ربع، ثمن، دو ثلث، ثلث و سدس ترکه». سهام مزبور برای اشخاص معینی قرار داده شده است که آنان را صاحبان فرض گویند. چنانکه در مواد «۸۹۹» تا «۹۰۴» ق. م بیان شده فروض مذکور در بالا متعلّق بورثهٔ ذیل میباشد:

۱– نصف

اشاره

مادهٔ «۸۹۹» ق. م میگوید: «فرض سه وارث، نصف ترکه است:

۱- شوهر در صورت نبودن اولاد برای متوفات اگر چه از شوهر دیگر باشد.

۲- دختر، اگر فرزند منحصر باشد.

۳- خواهر ابوینی یا أبی تنها، در صورتی که منحصر بفرد باشد».

بنابراین کسانی که نصف ترکه را میبرند عبارتند از:

الف– زوج–

در صورتی که زوجه بمیرد و از خود اولادی نگذارده باشد، زوج نصف ترکه را میبرد. مادهٔ «۹۱۳» ق. م میگوید: «در تمام صور مذکوره در این مبحث هر یک از زوجین که زنده باشد فرض خود را میبرد و این فرض عبارت است از نصف ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه در صورتی که میّت اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد، و از ربع ترکه برای زوج و ثمن آن برای زوجه در صورتی که میّت اولاد یا اولاد اولاد داشته باشد و ما بقی ترکه بر طبق مقرّرات مواد قبل ما بین سایر وراث تقسیم میشود» (مادهٔ «۹۲۷، ۹۳۸» ق. م).

ب– یکدختر

در صورتی که وارث متوفی منحصر بیک دختر باشد، نصف ترکه متعلّق باو است. مادهٔ «۹۰۸» ق. م میگوید: «هرگاه پدر یا مادر

متوفی یا هر دو ابوین او موجود باشند با یکدختر، فرض هر یک از پدر و مادر سدس ترکه و فرض دختر نصف آن خواهد بود و ما بقی باید بین تمام وراث به نسبت فرض آنها تقسیم شود، مگر اینکه مادر حاجب داشته باشد که در این صورت مادر از باقی چیزی حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۰

نمیبرد».

ج- یک خواهر-

در صورتی که وارث متوفی منحصر بیک خواهر ابوینی یا أبی باشد، نصف ترکه را بفرض میبرد و نصف دیگر را چون وارثی نیست برد خواهد برد (شق سوم مادهٔ «۸۹۹» ق. م مذکور در بالا با توجه بمادهٔ «۹۱۷» ق. م).

۲- ربع

اشاره

مادهٔ «۹۰۰» ق. م میگوید: «فرض دو وارث، ربع ترکه است:

۱- شوهر در صورت فوت زن با داشتن اولاد.

۲- زوجه یا زوجه‌ها در صورت فوت شوهر بدون اولاد».

بنابراین کسانی که ربع ترکه را میبرند عبارتند از:

الف- زوج-

در صورتی که زوجه بمیرد و دارای فرزند باشد، اگر چه فرزند از شوهر دیگرش باشد، زوج او ربع ترکه را مستحق خواهد بود. (مادهٔ «۹۱۳» قانون مدنی).

ب- زوجه

در صورتی که زوج بمیرد و دارای فرزند نباشد زوجه یا زوجه‌های او ربع میبرد (مادهٔ «۹۱۳» و «۹۲۷» و «۹۳۸» ق. م).

۳- ثمن

مادهٔ «۹۰۱» ق. م میگوید: «ثمن فریضهٔ زوجه یا زوجه‌ها است در صورت فوت شوهر با داشتن اولاد». در صورتی که زوج بمیرد و از خود اولاد بگذارد، اگر چه اولاد از زن دیگرش باشد زوجهٔ او ثمن از ترکه را میبرد. (مادهٔ «۹۱۳» و «۹۲۷» و «۹۳۸» ق. م.) چنانچه متوفی چند زن داشته باشد آنها ثمن را بین خود تقسیم مینمایند.

۴- دو ثلث

اشاره

مادهٔ «۹۰۲» ق. م میگوید: «فرض دو وارث، دو ثلث ترکه است:

۱- دو دختر و بیشتر در صورت نبودن اولاد ذکور.

۲- دو خواهر و بیشتر ابوینی یا ابی تنها با نبودن برادر».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۱

بنابراین کسانی که دو ثلث از ترکه را میبرند عبارتند از:

الف- دو دختر یا بیشتر

در صورتی که کسی بمیرد و وارث او دو دختر یا بیشتر باشد و متوفی از خود اولاد ذکوری باقی نگذارد، دو ثلث از ترکه متعلّق بآنها خواهد بود. ماده «۹۰۹» ق. م میگوید: «هرگاه پدر یا مادر متوفی یا هر دو ابوین او موجود باشند با چند دختر، فرض تمام دخترها دو ثلث ترکه خواهد بود که بالسویه بین آنها تقسیم میشود و فرض هر یک از پدر و مادر یک سدس و مابقی اگر باشد بین تمام ورثه بنسبت فرض آنها تقسیم میشود، مگر اینکه مادر حاجب داشته باشد. در این صورت مادر از باقی چیزی نمیبرد». حاجب داشتن مادر در مورد مزبور در صورتیست که متوفی دارای لااقل دو برادر یا یک برادر با دو خواهر یا چهار خواهر باشد.

ب- دو خواهر یا بیشتر

در صورتی که کسی بمیرد و وارث او دو خواهر یا بیشتر أبوینی یا أبی تنها باشد و متوفی برادری نداشته باشد دو ثلث ترکه نصیب آنان است.

۵- ثلث

اشاره

مادۀ «۹۰۳» ق. م میگوید: «فرض دو وارث، ثلث ترکه است.

۱- مادر متوفی در صورتی که میّت اولاد و اخوه نداشته باشد.

۲- کلالۀ امّی در صورتی که بیش از یکی باشد».

بنابراین کسانی که ثلث ترکه برای آنها مقرّر شده است عبارتند از:

الف- مادر

چنانکه کسی بمیرد و اولاد و یا اخوه نداشته باشد، مادر او ثلث از ترکه را میبرد. مادۀ «۹۰۶» ق. م میگوید: «اگر برای متوفی اولاد یا اولاد اولاد از هر درجه که باشند، موجود نباشد هر یک از ابوین در صورت انفراد تمام ارث را میبرد و اگر پدر و مادر میّت هر دو زنده باشند، مادر یک ثلث و پدر دو ثلث میبرد. لیکن اگر مادر حاجب داشته باشد سدس از ترکه متعلّق بمادر و بقیّه مال پدر است». منظور مادۀ «۹۰۳» ق. م مذکور در بالا- از اخوه، دو برادر یا یک برادر و دو خواهر یا چهار خواهر است که حاجب مادر میشوند و نصیب بالای خود را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۲

که ثلث است ببرد.

ب- چند کلاله امی

منظور از کلمهٔ کلاله برادر یا خواهر میباشد، چنانکه کسی بمیرد و دارای چند برادر و یا چند خواهر و یا چند برادر و خواهر امّی باشد، ثلث ترکه بآنها داده میشود. شق سوم مادهٔ «۹۲۲» ق. م میگوید: «... اگر کلالهٔ امّی متعدد باشد، ثلث ترکه بآنها تعلّق گرفته و بین خود بالسویه تقسیم میکنند و بقیه مال اخوه ابوینی یا ابی است که مطابق مقرّرات مذکور در فوق تقسیم مینمایند».

۶- سدس

اشاره

مادهٔ «۹۰۴» ق. م میگوید: «فرض سه وارث سدس ترکه است: پدر و مادر و کلالهٔ امی اگر تنها باشد».
بنابراین کسانی که سدس ترکه برای آنها مقرّر است عبارتند از:

الف- پدر-

چنانکه کسی بمیرد و پدر او موجود باشد هرگاه متوفی از خود اولادی گذارد، سهم پدر طبق مادهٔ «۹۰۸ و ۹۰۹» ق. م یک سدس است.

ب- مادر-

چنانکه کسی بمیرد و مادر او موجود باشد و اولادی نیز از خود باقی گذارد، سهم مادر طبق مادهٔ «۹۰۸ و ۹۰۹» ق. م. نیز یک سدس است (ذیل مادهٔ «۹۰۶» ق. م).

ج- یک کلاله امی-

کلالهٔ امی عبارت است از خواهر یا برادر مادری متوفی. در صورتی که کسی بمیرد و دارای یک کلالهٔ امّی باشد سدس از ترکه متعلّق باو است. بند اول مادهٔ «۹۲۲» ق. م میگوید: «... اگر برادر یا خواهر امّی یکی باشد سدس ترکه را میبرد و بقیه مال اخوه ابوینی یا أبی است که بطریق مذکور در فوق تقسیم مینمایند».

دوم- صاحبان قرابت

قرابت بمعنی نزدیکی است و اصطلاحاً خویشاوندی میباشد. چنانکه قسمت دوم مادهٔ «۸۹۴» ق. م تصریح مینماید: «... صاحبان قرابت کسانی هستند که سهم آنها معین نیست» یعنی سهم الارث آنان نسبت بترکه معین نشده و باعتبار خویشاوندی
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۳
در ترکه متوفی سهیم میباشند، مانند پسر میّت که در نبودن وارث دیگر تمامی ترکه را میبرد و با بودن وارث دیگر چنانکه از صاحبان فرض باشند او قبلا فرض خود را برده و بقیّه را بپسر میدهند و چنانکه متوفی وارث دیگری از صاحبان قرابت (اولاد) داشته باشد ترکه را بین خود طبق مقرّرات قانونی تقسیم مینمایند.

سوم- کسانی که گاه بفرض و گاه دیگر بقرابت ارث میبرند.

اشاره

بعضـی از خویشاونـدان متوفی هسـتند که در بعض موارد سـهم الارث آنان را قانون معین نموده و در موارد دیگر سـهم الارث آنان تعیین نشـده است و باعتبار نزدیکی بمتوفی در ترکه سـهیم میشوند. مادهٔ «۸۹۷» ق. م خویشاوندان مزبور را میشـمارد. مادهٔ «۸۹۷» ق. م: «اشخاصی که گاهی بفرض و گاهی بقرابت ارث میبرند عبارتند از:

پدر، دختر و دخترها، خواهر و خواهرهای أبی یا ابوینی و کلالهٔ امی».

۱– پدر

در صورتی که متوفی پـدر و اولاد داشـته باشـد، پـدر سـدس از ترکه را بفرض میبرد و چنانچه اولاد نداشـته باشـد پدر بقرابت ارث میبرد. (مادهٔ «۹۰۸» و «۹۰۹» ق. م).

۲– یک دختر

در صورتی که متوفی دارای یکـدختر باشد و اولاد دیگری برای او نباشد، بدسـتور مادهٔ «۹۰۸» ق. م نصـف از ترکه را بفرض و بقیهٔ آن را برد میبرد، و در صورتی که متوفی پسـر نیز داشته باشد، آنها بقرابت ترکه را بین خود تقسیم مینمایند، بطوری که نصیب ذکور دو برابر اناث باشد.

۳– چند دختر –

در صورتی که متوفی فقـط دارای چنـد دختر باشـد، بدسـتور مادهٔ «۹۰۹» ق. م آنـان دو ثلـث ترکـه را بفرض و بقیّـه را برد میبرنـد و چنانچه متوفی پسر هم داشته باشد، آنان بقرابت ترکه را بین خود تقسیم مینمایند، بطوری که سهم پسر دو برابر سهم دختر باشد.

۴– یک خواهر ابوینی یا ابی –

در صورتی که متوفی دارای یک خواهر ابوینی یا ابی باشد و برادر أبوینی یا أبی نداشـته باشد، بدستور شق سوم مادهٔ «۸۹۹» ق. م او نصف ترکه را بفرض و بقیّهٔ ترکه را برد میبرد، و چنانچه برادر ابوینی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۴

یا أبی با او باشد آنان بقرابت ترکه را بین خود تقسیم مینمایند، بطوری که سهم ذکور دو برابر سهم اناث باشد.

۵– چند خواهر ابوینی یا ابی

در صورتی که ورثه متوفی عبارت از دو یا چند خواهر ابوینی یا أبی باشـند و برادر ابوینی یا أبی نداشـته باشـند، بدسـتور شق ۲ مادهٔ «۹۰۲» ق. م دو ثلث از ترکه را بفرض و بقیّه آن را برد بطور مساوی تقسـیم مینمایند و چنانچه برادر ابوینی یا أبی داشـته باشند، آنها بقرابت ترکه را تقسیم مینمایند، بطوری که سهم ذکور دو برابر سهم اناث باشد.

۶– کلالهٔ امی واحد–

در صورتی که ورثه متوفی عبـارت از یـک خواهر یا یک برادر امی باشـد و بقیّه کلالـهٔ ابوینی یا أبی، کلالـهٔ امی سـدس از ترکه را بدستور بند ۲ مادهٔ «۹۲۲» ق. م بفرض میبرد، و بقیه بکلالـهٔ أبوینی یا أبی داده میشود، اگر چه یک نفر باشد و چنانچه برادر و خواهر ابوینی یا أبی با او نباشد، سدس ترکه باو داده میشود بالفرض، و بقیه برد بعنوان قرابت بکلالهٔ امی داده میشود. امّا هرگاه میّت اجداد

و کلاله بـا هم داشـته باشـد دو ثلث ترکه بوراثی میرسـد که از طرف پـدر قرابت دارنـد و در تقسـیم آن حصـهٔ ذکور دو برابر اناث خواهـد بود، و یـک ثلث بوراثی میرسـد که از طرف مـادر قرابت دارنـد و بین خود بالسویّه تقسیم مینماینـد، لیکن در صورت اخیر کلالهٔ امی بقرابت ارث میبرد (مادهٔ «۹۲۴» ق. م)

۷- کلالهٔ امی متعدد-

در صورتی که ورثه متوفی عبـارت از چنـد خواهر برادر امی باشـند و بقیه کلالـهٔ أبوینی، یا أبی، بدسـتور بنـد سوم مادهٔ «۹۲۲» ق. م ثلث ترکه بفرض متعلّق بکلالـهٔ امی متعـدد خواهـد بود که بین خود بالسّویه تقسـیم مینماینـد و بقیّه بکلالهٔ أبوینی یا أبی داده میشود اگر چه یـک نفر باشـد، ولی چنـانچه بـا آنهـا برادر و خواهر أبوینی یـا أبی نباشـد، کلالـهٔ امی ثلث ترکه را بفرض و بقیّهٔ آن را برد بعنوان قرابت میبرد. امّا هرگاه میّت اجـداد و کلاله با هم داشـته باشد دو ثلث ترکه بوراثی میرسد که از طرف پدر قرابت دارند و در تقسیم آن حصّهٔ ذکور دو برابر اناث خواهد بود، و یک ثلث بوراثی میرسد که از طرف مادر قرابت دارند

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۵

و بین خود بالسّویه تقسیم مینمایند. در صورت اخیر کلالهٔ امّی بقرابت ارث میبرد (مادهٔ «۹۲۴» ق. م)

باب سوم در رد

اشاره

ردّ عبـارت از مقـداری از ترکه است که پس از دادن حصـهٔ صاحبـان فرض و نبودن صاحبان قرابت در طبقه و درجهٔ صاحبان فرض مزبور، باقی میماند که بصاحبان فرض ردّ میشود که باعتبار دادن آن باقی، بصاحبان فرض، آن را رد گویند.

بدستور مادهٔ «۹۰۵» ق. م: «از ترکـهٔ میّت هر صاحب فرض حصهٔ خود را میبرد و بقیه بصاحبان قرابت میرسد و اگر صاحب قرابتی در آن طبقه مسـاوی بـا صـاحب فرض در درجه نباشـد، باقی بصاحب فرض رد میشود، مگر در مورد زوج و زوجه که بآنها رد نمیشود. لیکن اگر برای متوفی وارثی بغیر از زوج نباشد زائد از فریضه باو رد میشود». مادهٔ بالا سه امر را در بر دارد:

الف- هر صـاحب فرض حصـهٔ خود را از ترکه میبرد و اضـافه‌ای که میمانـد، چنـانچه صـاحب قرابتی در آن طبقه مسـاوی با صاحب فرض در درجه باشد آن اضافه بصاحبان قرابت میرسد. چنانکه گذشت قانون مدنی برای عده‌ای از ورثه حصهٔ معینی از ترکه در نظر گرفته که آنان را صاحبان فرض نامنـد،ماننـد پدر و مادر که هر یک سـهم معیّنهٔ خود را با هر یک از وراث دیگر که باشد از اصـل ترکه میبرند (مادهٔ «۹۰۶ و ۹۰۷ و ۹۰۸ و ۹۰۹» ق. م). پس از آنکه صاحبان فرض نصیب خود را بردند، اضافهٔ که باقی مانده هرگاه در آن طبقه صاحب قرابتی باشد که مساوی در درجه با صاحب فرض بوده اضافه بصاحب قرابت داده میشود و هرگاه چند نفر باشند بین خود تقسیم مینمایند، مثلًا چنانکه کسـی بمیرد و دارای پدر و مادر و چند اولاد ذکور و اناث باشد، هر یک از پدر و مادر که از صاحبان فرض هستند سدس ترکه را میبرد و بقیهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۶

آن که ۶/ ۴ در صورتی که هر دو موجود باشند یا ۶/ ۵ در صورتی که یکی از آنها موجود باشد باولاد متوفی که در آن طبقه، صاحبان قرابت و مساوی با درجه پدر و مادر هستند داده میشود که بین خود تقسیم نمایند بطوری که سهم ذکور دو برابر سهم اناث باشد.

ب- در صورتی که صاحبان فرض سـهم الارث خود را بردنـد، اضافه که از ترکه میماند، چنانچه صاحب قرابتی در آن طبقه مساوی بـا صـاحب فرض در درجه نباشـد، آن اضـافه بصـاحب فرض داده میشود. این امر که در اصـطلاح آن را رد گوینـد بدسـتور قاعـدهٔ

اقربیت است.

تقسیم بردّ، بین صاحبان فرض بنسبت سهام آنان میباشد. مثلًا چنانکه وارث میّت منحصر بپدر و یک دختر باشد، پدر فرض خود را که سدس است و دختر فرض خود را که نصف باشد از اصل ترکه میبرند.

۶/ ۱+ ۲/ ۱ ۶/ ۴ و باقی از ترکه که ۶/ ۲ است بنسبت فرض پدر ۶/ ۱ و فرض دختر ۲/ ۱ (۶/ ۳) تقسیم میشود. یعنی بقیّه ترکه چهار سهم شده یک سهم بپدر و سه سهم بدختر داده میشود (مادهٔ «۹۰۸ و ۹۰۹» ق. م).

ج- ردّ بزوج و زوجه داده نمیشود. قانون مدنی در قسمت اول مادهٔ «۹۰۵» مقرّر داشته که پس از تعیین مجموع حصه‌های صاحبان فرض، چنانچه از ترکه چیزی بماند بصاحبان قرابت داده میشود. در صورت نبودن صاحب قرابت، آن اضافه بهمان صاحبان فرض رد میگردد. قانون مدنی این امر را نسبت بتمامی صاحبان فرض رعایت ننموده است و زوج و زوجه را با آنکه از صاحبان فرض هستند، از بردن رد محروم کرده است. فلسفه‌ای که میتوان برای این امر تصور نمود آنست که مقدار سهام خویشاوندان متوفی که استحقاق بردن آن را بعنوان ارث داشته‌اند بصورت فرض معین شده است و آنچه باقی مانده منحصراً در خور خویشاوندان نسبی (طبیعی) متوفی میباشد که بقاعدهٔ اقربیت بآنها داده میشود.

قانون مدنی در مادهٔ «۹۰۵» زوج و زوجه را با بودن ورثهٔ دیگر از بردن ردّ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۷

محروم نموده است، ولی در صورتی که وارث متوفی منحصر بزوج باشد و وارث دیگری در هیچ‌یک از طبقات سه‌گانه نباشد اضافه از فرض را که نصف میباشد باو اختصاص داده است. بنظر میرسد که علّت این امر آنست که عموماً اغلب دارائی زوجه، اموالی میباشد که بعنوان مهر یا اندوخته‌های دوران زناشوئی از طرف زوج باو رسیده است بدین جهت با نبودن وارث نسبی دیگر کسی شایسته‌تر از زوج نسبت بمتوفی نیست که بقیه ترکه باو داده شود، و بالعکس مادهٔ «۹۴۹» قانون مدنی این امر را در صورتی که وارث متوفی منحصر بزوجه باشد رعایت ننموده است و او را از رد محروم داشته است.

مادهٔ «۹۴۹» ق. م: «در صورت نبودن هیچ وارث دیگری بغیر از زوج یا زوجه شوهر تمام ترکه زن متوفات خود را میبرد، لیکن زن فقط نصیب خود را و بقیه ترکه شوهر در حکم مال بلا وارث و تابع مادهٔ «۸۶۶» خواهد بود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۸

مبحث اول

باب اول در ورثهٔ طبقه اول

مادهٔ «۸۶۲» قانون مدنی پدر، مادر، اولاد و اولاد اولاد را ورثهٔ طبقهٔ اولی قرار داده است.

چنانکه شرح آن قبلًا گذشت، قانون مدنی پدر و مادر را در عرض اولاد و اولاد اولاد شناخته، یعنی ورثه طبقهٔ اولی را دو دسته کرده است:

دستهٔ اول، پدر و مادر که از خویشاوندان صعودی متوفی میباشند. و دستهٔ دوم اولاد و اولاد اولاد که از خویشاوندان نزولی متوفی هستند. افراد هر یک از دو دسته با بودن افرادی از دستهٔ دیگر، از میّت ارث میبرند.

دستهٔ اول، منحصر بپدر و مادر متوفی میباشند، ولی دستهٔ دوم که اولاد و اولاد اولاد هستند دارای درجات متعددی میباشند که باعتبار نزدیکی بمیّت درجات آنان تعیین میشود، مثلًا اولاد بلا فصل میّت در درجهٔ اولی قرار دارند، اولاد اولاد که نوه‌های میّت هستند در درجهٔ دوم، اولاد اینان که نبیره‌های میّت میباشند در درجه سوم و همچنین هر چه پائین رود درجات بعدی را تشکیل میدهد و با بودن درجه مقدم درجه مؤخّر از ارث محروم میباشد. این است که مادهٔ «۸۸۹» ق. م میگوید: «در بین وراث طبقه اولی

اگر برای میّت اولادی نباشد، اولاد اولاد او هر قدر که پائین بروند قائم مقام پدر یا مادر خود بوده و با هر یک از ابوین متوفی که زنده باشد ارث میبرند، ولی در بین اولاد اقرب بمیّت ابعد را از ارث محروم مینماید».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۴۹

باب دوم در سهام ورثهٔ طبقه اول

یک- وارث منحصر بفرد پدر یا مادر یا یک اولاد-

در صورتی که وارث طبقهٔ اولی منحصر بیک نفر باشد، تمامی ترکه متعلّق باو خواهد بود، خواه وارث مزبور از دستهٔ اول باشد یا از دستهٔ دوم، زیرا چنانکه گذشت مادام که کسی از طبقهٔ اولی موجود باشد دیگری وارث شناخته نمیشود. بنابراین چنانچه وارث میّت منحصر بپدر یا مادر و یا یک فرزند از هر درجه باشد، تمامی ترکه میّت متعلّق باو خواهد بود. این است که قسمت اول مادهٔ «۹۰۶» ق. م میگوید:

«اگر برای متوفی اولاد یا اولاد اولاد از هر درجه که باشند موجود نباشد هر یک از ابوین در صورت انفراد تمام ارث را میبرد ...» و شق دوم مادهٔ «۹۰۷» ق. م که میگوید: «... اگر فرزند منحصر بیکی باشد خواه پسر، خواه دختر تمام ترکه باو میرسد ...».

دو- ورثهٔ متعدد

1- پدر و مادر

اشاره

در صورتی که وارث متوفی منحصر بپدر و مادر باشد، چنانکه ذیل مادهٔ «۹۰۶» ق. م میگوید: «... اگر پدر و مادر میّت هر دو زنده باشند مادر یک ثلث و پدر دو ثلث میبرد، لیکن اگر مادر حاجب داشته باشد سدس از ترکه متعلّق بمادر و بقیّه مال پدر است». فرع مزبور دارای دو صورت است:

الف- پدر و مادری که حاجب دارد

در صورتی که وارث متوفی منحصر بپدر و مادری باشد که حاجب دارد، مادر سدس از ترکه را میبرد و بقیّهٔ آن متعلّق بپدر میباشد. چنانکه مادهٔ «۸۹۲» ق. م میگوید: «حجب از بعض

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵۰

فرض در موارد ذیل است ...»

مادهٔ بالا دارای دو قسمت است: در قسمت الف، حجب از بعض فرض در مورد ابوین و زوجین باعتبار بودن اولاد برای متوفی و در قسمت ب، حجب از بعض فرض در مورد مادر ذکر شده است. چون موضوع بحث حجب مادر است لذا قسمت ب ماده ذکر میگردد.

«ب- وقتی که برای میّت چند برادر یا خواهر باشد، در این صورت مادر میّت از بردن بیش از یک سدس محروم میشود، مشروط بر اینکه:

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۳، ص: ۲۵۰
اولا- لااقل دو برادر یا یک برادر با دو خواهر یا چهار خواهر باشند.
ثانیاً- پدر آنها زنده باشد.
ثالثاً- از ارث ممنوع نباشد مگر بسبب قتل.
رابعاً- ابوینی یا أبی تنها باشند».
در صورت بالاـ مـادر یک سـدس و پـدر بقیّه ترکه را میبرد، مثلًا هرگاه کسـی بمیرد و وارث منحصـر او پـدر و مادر باشـند و متوفی دارای دو برادر یـا یک برادر و دو خواهر یا چهار خواهر است، سـهم مادر از ترکه یک سـدس است و پنـج سـدس بقیّه متعلّق بپـدر میباشد. همچنین است هرگاه عدهٔ برادر و خواهر بیش از عده معینهٔ در بالا باشد. (شرح حجب در مقدمه گذشت).
توضیـح- آنچه در مادهٔ بالا گفته شده که مادر ثلث و پدر دو ثلث میبرد در صورتی است که زوج یا زوجه با آنها نباشـند و الا مادر ۳/ ۱ و همچنین زوج یا زوجه ۲/ ۱ یا ۴/ ۱ فرض خود را میبرند و بقیّه بپدر داده میشود. در نقص ترکه شرح آن بیان میشود.

ب- پدر و مادری که حاجب ندارد-

در صورتی که وارث متوفی منحصـر بپـدر و مادری است که حاجب نـدارد، مادر یک ثلث از ترکه و پدر دو ثلث بقیّه را میبرد. مثلًا هرگاه کسی بمیرد و وارث او منحصر در پدر و مادر باشند
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵۱
وعـدهٔ برادر و یا خواهر متوفی بمقدار معینه در بالا نباشد و یا اصـلًا برادر و خواهر نداشـته باشد، مادر یک ثلث و پدر دو ثلث آن را خواهد برد.

2- اولاد متعدد

اشاره

در صورتی که ورثه متوفی منحصر در اولاد متعدد باشد دو فرض میشود:

الف- چند پسر یا چند دختر-

در صورتی که اولاد متوفی متعدد باشـند ولی تمام پسر یا تمام دختر هستند، بدستور بند دوم مادهٔ «۹۰۷» ق. م ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود، بنـد دوم مادهٔ «۹۰۷» ق. م: «... اگر اولاـد متعـدد باشـند ولی تمـام پسـر یـا تمـام دختر، ترکه بین آنهـا بالسویه تقسـیم میشود».

ب- پسر و دختر

اشاره

در صورتی که ورثه میّت اولاد متعدد باشد که بعضـی از آنها پسـر و بعضـی دختر است، طبق بند سوم مادهٔ «۹۰۷» ق. م پسر دو برابر دختر ارث میبرد، یعنی تمامی ترکه بین آنها طوری تقسـیم میشود که حصه پسر دو برابر حصه دختر باشد. بند سوم مادهٔ «۹۰۷» ق. م:

«... اگر اولاد متعدد باشند و بعضی از آنها پسر و بعضی دختر، پسر دو برابر دختر میبرد» مثلًا چنانکه ورثه میّت سه پسر و دو دختر باشند، ترکه هشت سهم شده و سهم الارث هر دختر یک هشتم و سهم الارث هر پسر دو هشتم میشود.

تبصره- اولاد اولاد

در صورتی که میّت اولاد بلاواسطه نداشته باشد، اولاد اولاد قائم مقام اولاد هستند. مادهٔ «۹۱۱» ق. م میگوید: «هرگاه میّت اولاد بلا واسطه نداشته باشد، اولاد اولاد او قائم مقام اولاد بوده و بدین طریق جزو وراث طبقهٔ اول محسوب و با هر یک از ابوین که زنده باشد ارث میبرد. تقسیم ارث بین اولاد اولاد بر حسب نسل بعمل می‌آید، یعنی هر نسل حصهٔ کسی را میبرد که بتوسط او بمیّت میرسد، بنابراین اولاد پسر دو برابر اولاد دختر میبرند. در تقسیم بین افراد یک نسل پسر دو برابر

دختر میبرد».

مادهٔ بالا سه امر را متذکّر است:

اول- در صورتی که متوفی اولاد بلا واسطه نداشته باشد، اولاد اولاد قائم مقام اولاد میباشد، چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید اولاد اولاد از ورثه طبقهٔ اول شناخته شده، ولی در درجهٔ بعد از اولاد قرار دارند، یعنی مادام که اولاد بلا واسطه برای میّت موجود باشد، اولاد اولاد او از ارث محرومند.

دوم- تقسیم ارث بین اولاد اولاد بر حسب نسل بعمل می‌آید. یعنی هر نسل سهم کسیرا میبرد که بواسطهٔ او بمتوفی قرابت دارد، مثلًا چنانچه میّت دارای پنج نوه باشد که سه‌تای آنها از دختر میّت و دوتای دیگر از پسر میّت باقیمانده‌اند، مانند آنست که پسر و دختر در قید حیات هستند لذا ترکه بسه قسمت تقسیم میشود، دو سهم آن که متعلّق بپسر است باولاد او داده میشود و یک سهم که متعلّق بدختر است باولاد او داده میشود.

بنابراین دو سهم از ترکه بنوه‌های پسری و یک سهم بنوه‌های دختری تعلّق دارد. در تقسیم بین افراد یک نسل، پسر دو برابر دختر میبرد، یعنی چنانکه در فرض بالا سه نفر نوه‌های پسری عبارت از یک دختر و دو پسر باشد، سهم پدر آنان پنج قسمت شده بدختر یک سهم و بهر یک از پسران دو سهم داده خواهد شد.

سوم- اولاد اولاد متوفی در ردیف پدر و مادر او ارث میبرند. مثلًا هرگاه کسی بمیرد و یک نوه و پدر و مادر داشته باشد، بهر یک از ابوین یک سدس و بقیّه بنوه داده میشود، اگر چه دورتر از پدر و مادر بمتوفی میباشد.

3- پدر، مادر و اولاد

اشاره

در صورتی که ورثه عبارت از پدر، مادر و اولاد باشند سه صورت دارد:

اول- پدر، مادر با یک دختر-

اشاره

در صورتی که ورثه متوفی، پدر مادر با یک

دختر باشند، ترکه بطریق ذیل تقسیم میشود:

الف- ابوین با یکدختر

در صورتی که ورثه متوفی منحصر در ابوین (پدر و مادر) با یکدختر باشند، بدستور مادهٔ «۹۰۸» قانون مدنی فرض هر یک از پدر و مادر سدس ترکه و فرض دختر نصف آن خواهد بود و ما بقی باید بین تمام وراث بنسبت فرض آنها تقسیم شود، مگر اینکه مادر حاجب داشته باشد که در این صورت مادر از ما بقی چیزی نمیبرد. و آن در موردیست که برای میّت طبق مادهٔ «۸۹۱» ق. م چند برادر یا خواهر باشد که در این صورت آنها حاجب از رد بمادر خواهند بود.
چنانکه در فصل پنجم گذشت فرض دختر تنها نصف ترکه است، لذا در فرع بالا دختر فرض معینه خود را میبرد، خواه ابوین میّت هر دو زنده باشند یا یکی از آنها و سهم هر یک از مادر و پدر سدس از ترکه است. بنابراین در صورتی که ابوین میّت هر دو زنده باشند، سهم دختر نصف ترکه و سهم هر یک از ابوین سدس خواهد بود. مجموع سهام آنها میشود پنج ششم ۶/ ۱+ ۶/ ۱+ ۶/ ۳ ۶/ ۵ آنچه پس از دادن سهام أبوین و یک دختر باقی میماند عبارت از یک ششم ترکه است که بطریق ذیل تقسیم میشود:
یک- در صورتی که مادر حاجب داشته باشد، از یک سدس باقی مانده، بمادر چیزی داده نمیشود و بین دختر و پدر بنسبت سهم آنان تقسیم میشود، یعنی باقی مانده چهار سهم شده، بپدر یک سهم از آن و بدختر سه سهم دیگر داده می‌شود.
دو- در صورتی که مادر حاجب نداشته باشد، یک سدس باقی پنج سهم میشود و بهر یک از أبوین یک سهم و سه سهم بدختر داده میشود.

ب- یکی از ابوین با یکدختر

در صورتی که ورثه متوفی منحصر بیکی از ابوین
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵۴
با یک دختر باشد، دختر نصف و هر یک از ابوین که موجود باشد سدس ترکه را میبرد. بنابراین مجموع سهام آنها ۶/ ۱+ ۶/ ۳ ۶/ ۴ از ترکه میشود و ما بقی که ۶/ ۲ است بنسبت سهام ورثه مزبور که ۱ و ۳ باشد تقسیم میگردد. بنابراین برای سهولت امر تقسیم، تمامی ترکه چهار قسمت شده، سه سهم بدختر و یک سهم بپدر یا مادر داده میشود.

دوم- پدر، مادر با چند دختر-

اشاره

در صورتی که ورثهٔ میّت عبارت باشند از پدر یا مادر متوفی یا هر دو ابوین و چند دختر، بدستور مادهٔ «۹۰۹» ق. م:
«فرض تمام دخترها دو ثلث ترکه خواهد بود که بالسویه بین آنها تقسیم میشود و فرض هر یک از پدر و مادر یک سدس و ما بقی اگر باشد بین تمام ورثه نسبت فرض آنها تقسیم میشود، مگر اینکه مادر حاجب داشته باشد، در این صورت مادر از باقی چیزی نمیبرد». فرع مزبور دو فرض در بردارد:

الف- ابوین با چند دختر-

در صورتی که ورثه متوفی منحصر بپدر و مادر و چند دختر باشد، هر یک از پدر و مادر یک سدس و چند دختر دو ثلث از ترکه را

میبرند که مجموع سهام آنها میشود ۶/ ۱+ ۶/ ۱+ ۶/ ۴ /۶ ۶ و چیزی باقی نمیماند.

ب- یکی از ابوین با چند دختر

در صورتی که ورثه متوفی منحصر بپـدر یا مادر و چنـد دختر باشـد، سـهم هر یک از ابوین که زنـده باشد یک سدس و سـهم چند دختر دو ثلث از ترکه میباشـد که مجموع آن پنـج سـدس خواهـد شـد و یک سـدس باقی بنسبت سـهام آنان تقسیم میگردد، یعنی باقیمانده پنج سهم شده یک سهم بپدر یا مادر و چهار سهم آن بدخترها داده میشود.

عبارت (مگر اینکه مادر حاجب داشته باشـد، در این صورت مادر از باقی چیزی نمیبرد) مذکور در ذیل مادهٔ «۹۰۹» ق. م زائد است و اشتباهاً

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵۵

نوشته شـده، زیرا فرض ماده در دو صورت است: یکی آنکه وارث متوفی عبارت از مادر و پـدر و چنـد دختر باشد، در این صورت فرض چنـد دختر (دو دختر و بیشتر) دو ثلث ترکه است و هر یک از ابوین یک سـدس را میبرند، دیگر چیزی باقی نمیماند تا بعنوان رد بورثه داده شود. و دیگر آنکه پـدر یا مادر متوفی زنـده باشد که در این صورت وجود حاجب تصور نمیشود، چون فرض حاجب برای مادر در صورت حیات پدر و مادر است.

سوم- پدر، مادر، با پسر و دختر

در صورتی که پدر یا مادر یا هر دو آنها با یک یا چند پسر و یا چند پسـر و دختر باشد، بنابر مستنبط از مواد «۹۰۶- ۹۰۹» ق. م، هر یک از ابوین که باشـد سـدس ترکه را میبرد و بقیّه باولاد داده میشود. بـدین ترتیب که چنانچه یک پسـر باشـد بقیّه از آن او خواهد بود و چنانچه چند پسر باشد، بقیه متساوی بین آنها تقسیم میگردد و هرگاه پسر و دختر باشند سهم پسر دو برابر دختر خواهد بود.

باب سوم در سهم الارث زوجین با ورثه طبقه اول

بدستور مادهٔ «۹۱۳» ق. م: «در تمـام صور مـذکوره در این مبحث هر یک از زوجین که زنـده باشـد فرض خود را میبرد و این فرض عبارت است از نصف ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه در صورتی که میّت اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد و از ربع ترکه برای زوج و ثمن آن برای زوجه در صورتی که میّت اولاد یا اولاد اولاد داشـته باشـد و ما باقی ترکه بر طبق مقرّرات مواد قبل ما بین سایر وراث تقسـیم میشود». بنابراین چنانچه میّت دارای پـدر و مادر و زوجه و چند فرزند باشد، پدر و مادر و زوجه هر یک سـهم خود را از اصل ترکه میبرند و بقیه بین فرزندان میّت تقسیم

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵۶

میشود. یعنی سـهم پدر ۶/ ۱+ سهم مادر ۶/ ۱+ سهم زوجه ۴/ ۱ مجموع میشود ۲۴/ ۱۴ و بقیّهٔ ترکه که ۲۴/ ۱۰ است بین فرزندان متوفی طبق مقرّرات مربوطه تقسیم میشود. و هرگاه میّت دارای پدر و مادر و زوج یا زوجه باشد چنانکه گذشت صاحبان فرض یعنی مادر ۳/ ۱ زوج یا زوجه ۲/ ۱ یا ۴/ ۱ نصیب خود را میبرند و بقیّه بعنوان قرابت بپدر داده میشود.

باب چهارم در نقص و زیادتی ترکه

اشاره

مادهٔ «۹۱۴» ق. م میگوید: «اگر بواسطهٔ بودن چندین نفر صاحبان فرض، ترکه میّت کفایت نصیب تمام آنها را نکند، نقص بر بنت و

بنتین وارد میشود و اگر پس از موضوع کردن نصیب صاحبان فرض، زیادتی باشد و وارثی نباشد که زیاده را بعنوان قرابت ببرد، این زیاده بین صاحبان فرض بر طبق مقرّرات مواد فوق تقسیم میشود، لیکن زوج و زوجه مطلقاً و مادر اگر حاجب داشته باشد از زیاده چیزی نمیبرد». مادهٔ مزبور دو امر را متذکّر است:

اول- در عول و عدم کفایت ترکه بسهام ورثه-

اشاره

در صورتی که در ورثه طبقهٔ اولی، واحد ترکه کفایت نصیب تمام صاحبان سهام را ننماید، نقص بر بنت و بنتین وارد میشود. چنانکه از مادهٔ مزبور معلوم میگردد، عدم کفایت واحد ترکه برای نصیب تمام صاحبان سهام در ورثهٔ طبقهٔ اولی در دو مورد پیش می‌آید:

۱- مورد مادهٔ «۹۰۸» ق. م که میّت علاوه بر پدر و مادر و یک دختر دارای زوج نیز باشد، در این صورت واحد ترکه کفایت نصیب آنان را نمینماید، زیرا نصیب هر یک از پدر و مادر ۶/ ۱ است و نصیب دختر ۲/ ۱ و نصیب زوج ۴/ ۱.

مجموع تمام این سهام میشود: ۶/ ۱+ ۶/ ۱+ ۲/ ۱+ ۴/ ۱ ۲۴/ ۲۶ و آن بمقدار ۲۴/ ۲ بیش از واحد ترکه است. در این فرع بدستور مادهٔ «۹۱۴» ق. م نقص بر دختر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵۷

وارد میشود یعنی بجای آنکه بدختر ۲۴/ ۱۲ (نصف از ترکه) داده شود ۲۴/ ۱۰ داده میشود.

۲- مورد مادهٔ «۹۰۹» ق. م که میّت علاوه بر پدر و مادر و چند دختر دارای زوج نیز باشد، در این صورت واحد ترکه کفایت نصیب تمامی ورثه را نمینماید. زیرا نصیب هر یک از پدر و مادر ۶/ ۱ است و نصیب دخترها ۳/ ۲ و نصیب زوج ۴/ ۱ و مجموع تمام سهام اینان میشود.

۶/ ۱+ ۶/ ۱+ ۳/ ۲+ ۴/ ۱ ۲۴/ ۳۰ و آن بمقدار ۲۴/ ۶ بیش از واحد ترکه است. در این صورت نقص بر دخترها وارد میشود، یعنی بجای آنکه ۲۴/ ۱۶ (یعنی دو ثلث از ترکه) بدخترها داده شود، ۲۴/ ۱۰ بآنها داده میشود.

روشی که در صورت عدم کفایت واحد ترکه بنصیب تمامی صاحبان فرض، نقص بر بنت و بنتین وارد میشود، طریقه‌ایست که حقوق امامیه از آن پیروی نموده است. طریقهٔ دیگری موجود است که فرقهٔ أهل تسنن متابعت از آن نموده‌اند که آن را عول نامند. عول بدین نحو است که ترکه را بر مجموع سهام تقسیم مینمایند، در این صورت نقص بر تمامی سهام وارد میشود. مثلا در مثال مذکور در (الف) ترکه را بجای آنکه به «۲۴» سهم تقسیم کنند به «۲۶» سهم تقسیم مینمایند و در مثال مذکور در (ب) ترکه را بجای آنکه به «۲۴» تقسیم کنند به «۳۰» سهم تقسیم مینمایند و بهر کس نصیب خود را میدهند. عول در لغت بمعنی زیاده است.

توضیح

موارد عول و عدم کفایت واحد ترکه که در بالا بیان گردید در صورتیست که تمام ورثه بعنوان صاحبان فرض سهیم در ترکه بوده و مجموع نصیب آنان بیش از واحد ترکه باشد، و الا هرگاه بعض از ورثه بعنوان صاحب فرض و بعض دیگر بعنوان قرابت از ترکه سهم ببرند، قبلًا نصیب صاحبان فروض داده میشود و آنچه میماند متعلّق بصاحبان قرابت خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵۸

بنابراین در صورتی که متوفی دارای مادر، پدر و زوج یا زوجه باشد و زوج یا زوجه فرض خود را ببرند، یعنی مادر ۳/ ۱ زوج ۲/ ۱ و یا زوجه ۴/ ۱ و بقیّه بپدر بعنوان قرابت داده میشود و ۳/ ۲ که در مادهٔ «۹۰۶» ق. م برای پدر مقرّر داشته، بعنوان قرابت میباشد

(مادهٔ «۸۹۷» ق. م). لـذا نمیتوان گفت که هرگاه پدر و مادر وارث منحصـر باشـند، پدر ۳/ ۲ و مادر ۳/ ۱ در ترکه سـهیم میشوند و چون زوج یا زوجه با آنان باشد، پدر کمتر میبرد و از موارد عدم کفایت سهام است.

دوم– در تعصیب و زیادتی ترکه از سهام ورثه–

چنانکه در شرح مادهٔ «۹۰۵» قانون مدنی گذشت، هرگاه پس از موضوع کردن نصیب صاحبان فرض، زیادتی از ترکه بماند و وارثی نباشد که آن زیاده را بعنوان قرابت ببرد، زیاده بین صاحبان فرض طبق دسـتور مادهٔ «۹۰۵» و «۹۱۴» ق. م تقسیم میشود. بدستور مواد نـامبرده در بالاـ زوج و زوجه مطلقاً و مـادر اگر حـاجب داشـته باشـد از آن زیـاده چیزی نمیبرد. دادن زیـاده بصاحبـان فرض را در اصطلاح رد گویند.

چنانکه از عبارت مادهٔ «۹۱۴» ق. م: معلوم است، فرع مزبور در صورتی پیش می‌آید که تمامی ورثه از صاحبان فرض باشند و وارثی بعنوان قرابت موجود نباشـد تا آن زیاده را ببرد و الا پس از آنکه صاحبان فروض سـهام خود را بردند، بقیّه بورثه‌ای که بقرابت ارث میبرند داده میشود.

مواردی که ورثه منحصراً از صاحبان فروض هستند و پس از بردن سهام خود، مقداری از ترکه باقی میماند عبارت است از:

۱– هرگاه وارث میّت منحصـر بیک دختر باشد، نصف از ترکه را بفرض میبرد و چون کسـی از صاحبان قرابت در طبقهٔ او نیست که بقیه را ببرد، آن نصف دیگر را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۵۹

بعنوان رد باو میدهند.

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در یکدختر و زوج یا زوجه باشد بطریق ذیل عمل میشود:

الف– هرگاه ورثهٔ میّت عبارت از یکدختر و زوج باشد، در این صورت سهم زوج ۴/ ۱ و سهم دختر ۲/ ۱ میباشد که مجموع آن دو میشود ۴/ ۳ و بقیه آن که ۴/ ۱ باشد بعنوان رد بدختر داده میشود و زوج از زیاده محروم است.

ب– هرگاه ورثهٔ میّت عبارت از یکدختر و زوجه باشد، سـهم زوجه ۸/ ۱ و سهم دختر ۲/ ۱ میباشد که مجموع آن دو میشود ۸/ ۵ از ترکه و بقیّه آن که ۸/ ۳ است. بعنوان رد بدختر داده میشود و زوجه از زیاده محروم است.

۲– در صورتی که ورثه منحصر بچند دختر باشد، دو ثلث از ترکه بعنوان فرض، بآنان داده میشود و چون از صاحبان قرابت کسی در درجهٔ آنها نیست یک ثلث باقی هم بعنوان رد بآنان میرسد.

در صورتی که ورثه منحصر در چند دختر و زوج یا زوجه باشند بطریق ذیل عمل میشود:

الف– هرگاه ورثهٔ میّت عبارت از چند دختر و زوج باشد، در این صورت سـهم چند دختر ۳/ ۲ و سهم زوج ۴/ ۱ میباشد که مجموع آن دو میشود ۱۲/ ۱۱ از ترکه. باقی میماند ۱۲/ ۱ که بعنوان رد بدخترها داده میشود و زوج از زیاده محروم میباشد.

ب– هرگاه ورثهٔ میّت عبارت از چند دختر و زوجه باشد، در این صورت سـهم چند دختر میشود ۳/ ۲ و سهم زوجه ۸/ ۱ که مجموع آن دو میشود ۲۴/ ۱۹ از ترکه. باقی میماند. ۲۴/ ۵ که بعنوان رد بدخترها داده میشود و زوجه از زیاده محروم میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۰

قـانون مـدنی در این امر پیروی از حقوق امامیّهٔ نموده است در حقوق اهـل تسـنن، قاعـدهٔ تعصـیب عمل میشود، یعنی زائـد بر سـهام صاحبان فرض، بخویشاونـدان أبوینی اگر چه از درجه و یا طبقه مؤخّر باشـند داده میشود. تعصـیب یعنی دادن بعصـبه و او خویشاوند پدری شـخص است. عصب در لغت یعنی احاطه کرد، و بخویشاوندان پدری از آن جهت عصـبه گویند که شخص را احاطه کرده و از او حمایت مینمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۱

باب پنجم– حبوه

اشاره

قانون مدنی اضافه بر سهم الارثی که برای اولاد قرار داده، برای پسر بزرگ مزیتی قائل شده است و آن اختصاص داده اشیاء معینی از ترکهٔ پدر باو میباشد که آن را حبوه گویند. بنظر میرسد که این امر از نظر تاریخی از بقایای آثار ریاست خانوادگی میباشد که در اقوام و ملل قدیمه موجود بوده است، زیرا پس از مردن رئیس قبیله، پسر بزرگ جانشین او میشده و ناچار اموال مختصه رئیس سابق را که مشخص مقام ریاست قبیله بوده بخود اختصاص میداده است. حبوه مثلث الحاء بمعنی عطیه میباشد و در اصطلاح حبوه عبارت از اموال معینهٔ از ترکهٔ پدر است که بپسر بزرگ او میرسد. آن اموال را مادهٔ «۹۱۵» ق: م نام برده است. مادهٔ «۹۱۵» ق. م: «انگشتری که میّت معمولًا استعمال میکرده و همچنین قرآن و رختهای شخصی و شمشیر او بپسر بزرگ او میرسد، بدون اینکه از حصهٔ او از این حیث چیزی کسر شود، مشروط بر اینکه ترکه میّت منحصر باین أموال نباشد».

حبوه از مختصات حقوق امامیه میباشد و اختلافی بین فقهاء امامیّه در آن دیده نمیشود و مستند آن روایات بسیاری است. مشهور فقهاء حبوه را حق پسر بزرگ میدانند و بعضی مانند سیّد مرتضی، ابن جنید، ابو الصّلاح و علامه در مختلف دادن حبوه را بپسر بزرگ مستحب میشمارند، قانون مدنی در این امر مانند قسمتهای دیگر ارث، از حقوق امامیه پیروی نموده و قول مشهور را متابعت کرده است. شرح مادهٔ بالا بیان اموری را ایجاب مینماید:

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۲

۱– پسر بزرگ کیست

پسر بزرگ متوفی عبارت از بزرگترین ذکور از اولاد متوفی میباشد، خواه آنکه پسر مزبور بزرگترین اولاد متوفی باشد یا آنکه بزرگترین اولاد او اناث است و پسر، کوچکترین اولاد متوفی میباشد، زیرا پسر مزبور نیز پسر بزرگ محسوب میگردد.

در صورتی که متوفی دارای دو پسر بزرگ باشد، مانند آنکه متوفی دارای دو زن بوده و در یک زمان از آن دو زن دو پسر متولّد شده است، اگر چه نادر اتفاق می‌افتد، حبوه بین آن دو بتساوی تقسیم میشود، زیرا حبوه از آن پسر بزرگ میباشد و برتری یکی بر دیگری ترجیح بدون مرجح است. بعضی از فقهای امامیّه بر آنند که در این صورت حق حبوه ساقط میشود، زیرا پسر بزرگ در صورتی صدق مینماید که پسر منفرد باشد و با بودن دو نفر همسن، پسر بزرگ بر هیچ یک از آنها صدق نمینماید و دو نفر هم نمیتوانند پسر بزرگ باشند.

در صورتی که در یک شکم دو پسر دوقلو (توأمان) باشد که یکی ابتداء متولّد شود و دیگری بلافاصله بعد از او بدنیا آید، بعضی بر آنند که عرفاً صدق پسر بزرگ بکسی که ابتدا تولّد یافته نمیشود، بلکه گفته میشود هر دو همسن هستند، بدین جهت مانند فرض بالا باید حبوه بین آن دو تقسیم شود. بنظر میرسد بتوان بر آن بود، پسری که ابتداء متولّد شده اگر چه عرفاً صدق پسر بزرگ بر او نشود، باعتبار تقدم در ولادت بتوان او را بزرگتر دانست، ولی این تحقیق دقیق نمیتواند با مخالفت نظر عرف ملاک عمل قضائی قرار گیرد، زیرا تشخیص مفاهیم الفاظ که موضوعات احکام حقوقی است، بنظر عرف میباشد.

ابن حمزه و ابن ادریس بر آنند که پسر بزرگ زمانی مستحق حبوه خواهد بود که سفیه و مخالف مذهب جعفری نباشد. شاید علّت شرط قرار دادن دو امر مزبور آن باشد که سفیه و مخالف، شایستگی آن را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۳

ندارند که حبوه بآنان اختصاص یابد و این امتیاز را بین ورثه دارا شوند.
قول مزبور مورد موافقت مشهور قرار نگرفته، زیرا ادله حبوه مطلق میباشد و دلیلی بر آنکه شایستگی مخصوصی در پسر بزرگ، علّت استحقاق حبوه میباشد موجود نیست.
بعضی از فقهاء بر آنند که پسر بزرگ باید در حین فوت مورث متولّد شده باشد. بعضی دیگر معتقدند که هرگاه در زمان فوت مورث، روح در جنین حلول کرده باشد از حبوه بهره‌مند میگردد و هرگاه هنوز علقه یا مضغه باشد از حبوه برخوردار نخواهد شد. بپیروی از قول مشهور فقهاء آنچه بنظر میرسد آنست که حبوه نوعی از ارث است و طبق مادهٔ «۹۵۷» ق. م که میگوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد، مشروط بر اینکه زنده متولّد شود» حمل از آن بهره‌مند خواهد بود.
بنابراین بدستور مادهٔ «۹۱۵» ق. م حمل اگر چه در زمان فوت مورث علقه باشد حبوه متعلّق باو خواهد بود، مشروط بر آنکه زنده متولّد شود. بدین جهت باید بر آن بود که چنانچه ورثه بخواهند با وجود حمل در زمان فوت مورث ترکه را تقسیم کنند، بنابر وحدت ملاک مادهٔ «۸۷۸» ق. م علاوه بر حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر باشد کنار گذارده می‌شود، باید هرگاه متوفی پسر بزرگ نداشته باشد حبوه را باحتمال آنکه ممکن است حمل پسر باشد نگاهداشت تا وضعیّت او معلوم گردد.

۲- حبوه چیست

اشاره

حبوه عبارت از اشیاء معیّنه‌ای میباشد که از ترکهٔ پدر بارث به پسر بزرگ میرسد. و این امر از مادهٔ «۹۱۵» ق. م استنباط میشود، زیرا کلمه پسر بفرزند ذکور بلا واسطه اطلاق میگردد. بنابراین اولاد ذکور از ترکهٔ جد خود حبوه نمیبرد و همچنین از ترکهٔ مادر خود حبوه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۴

ندارد، زیرا شمشیر که از حبوه در ماده بشمار آمده از وسائل مختصه مرد است. اموالی که طبق مادهٔ «۹۱۵» ق. م مورد حبوه قرار میگیرد عبارت است از:

الف- انگشتری که متوفی معمولا استعمال میکرده-

منظور از انگشتری حلقهٔ بدون نگین یا با نگین میباشد. در صورتی که متوفی چند انگشتر با هم در دست میکرده تمامی آنها مورد حبوه خواهد بود. هرگاه متوفی دارای چند انگشتر باشد که هر یک را بتناوب مدتی چند در دست مینموده است، چنانچه یکی از آنها را معمولًا استعمال مینموده، یعنی در مواقع عادی و دیگری را در مواقع مهمانی یا تشریفات دیگر، آن انگشتری که معمولًا استعمال مینمود حبوه خواهد بود و هرگاه همه انگشتری‌های خود را متوفی معمولًا استعمال مینموده است آنکه بیشتر در دست میکرده است آن حبوه خواهد بود و چنانچه هیچ‌یک از این جهت بر دیگری برتری نداشته باشد، تمامی آنها بپسر بزرگ داده خواهد شد، زیرا انگشتری در مادهٔ بالا- اسم جنس است و اسم جنس افادهٔ عموم می‌کند. بعضی بر آنند که در صورت تعدد انگشتری برای متوفی بیش از یکی از آنها بپسر بزرگ تعلّق نخواهد گرفت و آن را سایر ورثه انتخاب خواهند نمود. احتمال داده شده که آن بقرعه انتخاب میشود، زیرا کلمهٔ انگشتری مفرد است و حبوه بر خلاف قاعده توارث میباشد، لذا پسر بزرگ بیش از یکی از آنها را حق ندارد.

ب- قرآن-

قرآن در ماده اگر چه بطور مطلق بیان شده است و مانند انگشتری مقید نمیباشد، ولی با توجه بنحوهٔ بیان ماده میتوان استنباط نمود

که منظور از قرآن، قرآن اختصاصی متوفی است، مانند قرآنی که عموماً متوفی میخوانده و یا تاریخ تولّد افراد خانواده خود را در پشت آن

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۵

می‌نوشته چنانکه متداول زمان است و یا آنکه در اطاق خود از نظر تبرک میگذاشته و یا همراه داشته است. در این امر فرقی نمینماید که قرآن مزبور خطی و دارای ارزش زیاد باشد یا چاپی و کم ارزش.

در صورتی که متوفی دارای قرآنهای متعددی باشد که آنها را بتناوب میخوانده است، همگی آنها بپسر بزرگ تعلّق خواهد داشت، مخصوصاً با توجه بمادهٔ بالا که بطور اطلاق قرآن را بیان نموده است.

آنچه در مورد انگشتری گفته شده که در صورت تعدد آنها یکی را ورثه تعیین می‌نمایند و احتمال داده شده که بوسیلهٔ قرعه انتخاب می‌شود، در مورد قرآن نیز گفته شده است. هرگاه متوفی کتابخانه‌ای دارد که قرآنهای متعدد در آن جمع‌آوری نموده است، آنها مورد حبوه نخواهند بود.

ج- شمشیر

شمشیر مانند قرآن بطور مطلق در ماده بیان شده است ولی چنانچه از سیاق آن استنباط میشود، منظور شمشیری است که معمولًا متوفی استعمال مینموده و بکمر میبسته است. چنانچه متوفی شمشیرهای متعدد داشته باشد و همهٔ آنها را بتناوب استعمال مینموده تمامی حبوه خواهد بود. در مورد مزبور نیز بعضی از فقهاء بر آنند که یکی از آنها را سایر ورثه بعنوان حبوه تعیین خواهند نمود و احتمال داده شده که بوسیلهٔ قرعه انتخاب میگردد.

د- رختهای شخصی

منظور از رخت آن چیزی است که انسان می‌پوشد از قبیل لباسهای زیر و رو، تابستانی و زمستانی، رسمی و غیر رسمی اگر چه هنوز در بر نکرده باشد. همچنین کلمهٔ رخت شامل لباسی می‌شود که برای اشتغال بکار، انسان بر تن می‌نماید. پارچهٔ که برای لباس خریداری شده است مادام که بوسیلهٔ خیاط بریده نشده باشد، عرفاً مشمول کلمهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۶

رخت نمی‌گردد، ولی چنانچه پارچه بریده شده باشد اگر چه هنوز دوخته نشده است، بنظر میرسد که رخت میباشد و مورد حبوه قرار میگیرد.

۳- حبوه از بابت سهم الارث احتساب نمیشود

طبق ذیل مادهٔ «۹۱۵» ق. م آنچه بعنوان حبوه بپسر بزرگ داده میشود از حصه او از این حیث کسر نمیگردد. بنابراین قبل از تقسیم ترکه بین ورثه، حبوه کنار گذارده میشود و سپس ترکه تقسیم میگردد. این نظر که مورد پیروی قانون مدنی قرار گرفته است عقیدهٔ مشهور فقهای امامیّه میباشد که باستناد اطلاق چند روایت پسر بزرگ را محقق در حبوه میداند، زیرا اطلاق منصرف بفرد اکمل از استحقاق میباشد که مجانی بودن آنست، علاوه بر آنکه اصل برائت از قیمت، نیز این امر را تأیید مینماید.

بعضی از فقهاء بر آنند که حبوه جزء سهم الارث پسر بزرگ محسوب میگردد، یعنی آن را تقویم نموده و از بابت سهم الارث بپسر بزرگ داده میشود، زیرا با مخالفت اصل حقوقی و نص کتاب باختصاص حبوه بپسر بزرگ، چنانچه قیمت آن در حصهٔ او احتساب شود، پیروی از نظریه دادن حبوه شده است.

۴- حبوه در صورتی بپسر بزرگ داده میشود که ترکه منحصر بآن نباشد-

چنانکه ذیل ماده تصریح شده است در صورتی حبوه بپسر بزرگ داده میشود که ترکه میّت منحصر باموال معینه برای حبوه نباشد. بنابراین هرگاه ترکه منحصر بانگشتری و قرآن و شمشیر و رختهای متوفی باشد پسر بزرگ از حبوه محروم میشود و آنها بین ورثه طبق مقرّرات ارث تقسیم میگردد، ولی هرگاه میّت اضافه بر آنها مال دیگری داشته باشد، پسر بزرگ مستحق حبوه خواهد بود، قانون مدنی در این امر متابعت از عقیدهٔ عده‌ای از فقهای امامیّه نموده است که مستند آنان عمومات ادله میباشد. قانون مدنی بیان ننموده که ترکه باید چه مقدار زاید

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۷

بر حبوه باشد تا پسر بزرگ مستحق آن شود و این امر را باجمال برگزار کرده است.

بعضی از فقهاء بر آنند که پسر بزرگ زمانی مستحق حبوه میگردد که ارزش سهم الارث هر یک از ورثهٔ ذکور بمقدار ارزش حبوه باشد.

بعض دیگر بر آنند که باید حبوه زیاده بر ثلث ترکه نباشد، زیرا در غیر این صورت اختصاص یافتن حبوه مجاناً بپسر بزرگ اجحاف و اضرار بر سایر ورثه است. بنظر میرسد که از ظاهر مادهٔ «۹۱۵» ق. م بتوان استنباط نمود که مقدار ترکه باید آن مقدار زائد بر حبوه باشد که عرفاً دادن حبوه را بپسر بزرگ اجحاف بر ورثه نشمرند و الا چنانچه عرفاً اجحاف باشد پسر بزرگ مستحق حبوه نمیگردد، زیرا قاعدهٔ عقلی لا ضرر که مقیاس تحدید حدود احکام حقوقی میباشد اجازه این امر را نمیدهد.

۵- پسر بزرگ پس از اخراج هزینه‌های لازم برای تجهیز و دیون متوفی مستحق حبوه میگردد-

بعضی از فقهاء بر آنند که شرط استحقاق حبوه آنست که متوفی دین نداشته باشد، زیرا چنانچه متوفی مدیون باشد حق طلبکاران در تمامی ترکه منتشر میشود و اموالی که بحبوه اختصاص دارد نیز متعلّق حق طلبکاران قرار خواهد گرفت و نسبت بآن مقدار حبوه باطل خواهد بود. بعضی دیگر از فقهاء بر آنند که پسر بزرگ در صورتی مستحق حبوه میگردد که متوفی دین مستغرق ترکه نداشته باشد، زیرا چنانچه ترکه متوفی مستغرق دیون او باشد، تمامی اجزاء ترکه متعلّق حق طلبکاران قرار میگیرد و با اداء دیون متوفی چیزی باقی نمیماند تا بعنوان حبوه بپسر بزرگ برسد. بنظر میرسد که حبوه نوعی از ارث است که بپسر بزرگ اختصاص دارد و کلّیهٔ ما ترک متوفی قهراً بورثه انتقال می‌یابد و وثیقه دیون متوفی میباشد. بنابراین بدستور مادهٔ «۸۶۸» ق. م که میگوید: «مالکیّت ورثه نسبت بترکهٔ متوفی مستقر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۸

نمیشود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که بترکهٔ میّت تعلق گرفته» حبوه بفوت مورث بپسر بزرگ منتقل میگردد ولی مادام که هزینه‌های ضروری برای کفن و دفن و دیون و تعهدات متوفی تأدیه نشود در ملکیّت پسر بزرگ مستقر نمیگردد. بدین جهت پسر بزرگ میتواند آنچه از هزینه‌های ضروری کفن و دفن و تجهیز و دیون متوفی بحبوه تعلّق میگیرد بپردازد و مالکیت خود را بر آن مستقر نماید. همچنانی که ورثه میتوانند نسبت بترکه همین عمل را کنند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۶۹

مبحث دوم

باب اول در ورثهٔ طبقه دوم

اشاره

چنانکه شق ۲ مادهٔ «۸۶۲» ق. م مقرّر میدارد، وراث طبقهٔ دوم عبارتند از: «اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها». در صورتی که هیچ‌یک از افراد وراث طبقهٔ اول موجود نباشند، ترکه بین وراث طبقهٔ دوم بشرحی که در این مبحث بیان میگردد تقسیم میشود، این است که مادهٔ «۹۱۶» ق. م میگوید: «هرگاه برای میّت وارث طبقهٔ اولی نباشد ترکه او بوراث طبقهٔ ثانیه میرسد». وراث طبقهٔ دوم مانند وراث طبقهٔ اول بر دو دسته‌اند: یکی اجداد و دیگری برادر و خواهر و اولاد آنها.

دستهٔ اول – اجداد–

کلمهٔ اجداد در مادهٔ بالا ـ چنانکه از مواد بعد معلوم میشود شامل جدات نیز میگردد. استعمال مزبور در مادهٔ بالا ـ دور از روش قانون‌نویسی است و مناسب آن بوده که کلمهٔ جدات نیز بر آن اضافه شود.
اجداد کسانی هستند که شخص بیک یا چند فاصله از آنها متولّد شده است، خواه از طرف مادر با شخص مزبور نسبت داشته باشند که آنان را اجداد امی (مادری) نامند، مانند پدر مادر و مادر مادر هر چه بالا رود و خواه از طرف پدر نسبت با شخص داشته باشند که آنان را اجداد أبی (پدری) گویند، مانند پدر پدر و مادر پدر و هر چه بالا رود. دستهٔ اجداد قسمتی از خویشاوندان صعودی متوفی میباشند (قسمت دیگر آن پدر و مادر هستند که از ورثه طبقهٔ اول قرار گرفته‌اند).
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۰
دستهٔ مزبور دارای درجاتی میباشند که هر یک از آنها باعتبار نزدیکی بمتوفی معین میگردد، مثلًا جد و جده در درجهٔ اول هستند و جد و جدهٔ اعلی در درجهٔ دوم و همچنین پدر و مادر اینان در درجهٔ سوم و همین‌گونه هر چه بالا رود. هر درجهٔ مقدم درجهٔ مؤخر را از ارث محروم میدارد، خواه پدری باشد و خواه مادری، یعنی اجداد پدری با اجداد مادری در یک درجه هستند. بنابراین هرگاه در درجه اول فقط جد و جده پدری موجود باشند و در درجه دوم جد و جده اعلی مادری متوفی، جد و جدهٔ پدری، جد و جده اعلی مادری را که در درجهٔ دوم میباشند طبق قاعدهٔ اقربیت (الأقرب یمنع الأبعد) از ارث محروم میدارند.

دستهٔ دوم– برادر و خواهر و اولاد آنها–

دستهٔ مزبور که بنام دسته اطراف نامیده شده عبارتند از کسانی که با متوفی از یک نفر بوجود آمده‌اند، مانند برادر و خواهر متوفی که هر دو از پدر یا مادر و یا أبوین متوفی متولّد شده‌اند و همچنین است برادرزاده یا خواهرزاده و یا نوهٔ برادر و نوهٔ خواهر متوفی که غیر مستقیم از پدر یا مادر و یا أبوین او بوجود آمده است.
در صورتی که برادر یا خواهر فقط از طرف پدر با میّت نسبت داشته باشند اخوهٔ أبی یا کلالهٔ أبی گویند و چنانچه فقط از طرف مادر با متوفی نسبت داشته باشند اخوهٔ امّی یا کلالهٔ امّی نامند و هرگاه با متوفی از یک پدر و مادر باشند اخوهٔ ابوینی یا کلالهٔ أبوینی گویند.
در دستهٔ دوم، برادر و خواهر در درجه اول قرار دارند و اولاد آنها در درجه دوم و نوهٔ آنها در درجه سوم و همین‌گونه هرچه پائین رود. هر یک از درجات که نزدیکتر بمتوفی باشند درجهٔ دورتر را از ارث محروم مینمایند، بنابراین با بودن برادر برای متوفی، برادر زاده یا خواهرزاده او ارث نمیبرد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۱

باب دوم در سهام ورثهٔ طبقهٔ دوم

یک- وارث منحصر بفرد

در صورتی که در طبقهٔ دوم وارث منحصر بیک نفر باشد، خواه از دستهٔ اول (اجداد) باشد یا از دسته دوم (اطراف) از هر درجه که باشد، تمامی ترکه از آن او خواهد بود، زیرا با بودن وارث در طبقهٔ دوم، ورثه طبقهٔ سوم از ارث محروم میباشند. اینست که مادهٔ «۹۱۷» ق. م میگوید: «هر یک از وراث طبقهٔ دوم اگر تنها باشد تمام ارث را میبرد و اگر متعدد باشند ترکه بین آنها بر طبق مواد ذیل تقسیم میشود». مادهٔ «۹۱۷» ق. م قاعدهٔ وارث منحصر را در طبقهٔ دوم بطور کلی بیان کرده است وشق اول مادهٔ «۹۲۳» ق. م در مورد جد یا جدهٔ منحصر بفرد حکم را تکرار نموده است. شق اول مادهٔ «۹۲۳» ق. م:

«... اگر جد یا جده تنها باشد اعم از أبی یا امی تمام ترکه باو تعلّق میگیرد ...».

دو- ورثه متعدد

1- ورثه اطراف

اشاره

در صورتی که ورثه متوفی عبارت باشند از چند برادر و خواهر (که آنها را اخوه گویند) بطریق ذیل رفتار میشود:

الف- چند برادر یا چند خواهر ابوینی

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در چند برادر یا چند خواهر ابوینی باشند، تمامی ترکه را بالسویه بین خود تقسیم مینمایند، مادهٔ «۹۱۹» ق. م میگوید: «اگر وارث میّت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۲

چند برادر أبوینی یا چند برادر أبی یا چند خواهر أبوینی یا چند خواهر أبی باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود».

ب- چند برادر یا چند خواهر أبی

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر بچند برادر یا چند خواهر أبی باشند، تمامی ترکه را بالسویه تقسیم مینمایند (مادهٔ «۹۱۹» ق. م).

ج- چند برادر یا چند خواهر امی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر بچند برادر یا چند خواهر امی باشند، تمامی ترکه بین آنان بالسویه تقسیم میشود (مادهٔ «۹۲۱» ق. م).

د- چند برادر و خواهر ابوینی

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر بچند برادر و خواهر أبوینی باشند، ارث بین آنان بنسبت پسر دو برابر دختر تقسیم میشود مادهٔ «۹۲۰» ق. م میگوید: «اگر وارث میّت چند برادر و خواهر ابوینی یا چند برادر و خواهر أبی باشند، حصه ذکور دو برابر اناث خواهد بود».

ه- چند برادر و خواهر ابی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر بچند برادر و خواهر أبی باشند ترکه بین آنان بنسبت. پسر دو برابر دختر تقسیم میشود (مادهٔ «۹۲۰» ق. م).

و- چند برادر و خواهر امی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر بچند برادر و خواهر امی باشند، ترکه بین آنان بالسویه تقسیم میشود. (مادهٔ «۹۲۱» ق. م «اگر وراث چند برادر امی یا چند خواهر امی یا چند برادر و خواهر امی باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود»).

ز- برادر و خواهر ابوینی یا ابی با امی-

اشاره

در صورتی که اخوهٔ أبی یا أبوینی و امی با یکدیگر باشند.

اولا- طبق شق اول مادهٔ «۹۱۸» ق. م: «اگر میّت اخوهٔ أبوینی داشته باشد اخوهٔ أبی ارث نمیبرند،

در صورت نبودن اخوهٔ
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۳
أبوینی اخوهٔ أبی حصهٔ ارث آنها را میبرند ...».

ثانیاً- طبق شق دوم مادهٔ «۹۱۸» ق. م: «... اخوهٔ أبوینی و اخوهٔ أبی هیچ‌کدام اخوهٔ امی را از ارث محروم نمیکنند».

اشاره

بنابراین طبق مادهٔ «۹۲۲» ق. م: «هرگاه اخوه أبوینی (یا اخوه أبی) و اخوه امی با هم باشند تقسیم بطریق ذیل میشود ...»:

۱- اخوه ابوینی یا ابی با یک کلالهٔ امی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر باخوهٔ ابوینی یا أبی با یک خواهر یا برادر امی باشد، بیک کلاله امی سدس و بقیّه باخوهٔ أبوینی یا أبی داده میشود. شق اول مادهٔ «۹۲۲» ق. م میگوید: «... اگر برادر یا خواهر امی یکی باشد، سدس ترکه را میبرد و بقیّه مال اخوهٔ أبوینی یا أبی است که بطریق مذکور در فوق تقسیم مینمایند ...» بنابراین هرگاه متوفی دارای یک خواهر یا یک برادر امی و یک یا چند برادر یا خواهر أبوینی یا أبی باشد، سدس ترکه از آن برادر یا خواهر امی میباشد و پنج سدس دیگر از آن خواهر و یا برادر أبوینی یا أبی است. و هرگاه اخوه أبی یا أبوینی چند نفر باشند، چنانچه از دو جنس هستند طبق مادهٔ «۹۲۰» ق. م پنج سدس را بین خود تقسیم مینمایند بطوری که حصهٔ ذکور دو برابر حصهٔ اناث باشد و چنانچه آنها از یک جنس باشند بتساوی بین خود تقسیم مینمایند.

۲- اخوهٔ أبوینی یا أبی با چند کلالهٔ امی-

اشاره

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر ببرادر و خواهر أبوینی یا أبی با چند خواهر و برادر امی باشد، بکلالهٔ امّی ثلث، و دو ثلث باخوهٔ أبوینی یا أبی داده میشود. شق دوم مادهٔ «۹۲۲» ق. م میگوید: «... اگر کلالهٔ امی متعدد باشد ثلث ترکه بآنها تعلّق گرفته و بین خود بالسویه تقسیم میکنند و بقیّه مال اخوهٔ ابوینی یا ابی است که مطابق مقرّرات مذکور در فوق تقسیم مینمایند».
بنابراین چنانچه کسی بمیرد و چند برادر و خواهر امّی و یک یا چند
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۴
برادر و خواهر أبوینی یا أبی داشته باشد، ثلث از ترکه ببرادر و خواهر امّی داده میشود که بین خود بالسویه تقسیم میکنند و دو ثلث باقی باخوهٔ أبوینی یا أبی داده میشود که چنانچه یکی باشد تمامی را میبرد و چنانچه متعدد باشند بین خود تقسیم می‌کنند بطوری که حصهٔ ذکور دو برابر حصهٔ اناث باشد.

تبصره- اولاد اخوه-

بدستور قسمت اول مادهٔ «۹۲۵» ق. م: «در تمام صور مذکوره در مواد فوق اگر برای میّت نه برادر باشد و نه خواهر، اولاد اخوه قائم مقام آنها شده و با اجداد ارث میبرند، در این صورت تقسیم ارث نسبت باولاد اخوه بر حسب نسل بعمل می‌آید، یعنی هر نسل حصهٔ کسی را میبرد که بواسطهٔ او بمیّت میرسد. بنابراین اولاد اخوهٔ أبوینی یا أبی حصهٔ اخوهٔ أبوینی یا أبی تنها و اولاد کلالهٔ امی حصهٔ کلالهٔ امّی را میبرند ...» هرگاه کسی بمیرد و اصلًا اخوه نداشته باشد و سه برادرزادهٔ أبی و یک خواهرزادهٔ امّی داشته باشد، مانند آن فرض میشود که برادر و خواهر زنده هستند، سهم هر یک در نظر گرفته شده و بین ورثهٔ آنها تقسیم میگردد، یعنی پنج سدس ترکه بین برادرزاده‌های أبی تقسیم میگردد و یک سدس آن بخواهرزادهٔ امّی داده میشود.
بدستور قسمت دوم مادهٔ «۹۲۵» ق. م: «در تقسیم بین افراد یک نسل اگر اولاد اخوهٔ أبوینی یا أبی تنها باشند ذکور دو برابر اناث میبرد و اگر از کلالهٔ امّی باشند بالسویه تقسیم میکنند». این امر اگر چه از مواد «۹۲۰» و «۹۲۱» ق. م استنباط میشده ولی برای آنکه هیچگونه سوء تفاهمی در اولاد اخوهٔ أبی و امی پیش نیاید قانون بذکر قسمت اخیر مادهٔ «۹۲۵» پرداخته است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۵

2- اجداد

اشاره

در صورتی که ورثه منحصر باجداد و جدات باشند بدستور مادهٔ «۹۲۳» ق. م ترکه بطریق ذیل تقسیم میشود:

الف- جد و جدهٔ أبی

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در جد و جدهٔ أبی باشد، ترکه بین آنها بنسبت ذکور دو برابر اناث تقسیم میشود. شق دوم مادهٔ «۹۲۳» ق. م میگوید: «... اگر اجداد و جدات متعدد باشند در صورتی که أبی باشند ذکور دو برابر اناث میبرد و اگر همه امی باشند بین آنها بالسویه تقسیم میگردد ...». بنابراین چنانچه کسی بمیرد و یک جد و یک جدهٔ أبی داشته باشد دو ثلث آن بجد و یک ثلث آن بجده داده میشود.

ب- جد و جدهٔ أمی-

در صورتی که کسی بمیرد و ورثهٔ منحصر او عبارت از جد و جدهٔ امی باشد، تمامی ترکه متعلّق بآنها خواهد بود که بالسویه تقسیم مینمایند. ذیل بند دوم مادهٔ «۹۲۳» ق. م باین امر تصریح میکند.
بنابراین هرگاه کسی بمیرد و وارث او منحصر در یک جد و یک جدهٔ امی باشد ترکه متوفی تنصیف شده بهر یک نصف از آن داده میشود.

ج- جد و جدهٔ ابی با امی

در صورتی که ورثه متوفی منحصر در جد یا جدهٔ أبی با جد یا جدهٔ امی باشد، ثلث ترکه بجد یا جدهٔ امی داده میشود و دو ثلث بقیه بجد یا جدهٔ أبی متعلّق است. شق سوم مادهٔ «۹۲۳» ق. م میگوید: «... اگر جد یا جدهٔ أبی و جد یا جدهٔ امی با هم باشند، ثلث ترکه بجد یا جدهٔ امی میرسد و در صورت تعدد اجداد امی آن ثلث بین آنها بالسویه تقسیم میشود و دو ثلث دیگر بجد یا جدهٔ أبی میرسد و در صورت تعدد، حصهٔ ذکور از آن دو ثلث دو برابر حصهٔ اناث خواهد بود». بنابراین چنانچه کسی بمیرد و وارث او یک جد یا جدهٔ پدری و یک جد یا جدهٔ مادری باشد، ثلث ترکه بجد یا جدهٔ مادری داده
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۶
میشود و دو ثلث دیگر بجد یا جدهٔ پدری و چنانچه وراث عبارت از جد و جدهٔ مادری وجد و جدهٔ پدری باشد، یک ثلث از ترکه بین جد و جدهٔ مادری بالسویه تقسیم میشود و دو ثلث دیگر بجد و جدهٔ پدری متعلّق است که بین خود بنسبت ذکور دو برابر اناث تقسیم مینمایند. بنابراین دو ثلث را سه قسمت نموده یک سهم بجده و دو سهم بجد داده میشود.

3- ورثهٔ اطراف و اجداد

اشاره

در صورتی که ورثه میّت عبارت از اجداد و کلاله با هم باشند. منظور از کلاله برادر و خواهر است خواه أبوینی باشد یا أبی و یا امی. فرض مزبور در چند صورت ممکن است پیش آید:

الف- اجداد أبی و کلالهٔ أبوینی یا أبی

در صورتی که ورثهٔ متوفی عبارت از اجداد أبی و کلالهٔ أبوینی یا أبی متوفی باشند، ترکه بین آنها بطوری که حصهٔ ذکور دو برابر اناث باشد تقسیم میشود، مثلًا هرگاه ورثهٔ متوفی عبارت باشند از جد و جدهٔ پدری و یک برادر و خواهر پدری ترکه شش قسمت شده، بجد و برادر هر یک دو ششم و بهر یک از جده و خواهر یک ششم داده میشود. بنابراین سهم الارث جد و برادر پدری مساوی میباشد، همچنانی که سهم الارث جده و خواهر پدری مساوی است. مستنبط از مادهٔ «۹۲۴» ق. م.

ب- اجداد امی و کلالهٔ امی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی عبارت از اجداد امی و کلالهٔ امی باشند، ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میگردد، مثلًا هرگاه ورثهٔ متوفی عبارت باشند، از جد و جدهٔ مادری و برادر و خواهر مادری، ترکهٔ متوفی چهار قسمت میشود و بهر یک ربع از آن میرسد.
بنابراین سهم الارث جد و جدهٔ مادری و برادر و خواهر مادری مساوی خواهد بود. مستنبط از مادهٔ «۹۲۴» ق. م.

ج- اجداد و کلاله بعضی ابوینی یا أبی و بعضی امی-

اشاره

در صورتی که ورثهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۷

متوفی عبارت از اجداد و کلاله باشند که بعضی أبی و بعضی امی هستند چنانکه مادهٔ «۹۲۴» ق. م میگوید عمل میشود. مادهٔ «۹۲۴» ق. م:

«هر گاه میّت اجداد و کلاله با هم داشته باشد دو ثلث ترکه بوراثی میرسد که از طرف پدر قرابت دارند و در تقسیم آن حصهٔ ذکور دو برابر اناث خواهد بود، و یک ثلث بوراثی میرسد که از طرف مادر قرابت دارند و بین خود بالسویه تقسیم مینمایند، لیکن اگر خویش مادری فقط یک برادر یا یک خواهر امی باشد فقط سدس ترکه باو تعلّق خواهد گرفت».

مادهٔ بالا حکم دو فرض را بیان مینماید:

۱- اجداد و کلاله که یکی از آنها امی باشد

در صورتی که ورثهٔ متوفی عبارت از اجداد و کلاله با هم باشند ولی فقط بین آنان یک برادر یا یک خواهر امی است بدستور ذیل مادهٔ «۹۲۴» ق. م یک سدس از ترکه باو داده میشود و پنج سدس دیگر بخویشاوندان أبوینی یا أبی داده خواهد شد، اگر چه یک نفر بیشتر نباشد و چنانچه آنها متعدد باشند آن را بین خود تقسیم مینمایند بطوری که حصهٔ ذکور دو برابر حصهٔ اناث باشد. مثلًا هر گاه کسی بمیرد و ورثه او منحصر بجد و جده و یک برادر یا یک خواهر که تمامی أبوینی یا أبی میباشند و خواهر یا برادر امی، سدس ترکه بآن برادر یا خواهر امی داده میشود و پنج سدس باقی بین خویشاوندان أبوینی یا أبی بشش سهم تقسیم میگردد و بهر یک از جد و برادر دو سهم و بهر یک از جده و خواهر یک سهم داده میشود.

۲- اجداد و کلاله که چند تن از آنها امی هستند-

در صورتی که ورثهٔ متوفی عبارت از اجداد و کلاله باشند ولی خویشاوندان امی بیش از یک نفر است، خواه خویشاوندان أبی یکی باشد یا متعدد، یک ثلث از ترکه بخویشاوندان امی داده میشود که بین خود بتساوی تقسیم نمایند و دو ثلث بقیه ترکه بخویشاوندان أبی داده میشود. در این صورت چنانچه یک نفر باشد تمامی از

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۸

آن او خواهد بود و چنانچه چند نفر باشند آن را بین خود تقسیم نموده بطوری که سهم ذکور دو برابر اناث باشد. مثلًا هر گاه کسی بمیرد و ورثهٔ او منحصر در جد و جده و برادر و خواهر أبوینی با جد و جده و خواهر و برادر امّی باشد، یک ثلث از ترکه بجد و جده و خواهر و برادر امی اختصاص دارد و دو ثلث بقیه بجد و جده و برادر و خواهر أبوینی داده میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۷۹

باب سوم سهم الارث زوجین با ورثهٔ طبقه دوم

بدستور مادهٔ «۹۲۷» ق. م: «در تمام مواد مذکوره در این مبحث هر یک از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه میبرد و این

فرض عبارت است از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه.
متقربین بمادر هم اعم از اجداد یا کلاله فرض خود را از اصل ترکه میبرند. هرگاه بواسطهٔ ورود زوج یا زوجه نقصی موجود گردد نقص بر کلالهٔ أبوینی یا أبی یا بر اجداد أبی وارد میشود».
مادهٔ مزبور چهار امر را متذکّر شده است:
۱- قانون مدنی در مادهٔ «۹۱۳» بطور کلی نصیب زوج و زوجه را با فرض وجود اولاد برای متوفی و عدم وجود آن برای او بیان نموده است. ولی در ماده «۹۲۷» مخصوصاً تصریح بسهم آنان با بودن وارث طبقهٔ دوم نموده و آن نصف ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه میباشد، زیرا مادهٔ مزبور در مبحث سهم الارث ورثه طبقه دوم است و آن در موردی است که متوفی اولاد و اولاد اولاد ندارد.
۲- زوج یا زوجه سهم الارث خود را از اصل ترکه میبرند، یعنی بدون آنکه سهم الارث ورثه دیگر در نظر گرفته شود، نصف و یا ربع نصیب زوج و یا زوجه از ترکه برداشت میشود.
۳- متقربین بمادر هم اعم از اجداد یا کلاله فرض خود را از اصل ترکه میبرند.
بنابراین در مورد ماده «۹۲۲» ق. م که اخوهٔ أبوینی و اخوهٔ امی با
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۰
هم جمع شده‌اند، چنانچه اخوهٔ امی متعدد باشند ثلث از اصل ترکه و چنانچه یک نفر باشد سدس از اصل ترکه را میبرند و بقیهٔ ترکه بخویشاوندان پدری داده میشود. مثلا هرگاه زن بیوهٔ بمیرد و چند برادر زاده یا خواهرزاده امی و چند اجداد و اخوهٔ ابوینی از خود باقی گذارده باشد قبلا نصیب اخوهٔ امی که در صورت تعدد ۳/ ۱ از ترکه است برداشته میشود، سپس ۳/ ۲ که باقی مانده از ترکه است بخویشاوندان أبی داده میشود که آن را طبق مقرّرات مربوطه، یعنی حصهٔ ذکور دو برابر اناث، بین خود تقسیم میکنند.
۴- در صورتی که بواسطهٔ بودن زوج یا زوجه حین فوت مورث در تقسیم نقصی در نصیب دیگر ورثه حاصل گردد، نقص بر کلالهٔ أبوینی یا أبی تحمیل میشود. بنا بر این در مورد مادهٔ «۹۲۴» ق. م در صورتی که ورثه میت عبارت از اجداد و کلالهٔ أبوینی و امی با هم باشند (که دو ثلث از ترکه از آن وارثی میباشد که بپدر خویشاوندی دارد و یک ثلث از ترکه بوارثی تعلّق دارد که از خویشاوندان مادری میباشد) چنانچه میّت زوج یا زوجه داشته باشد، در تقسیم نقص حاصل میگردد، زیرا مجموع ۳/ ۱ و ۳/ ۲ و ۲/ ۱ (سهم زوج) یا ۴/ ۱ (سهم زوجه) از واحد ترکه بیشتر است. بنابراین طبق قسمت أخیر مادهٔ «۹۲۷» ق. م قبلًا سهم خویشاوندان امی که ۳/ ۱ از اصل ترکه میباشد و همچنین سهم زوج که ۲/ ۱ از اصل ترکه است باید برداشت نمود ۳/ ۱+ ۲/ ۱ ۶/ ۵ و بقیّه آن که ۶/ ۱ است بخویشاوندان أبوینی بجای ۳/ ۲ (۶/ ۴) داده میشود. چنانچه متوفی زوجه داشته باشد ۳/ ۱ سهم خویشاوندان امی و ۴/ ۱ سهم زوجه که مجموع آن میشود ۱۲/ ۷ و بقیّه ترکه که ۱۲/ ۵ است بجای ۳/ ۲ (۱۲/ ۸) بخویشاوندان أبوینی داده خواهد شد.
نکتهٔ قابل توجه آنکه در سهم الارث طبقهٔ اولی نقص بر بنت
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۱
و بنتین وارد میگردد و در سهم الارث طبقهٔ دوم نقص بر خویشاوندان أبوینی تحمیل میشود.

مبحث سوم

باب اول در ورثهٔ طبقهٔ سوم

اشاره

در صورتی که کسی از افراد وراث طبقهٔ اولی و طبقهٔ دوم نباشد، وراث طبقه سوم در اثر فوت مورث، مالك ترکه او میگردند. این ستکه مادهٔ «۹۲۸» ق. م میگوید: «هر گاه برای میّت وراث طبقهٔ دوم نباشد ترکه او بوراث طبقهٔ سوم میرسد».

وراث طبقهٔ سوم چنانکه شق سوم مادهٔ «۸۶۲» ق. م تصریح مینماید عبارتند از: «اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها».

منظور مادهٔ بالا از کلمهٔ اعمام، عموی متوفی، عموی پدر و مادر و عموی هر یک از اجداد متوفی میباشد، و منظور از کلمهٔ عمات، عمهٔ متوفی،.

عمهٔ پدر و مادر و عمهٔ هر یک از اجداد متوفی میباشد. همچنین است اخوال که عبارت از دائی متوفی، دائی پدر و مادر و دائی اجداد متوفی میباشد، و خالات که عبارت از خالهٔ متوفی خالهٔ پدر و مادر و خالهٔ اجداد متوفی میباشد.

عموی عمو و همچنین عمهٔ عمه و یا دائی دائی و یا خالهٔ خاله چنانکه آنان عمو و عمه و دائی و خاله پدر یا مادر یا اجداد متوفی محسوب نشوند، از اقربای نسبی متوفی بشمار نیامده و از او ارث نمیبرند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۲

چند امر در سهم الارث وراث طبقهٔ سوم باید مورد توجه قرار گیرد:

اول- اعمام و عمات با اخوال و خالات در یک ردیف هستند،

یعنی آنان طبق قاعدهٔ اقربیت، از متوفی ارث میبرند. مثلا هر گاه کسی بمیرد و دارای یک عمو و یک پسر دائی باشد عمو مانع از ارث بردن پسر دائی میگردد، زیرا پسر دائی دورتر از عمو بمتوفی میباشد.

دوم- خویشاوندان ابوینی متوفی خویشاوندان أبی را از ارث محروم میدارند.

این است که مادهٔ «۹۳۰» ق. م میگوید: «اگر میّت اعمام یا اخوال أبوینی داشته باشد اعمام یا اخوال أبی ارث نمیبرند. در صورت نبودن اعمام یا اخوال أبوینی، اعمام یا اخوال أبی حصهٔ آنها را میبرند». تقدم خویشاوندان أبوینی بر خویشاوندان أبی نیز در وراث طبقهٔ دوم رعایت شده است. مادهٔ «۹۱۸» ق. م میگوید: «اگر میّت اخوهٔ أبوینی داشته باشد اخوهٔ أبی ارث نمیبرید، در صورت نبودن اخوه أبوینی اخوهٔ أبی حصهٔ ارث آنها را میبرند.

اخوهٔ أبوینی و اخوهٔ أبی هیچکدام اخوهٔ امی را از ارث محروم نمیکنند»

سوم- سهم الارث خویشاوندان أبوینی یا أبی، با خویشاوندان امی متوفی یکسان نیست،

بدین نحو که سهم الارث خویشاوندان أبوینی یا أبی بنسبت ذکور دو برابر اناث تقسیم میشود، یعنی سهم عمو دو برابر سهم عمه است مانند نصیب برادر و خواهر أبوینی و یا أبی در طبقهٔ دوم که ذکور دو برابر اناث میبرند. ولی سهم الارث خویشاوندان امّی متساوی است، یعنی نصیب خالهٔ متوفی بمقدار نصیب دائی او میباشد مانند سهم الارث برادر و خواهر امی متوفی که بتساوی از ترکه سهیم هستند.

قاعدهٔ تساوی سهم الارث ذکور و اناث در خویشاوندان امّی، در اعمام و عمات امّی نیز رعایت میشود، بدین نحو که هرگاه اعمام و عمات متوفی همه امّی باشند (یعنی فقط با پدر متوفی از مادر یکی بوده و از

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۳

پدر با او جدا باشند) نیز سهم الارث بین آنها بالسویه تقسیم میشود. ولی هرگاه اعمام و عمات تمامی أبوینی یا أبی باشند ذکور دو برابر اناث از ترکه سهم خواهد برد. مادهٔ «۹۳۱» ق. م میگوید: «هرگاه وارث متوفی چند نفر عمو یا چند نفر عمه باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود در صورتی که همه آنها أبوینی یا همه أبی یا همه امّی باشند هرگاه عمو و عمه با هم باشند در صورتی که

همه امّی باشند ترکه را بالسویه تقسیم مینمایند و در صورتی که همه أبوینی یا أبی باشند حصهٔ ذکور دو برابر اناث خواهد بود».
قاعده عدم تساوی سهم الارث ذکور و اناث در خویشاوندان أبوینی یا أبی، در اخوال و خالات أبوینی یا أبی رعایت نمیشود. بنابراین اخوال و خالات اگر چه تمامی أبوینی یا أبی با مادر متوفی باشند، سهم الارث آنان مساوی خواهد بود. مادهٔ «۹۳۳» ق. م میگوید:
«هرگاه وارث متوفی چند نفر دائی یا چند نفر خاله یا چند نفر دائی و چند نفر خاله با هم باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود، خواه همه أبوینی خواه همه أبی و خواه همه امی باشند». از شیخ و بعضی دیگر از فقهاء نقل شده است که در مورد دائی و خاله ابوینی یا أبی نصیب ذکور دو برابر اناث میباشد. قانون مدنی پیروی از قول مزبور ننموده است. قاعدهٔ یکسان نبودن ارث خویشاوندان پدری با خویشاوندان مادری، در طبقهٔ دوم نیز رعایت شده است، چنانکه مادهٔ «۹۲۰» ق. م میگوید: «اگر وراث میّت چند برادر و خواهر ابوینی یا چند برادر و خواهر أبی باشند حصهٔ ذکور دو برابر اناث خواهد بود» و ماده «۹۲۱» ق. م میگوید: «اگر وراث چند برادر امی یا چند خواهر امی یا چند برادر و خواهر امی باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود».
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۴

چهارم- فرض دائی و خاله هرگاه منحصر بیک نفر باشد سدس ترکه است

و هرگاه متعدد (یعنی دو یا بیشتر) باشند ثلث از ترکه و ما بقی متعلّق بخویشاوندان پدری یعنی عمو و عمه است، زیرا اعمام و اخوال در طبقهٔ سوم، در حکم برادر و خواهر در طبقهٔ دوم هستند.
قول مشهور فقهای امامیّه بر آنست که ثلث ترکه متعلّق بخویشاوندان مادری است (دائی و خاله) اگر چه منفرد باشد، زیرا اینان نصیب خواهر خود را میبرند (یعنی مادر متوفی) و آن در نبودن اولاد و حاجب برای مادر ثلث ترکه است و خویشاوندان أبوینی یا أبی (عمو و عمه) نصیب برادر خود را میبرند (یعنی پدر متوفی) که در نبودن اولاد دو ثلث ترکه است.

پنجم- وراث طبقهٔ سوم نیز دارای درجاتی هستند که باعتبار نزدیکی بمتوفی تعیین میگردد،

مثلًا عمو و عمه و دائی و خالهٔ متوفی در درجهٔ اول هستند، اولاد آنها در درجه دوم، نوهٔ آنها در درجه سوم همین‌گونه هر چه پائین رود. طبق قاعدهٔ اقربیت درجهٔ مقدم (نزدیکتر بمیّت) درجهٔ مؤخّر (دورتر بمیّت) را از ارث محروم مینماید. مثلًا هرگاه هیچ‌یک از عمو و عمه و دائی و خاله موجود نباشند اولاد آنها ارث میبرند و در صورت نبودن اولاد مستقیم برای آنها، نوهٔ آنها ارث میبرد. اینست که مادهٔ «۹۳۷» ق. م میگوید: «هرگاه برای میّت نه اعمام باشد و نه اخوال اولاد آنها بجای آنها ارث میبرند و نصیب هر نسل نصیب کسی خواهد بود که بواسطهٔ او بمیّت متصل میشود». مادهٔ مزبور علاوه بر آنکه قائم مقام بودن اولاد اعمام و اخوال را از آنها بیان مینماید، امر دیگری را متذکّر شده و آن ارث بردن اولاد است نصیب کسی را که بواسطهٔ او بمتوفی میرسد. بعبارت دیگر قائم مقام هر کس نصیب آن کس را از ارث مستحق میگردد. بنابراین هرگاه وراث میّت عبارت از هفت نفر
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۵
باشند دو نفر آنها اولاد عمه و پنج نفر آنها اولاد خاله، ترکه مانند آنکه عمه و خاله در قید حیاتند تقسیم میشود و سهم هر یک از آن دو باولاد آنها داده میشود. در مثال بالا که کسی بمیرد و سه پسر و دو دختر خاله با یک پسر و یک دختر عمه داشته باشد، سدس ترکه که سهم خالهٔ منفرد است بین پنج اولاد او بتساوی تقسیم میگردد و بقیّه بین یک پسر و یک دختر، عمه تقسیم میشود، بطوری که نصیب پسر دو برابر نصیب دختر خواهد بود. قاعده مزبور که بنام قائم مقامی نامیده‌ایم در اولاد متوفی، در وراث طبقهٔ اولی و در اولاد اخوه، در وراث طبقهٔ دوم نیز رعایت شده است.

ششم- قاعدهٔ اقربیّت در توارث بدستور مادهٔ «936» ق. م که شرح آن خواهد آمد، با استثناء مواجه شده است

و آن تقدم پسر عموی أبوینی بر عموی أبی تنها میباشد، که کسی که از میّت دورتر است دیگری را که نزدیکتر میباشد از ارث محروم مینماید.

هفتم- در صورتی که میّت عمو و عمه و دائی و خاله نداشته باشد و اولادی هم از آنها موجود نباشند،

ترکه متوفی بعمو و عمه و دائی و خالهٔ پدر و مادر متوفی میرسد. در صورت موجود نبودن آنان ترکه باولادشان داده میشود.
هرگاه هیچیک از اولاد آنها موجود نیستند، بنسل قبل که عمو و عمه و دائی و خالهٔ اجداد میّت باشد میرسد و در صورت موجود نبودن آنها ترکه باولادشان طبق قاعدهٔ اقربیت داده میشود. این امر را مواد قانون مدنی متذکر نشده است، ولی میتوان از قاعدهٔ اقربیت مستنبط از روح مواد قانون مزبور آن را بدست آورد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۶

باب دوم در سهام ورثهٔ طبقهٔ سوم

یک- وارث منحصر بفرد

در صورتی که وارث در طبقهٔ سوم منحصر بیک نفر باشد از هر درجه و رتبه، تمام ترکه از آن او خواهد بود، زیرا وارثی غیر از او در طبقهٔ مزبور وجود ندارد. این ستکه مادهٔ «۹۲۹» ق. م میگوید:
«هر یک از وراث طبقهٔ سوم اگر تنها باشد تمام ارث را میبرد و اگر متعدد باشند ترکه بین آنها بر طبق مواد ذیل تقسیم میشود».
بنابراین چنانچه وارث میّت منحصر بیک عمو یا یک عمه یا یک دائی یا یک خاله یا یکی از اولاد آنها باشد، اگر چه از حیث درجهٔ دور باشد، تمامی ارث باو داده میشود.

دو- ورثه متعدد

اشاره

در صورتی که ورثه متعدد باشند بدستور ذیل مادهٔ «۹۲۹» ق. م ترکه بین آنها بر طبق مواد «۹۳۰» ببعد تقسیم میشود:

اول- اعمام-

اشاره

کلمهٔ اعمام شامل عمات نیز میشود.
در صورتی که وراث میّت چند نفر عمو یا چند نفر عمه یا چند عمو و عمه باشد، ترکه بطریق ذیل تقسیم میشود:

۱- اعمام ابوینی یا أبی یا امی

در صورتی که ورثه منحصر در چند اعمام
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۷
أبوینی یا أبی یا امی باشند بدستور مادهٔ «۹۳۱» ق. م ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود، زیرا با متحد بودن آنان از حیث جنس، هیچیک برتری بر دیگری ندارد. مادهٔ «۹۳۱» ق. م: «هرگاه وارث متوفی چند نفر عمو یا چند نفر عمه باشند ترکه بین آنها بالسویه

تقسیم میشود در صورتی که همه آنها أبوینی یا همه أبی یا همه امی باشند.
هرگاه عمو و عمه با هم باشند در صورتی که همه امی باشند ترکه را بالسویه تقسیم مینمایند و در صورتی که همه أبوینی یا أبی باشند، حصهٔ ذکور دو برابر اناث خواهد بود».

۲- اعمام أبوینی یا أبی و امی-

اشاره

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در اعمام أبوینی یا أبی و امی، با هم باشند بدستور مادهٔ «۹۳۲» ق. م عمل میشود.
مادهٔ «۹۳۲» ق. م: «در صورتی که اعمام امی و اعمام أبوینی یا أبی با هم باشند، عم یا عمهٔ امی اگر تنها باشد، سدس ترکه باو تعلّق میگیرد و اگر متعدد باشند ثلث ترکه، و این ثلث را ما بین خود بالسویه تقسیم میکنند و باقی ترکه باعمام أبوینی یا أبی میرسد که در تقسیم، ذکور دو برابر اناث میبرد». مادهٔ مزبور دو صورت را فرض نموده است:

الف- یک عمو یا عمه امی و اعمام أبوینی یا أبی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در یک عمو یا یک عمه امی و اعمام أبوینی یا أبی با هم باشند، سدس ترکه بعمو یا عمهٔ امی داده میشود و پنج سدس باقی متعلّق باعمام أبوینی یا أبی خواهد بود که بین خود تقسیم مینمایند، بنحوی که بذکور دو برابر اناث برسد. چنانچه میّت یک عمو و یا عمهٔ أبوینی یا أبی داشته باشد تمام باقی از آن او خواهد بود.

ب- چند عمو و عمه امی و اعمام أبوینی یا أبی

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در چند عمو و عمه امی با اعمام أبوینی یا أبی با هم باشند، ثلث از ترکه بچند عمو و عمهٔ امی داده میشود که بین خود بالسویه تقسیم
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۸
کنند و دو ثلث باقی باعمام أبوینی یا أبی داده میشود و آنان بین خود تقسیم مینمایند، بطوری که حصه ذکور دو برابر حصه اناث باشد. چنانچه میّت فقط یک عمو و یا عمهٔ أبوینی یا أبی داشته باشد تمامی دو ثلث از آن او خواهد بود.

دوم- اخوال

اشاره

کلمهٔ اخوال شامل دائی و خاله میگردد.

۱- اخوال أبوینی یا أبی یا امی-

اشاره

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در چند دائی یا چند خاله یا دائی و خاله أبوینی یا أبی یا امی باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود. این است که مادهٔ «۹۳۳» ق. م میگوید:

«هرگاه وراث متوفی چند نفر دائی یا چند نفر خاله یا چند نفر دائی و چند نفر خاله با هم باشند، ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود، خواه همه أبوینی خواه همه أبی و خواه همه امی باشند». و آن نیز دو صورت دارد:

الف- چند دائی یا چند خاله-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در چند نفر دائی یا چند نفر خاله باشند تمامی ترکه را بین خود بالسویه قسمت مینمایند. در این امر فرق نمینماید که خویشاوندی آنها با مادر میّت أبوینی یا أبی یا امی باشند، زیرا با تساوی در انتساب با متوفی موجبی برای برتری یکی بر دیگری نیست.

ب- اخوال ابوینی یا أبی یا امی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در دائی و خاله با هم باشند، نیز ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود. چنانکه گذشت این امر در صورتی است که همه آنها أبوینی یا أبی یا امی باشند، زیرا در نسبت با مادر همگی مساویند و قانون مدنی در خویشاوندی مادری فرق بین ذکور و اناث نگذارده است.

۲- اخوال أبوینی یا أبی با امی-

اشاره

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در دائی و خالهٔ أبوینی یا أبی با دائی و خالهٔ امی با هم باشند، طبق مادهٔ «۹۳۴»
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۸۹
ق. م عمل میشود مادهٔ «۹۳۴» ق. م: «اگر وراث میّت دائی و خالهٔ أبی یا أبوینی با دائی و خالهٔ امی باشند، طرف امی اگر یکی باشد سدس ترکه را میبرد و اگر متعدد باشند ثلث آن را میبرند و بین خود بالسویه تقسیم می‌کنند و ما بقی مال دائی و خاله‌های أبوینی یا أبی است که آنها هم بین خود بالسویه تقسیم مینمایند».
مادهٔ بالا دارای چند صورت است:

الف- یک دائی یا خاله امی با اخوال أبوینی یا أبی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در یک دائی یا خاله امی با دائی و خاله أبوینی یا أبی باشند، در این صورت یک سدس بدائی یا خاله امی و پنج سدس بدائی و خاله أبوینی یا أبی میرسد. چنانچه دائی و خاله أبوینی یا أبی یکی باشد تمامی پنج سدس را میبرد و چنانچه متعدد باشند پنج سدس را بین خود بالسویه تقسیم مینمایند، زیرا قانون در سهم الارث خویشاوندان مادری فرق بین ذکور و اناث نگذارده است.

ب- چند اخوال امی با اخوال ابوینی یا ابی-

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر در چند دائی و خاله امی با دائی و خاله أبوینی یا أبی باشد، در این صورت یک ثلث بچند دائی و خاله امی داده میشود که بین آنها بالسویه تقسیم میگردد و دو ثلث بدائی و خاله أبوینی و یا أبی متعلق است، که چنانچه یکی

باشد تمامی از آن او خواهد بود و چنانچه متعدد باشند بین خود بالسویه تقسیم مینمایند.

سوم- اعمام و اخوال

اشاره

در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر بیک یا چند نفر اعمام (عمو و عمه) و یک یا چند نفر اخوال (دائی و خاله) باشند، بدستور مادهٔ «۹۳۵» ق. م عمل میشود، مادهٔ «۹۳۵» ق. م: «اگر برای میّت یک یا چند نفر اعمام با یک یا چند نفر اخوال باشد، ثلث ترکه باخوال و دو ثلث

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۰

آن باعمام تعلّق میگیرد. تقسیم ثلث بین اخوال بالسویه بعمل می‌آید، لیکن اگر بین اخوال یک نفر امی باشد سدس حصهٔ اخوال (یعنی سدس از ۳/ ۱ ترکه) باو میرسد و اگر چند نفر امی باشند ثلث آن حصه (یعنی ثلث از ۳/ ۱ ترکه) بآنها داده میشود و در صورت اخیر تقسیم بین آنها بالسویه بعمل می‌آید.

در تقسیم دو ثلث بین اعمام حصه ذکور دو برابر (حصه) اناث خواهد بود، (منظور ماده از أعمام که حصهٔ ذکور دو برابر حصهٔ اناث قرار داده شده است، اعمام أبوینی یا أبی میباشد چنانکه بند دوم مادهٔ «۹۳۱» ق. م تصریح کرده است) لیکن اگر بین اعمام یک نفر امی باشد، سدس حصهٔ اعمام (یعنی سدس ۳/ ۲ از ترکه) باو میرسد و اگر چند نفر امی باشند ثلث آن حصه (یعنی ثلث ۳/ ۲ از ترکه) بآنها میرسد و در صورت أخیر آن ثلث را بالسویه تقسیم میکنند. در تقسیم پنج سدس و یا دو ثلث که از حصه اعمام باقی میماند بین اعمام ابوینی یا أبی، حصهٔ ذکور دو برابر اناث خواهد بود».

چنانکه مادهٔ بالا میگوید در صورتی که ورثهٔ متوفی منحصر باخوال (دائی یا خاله، دائی و خاله) و اعمام (عمو یا عمه، عمو و عمه) باشند، ثلث باخوال داده میشود، اگر چه تنها باشد و دو ثلث باقی از آن اعمام است، اگر چه یکی باشد.

در صورتی که اعمام یا اخوال متعدد باشند تقسیم ثلث ترکه بین اخوال و دو ثلث آن بین اعمام بطریق ذیل بعمل می‌آید:

الف در تقسیم ثلث ترکه بین اخوال سه فرض ممکن است پیش آید:

۱- در صورتی که اخوال تمام أبوینی یا أبی و یا امی باشند، ثلث را بین خود بالسویه تقسیم مینمایند. و هرگاه منفرد است تمامی متعلّق باو خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۱

۲- در صورتی که یکی از اخوال امی و بقیّه آنها أبوینی یا أبی باشند، یک سدس از ثلث مزبور بدائی یا خالهٔ امی داده میشود و پنج سدس دیگر ببقیهٔ اخوال که هرگاه متعددند بالسویه بین خود تقسیم میکنند و هرگاه منفرد است تمامی از آن او خواهد بود.

۳- در صورتی که چند نفر از اخوال امی و بقیّه آنها أبوینی یا أبی باشد، یک ثلث باخوال امی داده میشود که بین خود بالسویه تقسیم میکنند و دو ثلث بقیّه باخوال أبوینی یا أبی داده میشود که آنان نیز بالسویه تقسیم خواهند نمود.

ب- در تقسیم دو ثلث ترکه بین اعمام سه فرض ممکن است پیش آید:

۱- در صورتی که اعمام تمام أبوینی یا أبی یا امی باشند دو ثلث را بین خود تقسیم مینمایند، بطوری که حصه ذکور دو برابر حصه اناث باشد، و هرگاه منفرد است تمامی دو ثلث متعلّق باو خواهد بود.

۲- در صورتی که یکی از اعمام امی و بقیّه آنها أبوینی یا أبی باشد، سدس از دو ثلث بعمو یا عمه امی داده میشود و پنج سدس دیگر آن بین اعمام أبوینی یا أبی تقسیم میشود، بطوری که حصه ذکور دو برابر حصه اناث باشد و چنانچه منفرد است تمامی از آن او خواهد بود.

۳- در صورتی که چند نفر از اعمام امی و بقیّه آنها أبی یا أبوینی باشند، ثلث از دو ثلث باعمام امی داده میشود و باقی آن بین اعمام أبوینی یا أبی تقسیم میگردد، بطوری که حصهٔ ذکور دو برابر حصهٔ اناث باشد و هرگاه یک نفر است باقی از آن او خواهد بود.

تبصره- اولاد اعمام و اخوال

بدستور مادهٔ «۹۳۷» ق. م: «هرگاه برای میّت نه اعمام باشد و نه اخوال اولاد آنها بجای آنها ارث میبرند. و نصیب هر نسل نصیب کسی خواهد بود که بواسطهٔ او بمیّت متصل میشود». چنانکه در سهم

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۲

الارث طبقهٔ اولی گذشت، قانون مدنی ایران برای اولاد درجاتی شناخته است که هر درجهٔ مقدم، درجهٔ مؤخّر را از ارث محروم مینماید و در صورت نبودن درجهٔ مقدم درجهٔ مؤخر ارث میبرد. افراد یک درجه در ارث با یکدیگر مساوی نیستند، بلکه اولاد هر کس قائم مقام پدر یا مادر خود میباشند، باین معنی نصیبی که بعموی متوفی میرسیده باولاد او داده میشود و نصیبی که بخالهٔ متوفی میرسیده باولاد او تعلّق دارد. قاعده اقربیت و تقدم درجه نزدیکتر بمتوفی نسبت بدرجه دورتر، طبق صریح مادهٔ «۹۳۶» ق. م مواجه با استثناء شده است و آن در صورتیست که وراث متوفی منحصر بیک پسر عموی أبوینی و یک عموی أبی تنها باشد که در این صورت پسر عموی أبوینی در ارث مقدم است و عموی أبی را از آن محروم مینماید، اگر چه از حیث درجه مؤخر است. مادهٔ «۹۳۶» ق. م: «با وجود اعمام یا اخوال اولاد آنها ارث نمیبرند، مگر در صورت انحصار و ارث بیک پسر عموی أبوینی با یک عموی أبی تنها که فقط در این صورت پسر عمو، عمو را از ارث محروم میکند، لیکن اگر با پسر عموی أبوینی خال یا خاله باشد یا اعمام متعدد باشند و لو أبی تنها، پسر عمو ارث نمیبرد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۳

باب سوم زوجین با ورثهٔ طبقهٔ سوم

بدستور قسمت اول مادهٔ «۹۳۸» ق. م «در تمام مواد مزبوره در این مبحث هر یک از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه میبرد و این فرض عبارت است از نصف أصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه ...». چنانکه در مبحث اول و دوم گذشت، زوج و زوجه از صاحبان فرض شناخته شده و از اصل ترکه سهم خود را میبرند و آن در صورتی که با ورثهٔ طبقهٔ سوم قرار گیرد ربع برای زوجه و نصف برای زوج است. همچنین بدستور ذیل مادهٔ «۹۳۸» ق. م: «... متقرب بمادر هم نصیب خود را از اصل ترکه میبرد باقی ترکه مال متقرب بپدر است و اگر نقصی هم باشد بر متقربین بپدر وارد میشود». قانون مدنی خویشاوندان مادری را مانند صاحبان فرض شناخته و مقرر داشته است که قبلًا در ردیف زوج یا زوجه نصیب خود را ببرند و سپس آنچه میماند بخویشاوندان پدری داده شود. بنابراین در صورت اجتماع صاحبان فرض و چند متقرب بمادر و متقربین بپدر، صاحبان فرض و متقربین بمادر سهم خود را میبرند و هر چه بماند بمتقربین بپدر میدهند، اگر چه از سهم معینهٔ آنها هم کمتر باشد. مثلًا در صورتی که وارث متوفی منحصر باشد بچند عمو و عمّه و چند دائی و خاله و زوج، سهم الارث دائی و خاله ۳/ ۱ ترکه و سهم الارث زوج ۲/ ۱ از ترکه که مجموع میشود ۳/ ۱+ ۲/ ۱ ۶/ ۵ و بقیه ترکه ۶/ ۱ است بچند عمو و عمه که خویشاوندان پدری میباشند داده میشود. یعنی نقص بر

خویشاوندان پدری وارد آمده است، زیرا چنانچه میّت زوج نداشت خویشاوندان پدری دو ثلث بقیّه ترکه را میبردند و چون زوج شریک ورثه دیگر متوفی در ترکه شده، سهم خویشاوندان پدری تقلیل یافته و از دو ثلث بیک سدس رسیده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۴

مبحث چهارم در سهم الارث خنثی

اشاره

قانون مدنی در مبحث سوم پس از بیان سهم الارث وراث طبقهٔ سوم (در مواد ۹۲۸- ۹۳۸)، در مادهٔ «۹۳۹» حکم سهم الارث خنثی را بیان مینماید. مادهٔ «۹۳۹» ق. م: «در تمام موارد مذکوره در این مبحث و دو مبحث قبل اگر وارث خنثی بوده و از جملهٔ وراثی باشد که ذکور آنها دو برابر اناث میبرند سهم الارث او بطریق ذیل معین میشود:

اگر علائم رجولیّت غالب باشد، سهم الارث یک پسر از طبقهٔ خود و اگر علائم اناثیت غلبه داشته باشد سهم الارث یک دختر از طبقهٔ خود را میبرد و اگر هیچیک از علائم غالب نباشد نصف مجموع سهم الارث یک پسر و یک دختر از طبقهٔ خود را خواهد برد». منظور مادهٔ بالا- از عبارت (این مبحث و دو مبحث قبل) مبحث اول و دوم و سوم از قانون مدنی است که سهم الارث وراث طبقات سه‌گانه را بیان مینماید.

خنثی کسی است که دارای آلت زن و مرد باشد.

خنثی بر دو قسم است:

اول- خنثی ظاهر

و آن کسیست که علائم رجولیّت او بر علائم انوثیّت او غلبه دارد، و یا بالعکس علائم انوثیت او بر علائم رجولیّت او غلبه دارد، در این صورت خنثی از هر یک از دو جنس که شناخته شود سهم الارث آن جنس از طبقه خود باو داده میشود.

دوم- خنثی مشکل

و آن کسی میباشد که دارای علائم مرد و زن است و هیچیک از آن دو علامت بر دیگری غلبه ندارد، در این صورت نمیتوان او را در ردیف هیچیک از دو جنس بشمار آورد، همچنانی که نمیتوان او را جنس سومی در ردیف جنس ذکور و اناث دانست، لذا سهم الارث او نیمی از

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۵

سهم الارث مرد و نیمی از سهم الارث زن خواهد بود.

علائم مرد و زن بودن را فقهای امامیّه مختلف بیان نموده‌اند. از نظر رسیدگی قضائی در مرحله دادرسی تشخیص مرد بودن یا زن بودن خنثی بعهدهٔ کارشناسان فنی که پزشکان باشند واگذارده میشود.

چنانکه مادهٔ «۹۳۹» ق. م متذکّر است تشخیص وضعیت خنثی از حیث مرد یا زن بودن او برای ارث، در موردی است که نصیب ذکور دو برابر اناث است، چنانکه در اولاد و اولاد اولاد، اجداد أبی، برادر و خواهر أبوینی یا أبی، اعمام أبوینی یا أبی است، و الا چنانکه خنثی از دسته وراثی باشد که ارث ذکور مساوی با ارث اناث است تشخیص حقیقت خنثی که از کدام جنس است مؤثر در نصیب او نمیباشد، چنانکه در برادر و خواهر امی، اجداد امی و اخوال میباشد.

بنابر آنچه گذشت در صورتی که کسی بمیرد و دارای یک پسر و یک دختر و یک خنثی مشکل باشد، سهم پسر ۲ و سهم دختر ۱ و سهم خنثی ۲/ ۱، ۱ در نظر گرفته میشود، لذا ترکه به ۹ تقسیم و نصیب هر یک معیّن میگردد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۶

مبحث پنجم

باب اول در توارث زوجین

اشاره

چنانکه مواد «۹۱۳» و «۹۲۷» و «۹۳۸» و «۹۴۰» و «۹۴۹» قانون مدنی میگوید هر یک از زوجین که بمیرد دیگری از او ارث میبرد.
شرائط توارث زوجین عبارت است از:

۱- نکاح بین زوجین دائم باشد

اشاره

مادهٔ «۹۴۰» ق. م میگوید: «زوجین که زوجیّت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث میبرند».
مادهٔ مزبور شرط توارث زوجین را نکاح دائم قرار داده است. بنابراین چنانکه نکاح متعه باشد، هیچ‌یک از زوج و زوجه از یکدیگر ارث نمیبرند. قانون مدنی در این امر پیروی از عقیده دسته‌ای از فقهای امامیّه نموده است که شرط توارث زوجین را نکاح دائم میدانند.
راجع بتوارث زوجین در نکاح منقطع فقهای امامیه دارای چهار قول میباشند:

اول- زوجین در عقد انقطاع

مانند عقد دائم از یکدیگر ارث میبرند.

دوم- عقد انقطاع هرگاه بطور مطلق منعقد گردد زوجین از یکدیگر ارث نمیبرند،

ولی چنانچه ضمن عقد انقطاع شرط توارث زوجین از یکدیگر بشود، شرط لازم‌الاتباع است و هر یک از زوجین از دیگری ارث میبرد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۷

سوم- عقد انقطاع هرگاه بطور مطلق منعقد شود زوجین از یکدیگر ارث میبرند،

ولی چنانچه در ضمن آن عدم توارث شرط گردد آنان از یکدیگر ارث نخواهند برد.

چهارم- زوجین در نکاح منقطع از یکدیگر ارث نمیبرند، خواه شرط توارث بشود یا نشود،

اشاره

زیرا دلیلی بر توارث در نکاح منقطع موجود نیست و شرط توارث هم بر خلاف کتاب و سنت است، علاوه بر آنکه اخبار هم بر عدم توارث تصریح مینماید. قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیّه میباشد.

از نظر قانون مدنی چنانکه از مادهٔ «۹۴۰» مذکور در بالا فهمیده میشود، توارث زوجین از یکدیگر منحصر در نکاح دائم است، زیرا مادهٔ مزبور در مقام بیان حکم توارث زوجین است و راجع بتوارث متعه بیانی ننموده و سکوت در مقام بیان، دلیل بر عدم توارث زوجین در نکاح متعه میباشد. بنظر میرسد که بوسیلهٔ درج شرط توارث زوجین در ضمن عقد متعه نیز نمیتوان آنان را وارث یکدیگر قرار داد، زیرا حکم توارث از نظر حفظ نظم اجتماعی برقرار شده است و از قوانین آمره بشمار میرود، بدین جهت طبق مادهٔ «۸۳۷» ق. م موصی نمیتواند بعضی از ورثه را از ارث محروم نماید و طبق مادهٔ «۸۴۳» ق. م وصیّت بزیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر با اجازه وراث، بنابراین شرط توارث زوجین در عقد انقطاع، سهیم نمودن غیر وارث در ترکه و تجاوز بسهم الارث ورثهٔ قانونی میباشد، لذا از افراد شرط نامشروع شناخته میشود و طبق مادهٔ «۲۳۲» ق. م شرط مزبور باطل است. علاوه بر آنکه هرگاه شرط توارث زوجین در عقد انقطاع صحیح باشد، میتوان بوسیلهٔ شرط توارث در ضمن عقود لازمه، اشخاصی را که هیچگونه خویشاوندی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۸

با یکدیگر ندارند وارث قرار داد و حال آنکه هیچیک از فقهاء با این امر موافقت ندارد. مفاد مادهٔ «۱۰۷۷» ق. م که میگوید: «در نکاح منقطع احکام راجع بوراثت زن و مهر او همان است که در باب ارث و در فصل آتی مقرّر شده است». نمیتواند دلیل توارث زوجین در نکاح منقطع و یا دلیل بر صحت شرط توارث آنان قرار گیرد، زیرا در باب ارث راجع بتوارث زوجین در نکاح منقطع بیانی نشده است.

بعضی تصور نموده‌اند که میتوان شرط توارث در نکاح منقطع را در حکم وصیّت دانست و هر یک از زوجین که قبل از دیگری بمیرد آنکه در قید حیات است موصی له محسوب شود. بنظر میرسد که این امر دور از روش قضائی است، زیرا در شرط توارث مزبور هیچیک از طرفین قصد وصیّت که عقد مخصوصی است نداشته است و عقد بدون قصد واقع نمیشود، مگر قرائنی در مورد مخصوص موجود باشد که قصد بوصیّت را برساند.

استثناء-

بدستور مادهٔ «۹۴۵» ق. م: «اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد زن از او ارث نمیبرد ...» طبق قاعده چنانچه یکی از زوجین در مدت نکاح فوت نماید دیگری از او ارث میبرد، خواه دخول بعمل آمده باشد و یا آنکه قبل از دخول بمیرد، ولی استثناءً قانون مدنی بمتابعت مشهور از فقهای امامیّه، مقرّر داشته که هرگاه زوج در مدت بیماری زنی را نکاح کند و در اثر آن بیماری قبل از دخول فوت نماید زن از او ارث نمیبرد. استثناء مزبور در حقوق امامیه باستناد روایت است. بعضی از فقهای امامیّه بر آنند که در مورد مزبور در اثر فوت زوج بیمار، نکاح باطل میگردد و بدین جهت زن مستحق مهر نمیباشد و ارث نیز نمیبرد. اظهار اینان مطابق با اصول حقوقی بنظر نمیرسد، زیرا چنانچه نکاح مزبور باطل

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۲۹۹

باشد، چه موجب میگردد که هرگاه مرد با زن نزدیکی کند زن ارث ببرد، همچنانی که در ذیل مادهٔ بالا بپیروی از فقهاء تصریح شده:

«... لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد زن از او ارث میبرد». بنابراین چنانکه از مادهٔ «۹۴۵» ق. م فهمیده میشود، نکاح مریض در بیماری که در اثر آن فوت کند صحیح منعقد شده است، ولی استثناءً در مورد مزبور وراثت زن، مشروط است بآنکه شوهر با او نزدیکی کرده باشد، و یا از بیماری که در آن نکاح کرده شفا یابد.

منظور ماده از کلمهٔ (در همان مرض بمیرد) آنست که فوت شوهر بسبب همان بیماری باشد که در آن نکاح نموده است و الا چنانچه بیماری دیگری ضمیمهٔ آن بیماری گردد و در اثر بیماری اخیر شوهر فوت کند زن از او ارث میبرد. مثلًا کسی که مبتلا

بحصبه میباشد و در آن حال با زنی نکاح دائم نماید و در اثر عدم پرستاری ذات الریه نموده و از آن مرض بمیرد، نمیتوان زن مزبور را از ارث شوهر خود محروم داشت.

در صورتی که مردی زنی را در حال مرض بنکاح دائم در آورد و زن مزبور قبل از دخول بمیرد شوهر از او ارث خواهد برد، زیرا با صراحت مادهٔ «۹۴۰» ق. م بتوارث زوجین از یکدیگر و عدم استثناء مورد مزبور، ارث بردن شوهر از زن مسلّم میباشد. همچنین هرگاه زن در حال مرض شوهر کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد، شوهر از او ارث میبرد، زیرا چنانکه گذشت با صراحت مادهٔ «۹۴۰» ق. م بتوارث زوجین از یکدیگر و استثنائی بودن حکم مادهٔ «۹۴۵» ق. م نمیتوان آن دو را قیاس بیکدیگر نمود.

۲- فوت در مدت زوجیت واقع شود

اشاره

بدستور مادهٔ «۸۶۴» ق. م: «از جمله اشخاصی که بموجب سبب ارث میبرند هر یک از زوجین است که

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۰

در حین فوت دیگری زنده باشد». چنانکه ماده تصریح مینماید، باید فوت در زمان زوجیّت واقع شود تا هر یک از زوجین از دیگری ارث ببرد. بنابراین چنانچه یکی از زوجین پس از تحقق طلاق فوت کند، دیگری از او ارث نمیبرد. نظر باطلاق ماده در این امر فرقی نمینماید که طلاق قبل از نزدیکی باشد و یا بعد از آن. قاعدهٔ بالا بدو استثناء برخورد کرده است:

الف- فوت در مدت عدهٔ رجعی

بدستور مادهٔ «۹۴۳» ق. م: «اگر شوهر زن خود را بطلاق رجعی مطلقه کند، هر یک از آنها که قبل از انقضاء عده بمیرد دیگری از او ارث میبرد، لیکن اگر فوت یکی از آنها بعد از انقضاء عده بوده و یا طلاق بائن باشد از یکدیگر ارث نمیبرند». علت این امر آنست که رابطه زوجیت بوسیله طلاق رجعی قطع نمیشود بنابر صریح شق ۲ مادهٔ «۸» ق. ا. حسبی (زوجه که در عدهٔ طلاق رجعی است در حکم زوجه است)، بدین جهت در طلاق رجعی زوج میتواند بدستور مادهٔ «۱۱۴۸» ق. م در مدت عده رجوع کند و وضعیّت قبل از طلاق را اعاده دهد. بعبارت دیگر: انحلال قطعی نکاح بوسیلهٔ طلاق رجعی متوقف بانقضاء عده و عدم رجوع از طرف زوج میباشد، لذا بسیاری از آثار زوجیت را در مدت عده نیز دارا میباشد از قبیل استحقاق نفقه در مدت عدهٔ مذکور در مادهٔ «۱۱۰۹» ق. م. عدهٔ از فقهاء امامیّه بر آنند که مطلقه رجعیه زوجه است.

بنابر آنچه گذشت هرگاه پس از انقضاء مدت عده رجعیه یکی از زوجین بمیرد دیگری از او ارث نمیبرد و همچنین است هرگاه فوت یکی از زوجین در مدت عده طلاق بائن باشد مانند طلاق غیر مدخوله و یائسه، زیرا با دادن طلاق رابطهٔ زوجیّت قطع میشود و چنانچه بخواهند زوجیّت را ادامه دهند باید آن را بوسیلهٔ عقد جدید ایجاد نمایند. (این امر در صورتی است که مانعی برای ایجاد آن نباشد چنانکه در طلاق سوم و طلاق عدی است). همچنین است در طلاق خلع و مبارات که بدستور مادهٔ «۱۱۴۵»

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۱

ق. م مادام زن رجوع بعوض نکرده از اقسام طلاق بائن میباشد. بنابراین پس از رجوع زن بعوض رجعی خواهد بود و آثار آن را خواهد داشت.

ب- طلاق در مدت مرض موت

اشاره

بدستور مادهٔ «۹۴۴» ق. م: «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و در ظرف یک سال از تاریخ طلاق بهمان مرض بمیرد، زوجه از او ارث میبرد اگر چه طلاق بائن باشد، مشروط بر اینکه زن شوهر نکرده باشد». فلسفهٔ حکم مزبور آنست که شوهر در نزدیکی مرگ، گاه زن خود را طلاق میدهد تا او را از ارث محروم نماید و ترکه بورثه دیگر برسد و چون این امر اجحاف بر زن میباشد، لذا قانون از حیلهٔ زوج جلوگیری کرده و بزن مطلّقه در صورتی که شرائط زیر موجود باشد حق بردن ارث داده است:

یک- در صورتی که شوهر از بیماری که زن خود را در آن طلاق داده بمیرد

و الا چنانچه از آن بیماری بهبودی یابد و مجدداً بیمار گردد و بمیرد، خواه از نوع بیماری اول باشد یا بیماری دیگری، زن مطلّقه از او ارث نخواهد برد.

دو- در صورتی که شوهر در یک سال از تاریخ وقوع طلاق بمیرد زن از او ارث میبرد

و الا هرگاه پس از یک سال شوهر بمیرد زن از او ارث نخواهد برد. بالعکس چنانچه زن در مدت یک سال از تاریخ طلاق بمیرد، شوهر از او ارث نمیبرد مگر در مدت عده رجعی، زیرا شوهر اقدام بضرر خود نموده که زن را طلاق داده است و طبق قاعدهٔ حق توارث زوجین بوسیله انحلال قطعی نکاح زائل میگردد وارث بردن زن مطلقه در مورد بالا حکم استثنائی میباشد.

سه- در صورتی که زن مطلقه پس از انقضاء عده، شوهر دیگری اختیار نکرده باشد

و الا چنانچه زن، شوهر دیگری اختیار کرده باشد، شوهر اول اگر چه در ظرف مدت یک سال از تاریخ وقوع طلاق از همان بیماری بمیرد، زن مزبور از او ارث نخواهد برد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۲

باب دوم در سهم الارث زوجین

اشاره

سهم الارث زوجین از یکدیگر متفاوت میباشد و با شرائط متساوی نصیب زوج از ترکهٔ زوجه دو برابر نصیب زوجه از ترکهٔ زوج است. مبنای اختلاف مزبور برتری مرد بر زن میباشد که در بسیاری از موارد ارث رعایت شده است. بدستور مادهٔ «۹۴۱» ق. م: «سهم الارث زوج و زوجه از ترکهٔ یکدیگر بطوری است که در مواد «۹۱۳» و «۹۲۷» و «۹۳۸» ذکر شده است». سهم الارث هر یک از زوجین چنانکه مواد بالا متذکر است بشرح زیر میباشد:

اول- سهم الارث زوجین با بودن اقربای نسبی برای متوفی

1- سهم الارث زوج

در صورتی که زوجه بمیرد و اولاد یا اولاد اولاد داشته باشد، زوج ربع از ترکهٔ او را خواهد برد (خواه اولاد زوجه از زوج مزبور باشد یا از مرد دیگری) چنانچه زوجه اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد، زوج نصف از ترکه را خواهد برد.

2- سهم الارث زوجه

در صورتی که زوج بمیرد و اولاد یا اولاد اولاد داشته باشد، زوجهٔ ثمن از ترکهٔ او را خواهد برد (خواه اولاد زوج از زوجه مزبور باشد یا از زن دیگری) چنانچه زوج اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد، زوجه ربع از ترکه را میبرد.

زوجین با هر یک از طبقات سه‌گانه که موجود باشند در ترکه شریک خواهند بود و بدستور مواد زیر سهم الارث خود را از أصل ترکه میبرند. در مبحث سهم الارث ورثهٔ طبقهٔ اولی، مادهٔ «۹۱۳» ق. م

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۳

میگوید: «در تمام صور مذکوره در این مبحث هر یک از زوجین که زنده باشد فرض خود را میبرد و این فرض عبارت است از نصف ترکه برای زوج، و ربع آن برای زوجه در صورتی که میّت اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد، و از ربع ترکه برای زوج و ثمن آن برای زوجه در صورتی که میّت اولاد یا اولاد اولاد داشته باشد، و ما بقی ترکه بر طبق مقرّرات مواد قبل ما بین سایر وراث تقسیم میشود». در مبحث سهم الارث ورثهٔ طبقهٔ دوم، مادهٔ «۹۲۷» ق. م در بند اول میگوید: «در تمام موارد مذبوره در این مبحث هر یک از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه میبرد و این فرض عبارت است از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه ...».

در مبحث سهم الارث ورثهٔ طبقهٔ سوم مادهٔ «۹۳۸» ق. م میگوید:

«در تمام موارد مزبوره در این مبحث هر یک از زوجین که باشد فرض خود را از اصل ترکه میبرد و این فرض عبارت است از نصف اصل ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه ...».

منظور از اولاد داشتن متوفی، در موارد بالا اولادی است که از نکاح یا از شبهه متولد شده باشد و الا چنانچه از زنا متولد شده باشد مانند آنست که متوفی اولاد ندارد، زیرا تقلیل یافتن نصیب هر یک از زوجین در صورت بودن اولاد از نظر وراثت او از متوفی است و هرگاه متولّد از زنا باشد ارث نمیبرد و از این حیث مانند غیر موجود میباشد.

دوم– سهم الارث زوجین در صورت نبودن اقربای نسبی برای متوفی

اشاره

در صورتی که یکی از زوجین بمیرد و وارث نسبی نداشته باشد، بازماندهٔ دیگر بطریق ذیل ارث خواهد برد:

1- سهم الارث زوج-

هرگاه زوجه بمیرد و اقربای نسبی از خود باقی نگذارد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۴

تمامی ترکه بزوج میرسد. باصطلاح حقوقی گفته میشود که زوج نصف ترکه را بفرض و نصف دیگر را برد میبرد.

2- سهم الارث زوجه

اشاره

در صورتی که زوج بمیرد و اقربای نسبی از خود باقی نگذارد، زوجه فقط ربع از ترکه را که نصیب معینهٔ او است بفرض میبرد، و بقیه مانند ترکهٔ بلا وارث بخزینه دولت داده میشود. مادهٔ «۹۴۹» ق: م میگوید: «در صورت نبودن هیچ وارث دیگر بغیر از زوج یا زوجه شوهر تمام ترکهٔ زن متوفات خود را میبرد، لیکن زن فقط نصیب خود را، و بقیّهٔ ترکهٔ شوهر در حکم مال اشخاص بلا وارث و تابع مادهٔ «۸۶۶» خواهد بود. مادهٔ «۸۶۶» ق. م میگوید: «در صورت نبودن وارث امر ترکهٔ متوفی راجع بحاکم است». مادهٔ مزبور امر

ترکه را راجع بحاکم دانسته ولی بیان نکرده است که حاکم آن را بچه مصرفی میرساند. قانون امور حسبی در مادهٔ «۳۳۵» مذکور در فصل هشتم در ترکه متوفای بلاوارث مقرّر میدارد که ترکه بخزانهٔ دولت داده میشود، در این صورت جزء عایدات عمومی خواهد بود. مادهٔ «۳۳۵» ق. امور حسبی: «اگر از تاریخ تحریر ترکه تا ده سال، وارث متوفی معلوم شود ترکه باو داده میشود و پس از گذشتن مدت نامبرده باقیماندهٔ ترکه بخزانهٔ دولت تسلیم میشود و ادعاء حقی نسبت بترکه از کسی بهر عنوان که باشد پذیرفته نیست».

بعضی از فقهاء امامیه بر آنند که چنانچه زوج بمیرد و وارثی از خود باقی نگذارد مگر زوجه تمامی ترکه باو داده میشود یک ربع بعنوان فرض و سه ربع دیگر بعنوان رد.

تبصره- سهم الارث زوجات متعدد

بدستور مادهٔ «۹۴۲» ق. م: «در صورت تعدد زوجات، ربع یا ثمن ترکه که تعلّق بزوجه دارد، بین همهٔ آنان بالسویه تقسیم میشود». مثلا

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۵

هرگاه شوهری بمیرد و در زمان فوت چهار زن دائم داشته باشد، ربع ترکه در صورتی که متوفی اولاد نداشته باشد و ثمن از آن هرگاه اولاد داشته باشد، بین آنها بطور متساوی تقسیم میگردد.

گاه ممکن است بیش از چهار زن در ربع یا ثمن مزبور شریک شوند و آن در موردی پیش می‌آید که مرد چهار زن دائم داشته است و یک یا چند نفر آنها را در بیماری که از آن میمیرد طلاق دهد، و بجای آنها زن دیگر بگیرد و نزدیکی کند. مثلا هرگاه کسی چهار زن داشته باشد و در بیماری که از آن میمیرد یکی را طلاق دهد و دیگری را بنکاح درآورد و با او نزدیکی نماید و شوهر در مدت یک سال از تاریخ طلاق بمیرد، پنج زن از او ارث میبرند و آنها عبارتند از سه زن که در نکاح او بوده‌اند، یکی که طلاق داده شده و طبق مادهٔ «۹۴۴» ق. م تا یک سال از شوهر خود ارث میبرد، و زنی که بنکاح مجدد در آمده است، و طبق مادهٔ «۹۴۵» ق. م ارث خواهد برد.

مادهٔ «۹۴۵» ق. م: «اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد زن از او ارث نمیبرد، لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث میبرد». بنابراین زنهای متوفی و زنهائی که او در حال بیماری طبق ماده بالا طلاق میدهد و همچنین زنهائی که در مدت بیماری بنکاح در می‌آورد و با آنها دخول میکند، هر چند نفر که باشند در سهم الارث (ربع یا ثمن) شریک میشوند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۶

باب سوم در اموالی که زوجین از آن ارث میبرند

اشاره

مادهٔ «۹۴۶» ق. م: «زوج از تمام أموال زوجه ارث میبرد، لیکن زوجه از اموال ذیل:

۱- از أموال منقوله از هر قبیل که باشد.

۲- از ابنیه و اشجار».

مادهٔ بالا أموالی را که هر یک از زوجین از آن ارث میبرد بیان مینماید، که در زیر شرح داده میشود:

الف– اموالی که زوج از آن ارث میبرد–

در صورتی که زوجه بمیرد، زوج از تمامی أموال زوجه خواه منقول باشد یا غیر منقول بمقدار سهم الارث معینه (ربع یا نصف) از ترکه میبرد.

ب– اموالی که زوجه از آن ارث میبرد–

اشاره

قانون مدنی علاوه بر آنکه نصیب زوجه را نصف نصیب زوج قرار داده است، او را از بعض أموال ترکه که از مفهوم مادهٔ «۹۴۶» ق. م استنباط میشود، محروم نموده و آن عبارت است از: زمین خواه زیر ساختمان باشد یا نباشد و از عین ابنیه و اشجار.
بنابراین طبق مادهٔ بالا زوجه از أموال ذیل ارث میبرد:

1- اموال منقوله از هر قبیل که باشد-

اموال منقول عبارت است از اموالی که ذاتاً منقولند، یعنی نقل آن از محلی بمحل دیگر ممکن باشد بدون آنکه بخود، یا محل آن خرابی وارد آید، مانند فرش، مبل، پرده و امثال آن که شرح آن در مجلّد اول این کتاب بیان گردید. همچنین است اموالی که در حکم منقول میباشد، مانند طلب (بهر سببی که حاصل
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۷
شده باشد مانند مال الاجاره، ثمن در بیع مال اگر چه غیر منقول باشد) حق خیار، حق شفعه، حق وثیقه بر اموال منقول، حق اختراع و کشف، حق تألیف و ترجمه، حق شرکاء در شرکتهای تجاری و امثال آن. بنظر میرسد دینی که موضوع آن غیر منقول باشد، مانند آنکه کسی تعهد نموده که هزار متر مربع از زمینهای مزروعی واقع در ناحیهٔ معین را بمورث منتقل کند. تعهد مزبور منقول شناخته میشود. و پس از انجام تعهد زن از عین اموال غیر منقول سهم خود را میبرد.

2- ابنیه و اشجار-

اشاره

منظور از ابنیه آن چیزی است که بوسیلهٔ عمل انسان بر روی زمین با چوب، آهن، سنگ، آجر، آهک، خاک، سیمان و امثال آن ساخته شده است. همچنین است کارخانه‌ها و تأسیسات دیگر. آنچه در زمین مانند لوله‌های آب و برق و تلفن و امثال آن بکار رفته و یا آنکه در زمین مانند آب انبار حوض و زیر زمین حفر شده اگر چه هیچ‌گونه مصالح ساختمانی در آن بکار نرود، در حکم ابنیه محسوب میگردد مانند قنوات یا چاه آب یا زیر زمینهائی که در بعض شهرها در طبقهٔ دوم یا سوم در سنگ حفر مینمایند و یا زاغه‌هائی که برای گوسفندان در کوه یا در زیر زمین میکنند.
منظور از اشجار درخت و أصله‌هائیست که در روی زمین میباشد، خواه طبعاً روئیده شده و یا بوسیلهٔ عمل انسانی کاشته شده باشد، بنظر میرسد که کشت و زراعت و بوته‌هائی که در زمین میروید مانند بادمجان، پنبه و امثال آن در حکم اشجار است، اگر چه کلمهٔ اشجار شامل آن نمیشود، زیرا میتوان از نظر وحدت ملاک شق ۲ مادهٔ «۹۴۶» ق. م آن را استنباط نمود.
چنانکه از بیان مادهٔ «۹۴۶» ق. م معلوم است به پیروی از نظر حقوقیین امامیّه که قانون مدنی از آن پیروی نموده است، زن از زمین
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۸
ارث نمیبرد اگر چه زیر اشجار و بنا باشد. همچنین زن از حق انتفاع از غیر منقول و از منفعت آن، ارث نمیبرد، زیرا آنها از اموال

منقول نمیباشند که زن از عین آنها ارث ببرد و از ابنیه و اشجار بشمار نمیآید که از قیمت آنها ارث ببرد.
نظر مشهور فقهاء امامیّه بر آن است که زن از زمین ارث نمیبرد و از قیمت ابنیه و اشجار و از عین بقیّهٔ ترکه ارث میبرد. چند قول دیگر راجع بارث زن نیز در حقوق امامیّه موجود است که ذیلًا بیان میگردد:
۱- ارث بردن زوجه از تمام ماترک زوج خود، قول مزبور نادر است.
۲- فرق بین زوجه ذات ولد و غیر ذات ولد، بدین نحو که اولی از تمامی ترکهٔ زوج ارث میبرد و دومی از غیر زمین.
۳- زوجه فقط از خانه و مسکن ارث نمیبرد، و از بقیّهٔ ترکه نصیب خود را خواهد برد.
۴- سید مرتضی بر آنست که زوجه از عین زمین ارث نمیبرد بلکه زمین تقویم شده و از قیمت آن بزوجه داده میشود.
فلسفهٔ محرومیّت زوجه از ارث بردن زمین و شریک قرار ندادن او با ورثهٔ دیگر آن است که زن پس از فوت شوهر خود، ممکن است بدیگری شوهر کند و مرد اجنبی را در زندگانی خانوادهٔ شوهر سابق مداخله دهد و این امر ایجاد اختلافاتی بین خانوادهٔ شوهر سابق و شوهر جدید بنماید که با افراز یا فروش غیر منقول هم دشمنی از آن رفع نگردد، بدین جهت قانون قبل از ایجاد اختلاف، حقوق آنان را از یکدیگر تفکیک نموده است. حدس زده میشود که این امر منشأ تاریخی عمیقی داشته باشد و آن اینست: در دوران گذشته که هنوز مرکزیت خانواده متزلزل نشده بود، زن پس از فوت شوهر از خانواده
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۰۹
خارج میشده و بخانواده أصلی خود عودت می‌یافته و از افراد آن بشمار میرفته است. از طرف دیگر اموال غیر منقول مخصوصاً اراضی مانند افراد، بقاء خانواده را تضمین مینموده و متعلّق برئیس یا خانواده میبوده، بدین جهت نصیبی از آن بزن داده نمیشده است. این امر را روایاتی که بین ارث زوجه ذات ولد و زوجه غیر ذات ولد فرق میگذارد و نصیب ذات ولد را از تمامی ترکه و غیر ذات ولد را از غیر اراضی قرار میدهد تأیید مینماید، زیرا ادواری چند موقعیت زن ذات ولد باعتبار آنکه فرزندش از افراد خانواده است جزء خانوادهٔ شوهر محسوب میگشته و نمیتوانسته از خانواده خارج گردد.

زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث میبرد-

اشاره

چنانکه در بالا تذکر داده شد زن از عین أموال منقوله سهم خود را میبرد، ولی برای آنکه روابط و تماس او برای همیشه از خانوادهٔ شوهر سابقش قطع گردد، مادهٔ «۹۴۷» ق. م مقرر داشته که: «زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث میبرد، نه از عین آنها و طریقهٔ تقویم آنست که ابنیه و اشجار با فرض استحقاق بقاء در زمین بدون اجرت تقویم میگردد». مادهٔ مزبور دارای دو قسمت است:

۱- زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث میبرد

قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیّه میباشد. بنابراین قول، زوجه نسبت بعین ابنیه و اشجار حقّی ندارد و بفوت زوج بمقدار قیمت سهم الارث خود (ربع یا ثمن) از ابنیه و اشجار از ورثه طلبکار میگردد و عین سهم الارث زوجه از (ثمن یا ربع) ابنیه و اشجار مورد وثیقه طلب او است، بدین جهت هرگاه ورثهٔ متوفی قیمت آنها را بزوجه ندهند او میتواند ورثه را اجبار بفروش مورد وثیقه خود از ابنیه و اشجار بنماید و از ثمن آن، طلب خود را استیفاء کند. بنظر میرسد که زوجه مانند طلبکاران عادی و اختصاصی ورثه
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۰
نمیتواند از اموال شخصی آنها یا از فروش قسمتهای دیگر ترکه استیفاء حق خود را بنماید. در صورتی که ثمن فروش کفایت طلب

زوجه را از این بابت ننمایـد بقیهٔ آن بعهدهٔ ورثه است که میپردازند. اینست که مادهٔ «۹۴۸» ق. م. میگوید: «هرگاه در مورد مادهٔ قبل ورثه از اداء قیمت ابنیه و اشجار امتناع کند، زن میتواند حق خود را از عین آنها استیفاء نماید». منظور ماده از عبارت (زن میتواند حق خود را از عین آنها استیفاء نمایـد) آنست که زن بتوانـد ورثه را اجبار بفروش عین نصیب خود بنماید نه آنکه او بتواند عین نصیب خود را در مقابـل آنچه از این بـابت طلبکـار است تملـک نمایـد. بنـابر قول بالا وارث نمیتوانـد زوجه را مجبور نمایـد که عین سـهم الارث خود را از ابنیه و اشجار ببرد، همچنـانکه زوجه نمیتوانـد عین آنهـا را مطـالبه کنـد. بعضـی از فقهـاء بر آننـد که زوجه مـانند طلبکاران عادی و اختصاصی ورثه خواهد بود.

یعنی دیـن در ذمـهٔ ورثه است و عین ربع یـا ثمن اشـجار و ابنیه وثیقه دین نمیباشـد، بنـابراین طلب زن از ورثه ماننـد طلبهـای عـادی استیفاء میشود. بعضـی دیگر از فقهای امامیّه بر آنند که زوجه نصـیب خود را از عین اشـجار و ابنیه میبرد و برای سهولت امر وراثت، مقرر گردیـده که ورثه قیمت آن را بزوجه بپردازنـد، بنابراین هرگاه ورثه عین سـهم الارث را بزوجه تسـلیم نمایند زوجه نمیتواند از قبول آن امتناع کند و چنانچه قبل از تأدیهٔ قیمت بزوجه، بدون موافقت او ابنیه و اشجار فروش رود، معامله نسبت بسـهم زوجه مانند فضولی است و تنفیذ آن احتیاج باجازهٔ زوجه دارد.

۲- طریقهٔ تقویم ابنیه و اشجار

در این مسأله دو امر باید مورد نظر قرار گیرد:

یکی آنکه چگونه ابنیه و اشجار تقویم میشود؟ دیگر آنکه قیمت چه زمانی مورد نظر قرار میگیرد؟

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۱

الف- مادهٔ «۹۴۷» ق. م تصـریح مینمایـد که: ابنیه و اشـجار با فرض اسـتحقاق بقاء در زمین بـدون اجرت، تقویم میشود، یعنی ابنیه و اشـجار بحالت موجود بطوری که بتواند در روی زمین مجاناً بماند تا منهدم شود و درخت از بین برود تقویم میگردد، و سـهم زوجه ربع و یا ثمن از آن خواهد بود.

برای تعیین قیمت مزبور نمیتوان زمین را بتنهائی بدون بنا و اشـجار تقویم نمود و سـپس زمین را با بنا و اشجار تقویم کرد، و فرق بین آن دو را قیمت بنـا و اشـجار با فرض بقاء در روی زمین دانست، زیرا ارزش زمین که بنا و اشـجار غیر در آن نباشـد، بیشتر از ارزش زمینی است که بنا و اشجار غیر مجاناً در آن باقی میماند تا از بین بروند.

ب- برای تقویم ابنیه و اشـجار، قیمت زمان فوت در نظر گرفته میشود، اگر چه در زمان تأدیهٔ آن بزوجه قیمت ابنیه و اشـجار ترقی یا تنزل کرده باشـد، زیرا در آن زمـان زوجه مسـتحق ثمنیه یـا ربعیه خـود میشـود و حـق او از عین تبـدیل بقیمت میگردد. بـدین جهت هرگاه ورثه در تأدیه قیمت بزوجه مـدتی تأخیر اندازنـد زوجه هیچگونه حقی نسـبت بمنفعت و ثمرهٔ عین ترکه برای مدت بین زمان فوت و تـأدیه قیمت سـهم الاـرث خود نـدارد، ولی بنـابر نظر دیگر که زوجه سـهم الارث خود را از عین ابنیه و اشـجار میبرد و برای تسـهیل امر وراثـت، قیمت بزوجه داده میشـود، قیمت زمـان تـأدیه بایـد در نظر گرفته شـود، زیرا در زمـان مزبـور عین تبـدیل بقیمت میگردد، بنابراین نظر منفعت و ثمرهٔ بین زمان فوت زوج و تأدیهٔ قیمت متعلّق بزوجه است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۲

مبحث ششم در ترکه متوفی بلا وارث

در صورتی که متوفی وارث نسبی و سـببی مذکور در مادهٔ «۸۶۲» و «۸۶۴» ق. م نداشـته باشد، بنابر مستنبط از ذیل مادهٔ «۳۳۵» قانون امور حسـبی، ترکـهٔ او بخزانه دولت داده میشود. مـادهٔ «۳۳۵» قـانون امور حسبی: «اگر از تاریـخ تحریر ترکه تـا ده سـال وارث متوفی

معلوم شود ترکه باو داده میشود و پس از گذشتن مدت نامبرده باقی‌ماندهٔ ترکه بخزانه دولت تسلیم میشود و ادعاء حقی نسبت بترکه از کسی بهر عنوان که باشد پذیرفته نیست» مادهٔ «۸۶۶» ق. م که میگوید: «در صورت نبودن وارث امر ترکه متوفی راجع بحاکم است» مجمل میباشد، زیرا وظیفهٔ حاکم را معین ننموده است و بوسیلهٔ مادهٔ «۳۳۵» ق. امور حسبی که مبین میباشد رفع ابهام از آن شده است و مقرّر میدارد که بخزانه دولت میدهد و بمصارف عمومی میرسد. چنانچه اشکال شود که مادهٔ «۸۶۶» ق. م با مادهٔ أخیر تضاد دارند. گفته میشود بر فرض وجود تضاد، مادهٔ «۸۶۶» ق. م که تاریخ تصویب آن مقدم بر قانون امور حسبی میباشد، بوسیلهٔ قانون امور حسبی که تاریخ تصویب آن مؤخر میباشد نسخ شده است. بنابراین ترکهٔ متوفی بلا- وارث جزء خزانه دولت شده بمصرف بودجه عمومی میرسد. پذیرفتن دعوی حق از کسی پس از ده سال با آنکه مدت مزبور مدت مرور زمان دعوی منقول میباشد و ممکن است در ترکه أموال غیر منقول نیز موجود باشد، برای کوتاه کردن مدت دعوی بطرفیت دولت میباشد و الا مدت مرور زمان دعوی نسبت بسهم الارث و وراثت، مدت مرور زمان دعاوی عادی است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۳

مبحث هفتم در قواعدی که قانون مدنی در ارث رعایت نموده است

اشاره

از نظر تحلیلی با توجه بمواد مربوطهٔ بارث، میتوان قواعد زیر را بدست آورد:

۱- اقربیت بمتوفی

اشاره

چنانکه مادهٔ «۸۸۸» ق. م تصریح مینماید توارث را بر اساس قاعدهٔ اقربیت گذارده است، یعنی خویشاوندان نزدیکتر بمتوفی ترکه را میبرند و خویشاوندان دورتر را از ارث محروم مینمایند. قاعدهٔ اقربیت که مورد نظر قانون مدنی قرار گرفته طبقه بندیست که در مادهٔ «۸۶۲» ق. م متذکر شده و میگوید: «اشخاصی که بموجب نسب ارث میبرند سه طبقه‌اند:

۱- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد.

۲- اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها.

۳- اعمام و عمات و أخوال و خالات و اولاد آنها».

ملاک قاعدهٔ اقربیت بمتوفی عطوفت و مهربانی و علاقه‌ایست که نوعاً مورد نظر متوفی میباشد.

استثناء

اشاره

چنانکه مادهٔ «۸۸۸» ق. م تصریح مینماید قاعدهٔ اقربیت در تمامی موارد توارث رعایت شده است، مگر در دو مورد که ذیلًا شرح آن بیان میگردد:

الف- وراثت بعنوان قائم مقامی-

وراثت بعنوان قائم مقامی در موردی است که کسی بجای پدر یا مادر خود وارث متوفی شود و نصیب او را ببرد.

وراثت بعنوان قائم مقامی در تمامی طبقات سه‌گانهٔ ارث موجود

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۴

است. چنانکه:

در طبقهٔ اولی اولاد اولاد در نبودن اولاد بجای او از متوفی ارث میبرد. مادهٔ «۹۱۱» ق. م میگوید: «هرگاه میّت اولاد بلاواسطه نداشته باشد اولاد اولاد او قائم مقام اولاد بوده و بدین طریق جزء وارث طبقهٔ اول محسوب و با هر یک از ابوین که زنده باشد ارث میبرد.

تقسیم ارث بین اولاد اولاد بر حسب نسل بعمل می‌آید، یعنی هر نسل حصهٔ کسی را میبرد که بتوسط او بمیّت میرسد. بنابراین اولاد پسر دو برابر اولاد دختر میبرند.

در تقسیم بین افراد یک نسل پسر دو برابر دختر میبرد». بنابراین چنانچه کسی بمیرد و دارای اولاد بلاواسطه نباشد ولی دارای سه نوهٔ پسری (یک پسر و دو دختر) و چهار نوهٔ دختری (سه دختر و یک پسر) باشد از ترکهٔ متوفی دو ثلث که سهم پسر متوفی است بنوه‌های پسری داده میشود که بین خود بنسبت پسر دو برابر دختر تقسیم مینمایند و یک ثلث که سهم دختر متوفی است بنوه‌های دختری داده میشود که آنها بتساوی بین خود تقسیم میکنند.

در طبقهٔ دوم، اولاد برادر و خواهر در نبودن آنها از متوفی ارث میبرند. مادهٔ «۹۲۵» ق. م میگوید: «در تمام صور مذکوره در مواد فوق اگر برای میّت نه برادر باشد و نه خواهر، اولاد اخوه قائم مقام آنها شده و با اجداد ارث میبرند، در این صورت تقسیم ارث نسبت باولاد اخوه بر حسب نسل بعمل می‌آید، یعنی هر نسل حصهٔ کسی را میبرد که بواسطهٔ او بمیّت میرسد. بنابراین اولاد اخوهٔ أبوینی یا أبی حصهٔ اخوهٔ أبوینی یا أبی تنها و اولاد کلالهٔ امی حصهٔ کلالهٔ امی را میبرند.

در تقسیم بین افراد یک نسل اگر اولاد اخوهٔ أبوینی یا أبی تنها باشند ذکور دو برابر اناث میبرد و اگر از کلالهٔ امی باشند بالسّویه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۵

تقسیم میکنند».

مادهٔ «۸۹۰» ق. م میگوید: «در بین وراث طبقهٔ دوم اگر برای متوفی برادر یا خواهر نباشد اولاد اخوه هر قدر که پائین بروند، قائم مقام پدر یا مادر خود بوده با هر یک از اجداد متوفی که زنده باشد ارث میبرند، لیکن در بین اجداد یا اولاد اخوه اقرب بمتوفی ابعد را از ارث محروم میکنند. مفاد این ماده در مورد وراث طبقهٔ سوم نیز مجری میباشد».

در طبقهٔ سوم اولاد اعمام و اخوال و عمّات و خالات در نبودن آنها مستحق ترکه میباشند طبق ذیل مادهٔ «۸۹۰» ق. م و مادهٔ «۹۳۷» ق. م که میگوید: «هرگاه برای میّت نه اعمام باشد و نه اخوال، اولاد آنها بجای آنها ارث میبرند و نصیب هر نسلی نصیب کسی خواهد بود که بواسطهٔ او بمیّت متصل میشود».

در وراثت بعنوان قائم مقامی چنانکه مادهٔ «۸۸۸» ق. م تصریح مینماید وارث دورتر بمتوفی با وجود وارث نزدیکتر باو، ارث میبرد، و وارث نزدیکتر وارث دورتر را از ارث محروم نمینماید چنانکه:

در طبقهٔ اولی، اولاد اولاد میّت که قائم مقام اولاد بلا فصل میّت میباشند با آنکه در درجهٔ دوم قرار گرفته‌اند در ردیف پدر و مادر از متوفی ارث میبرند و حال آنکه طبق قاعدهٔ اقربیت بمیّت، باید پدر و مادر که نزدیکتر از اولاد اولاد بمتوفی هستند آنها را از ارث محروم نمایند.

در طبقهٔ دوم، اولاد برادر و خواهر که قائم مقام برادر و خواهر متوفی میباشند و از حیث درجه دورتر از جد و جدهٔ متوفی هستند با آنان ارث میبرند، و حال آنکه طبق قاعدهٔ اقربیت باید جد و جده که نزدیکتر بمتوفی هستند، اولاد برادر و خواهر را از ارث محروم کنند. همچنین

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۶

هرگاه متوفی جد و جده نداشته باشد، پدر و مادر جدّ و جده در ردیف برادر و خواهر ارث میبرند، و حال آنکه برادر و خواهر نزدیکتر بمتوفی میباشند و طبق قاعدهٔ اقربیت بمتوفی باید برادر و خواهر، پدر و مادر جد و جده را از ارث محروم نمایند.
در طبقهٔ سوم، آنچه در طبقهٔ دوم گفته شد که اولاد در ارث قائم مقام پدر یا مادر خود هستند، بدستور ذیل مادهٔ «۸۹۰» و مادهٔ «۹۳۷» ق. م در مورد وراث طبقهٔ سوم نیز مجری میگردد، ولی آنچه در ورثهٔ طبقهٔ اولی و دوم گفته شد که وراث دورتر بعنوان قائم مقامی با وراث نزدیکتر هر دو ارث خواهند برد، در ورثهٔ طبقهٔ سوم پیش نخواهد آمد زیرا وراث طبقه سوم دو دسته نیستند و اعمام و عمات و اخوال و خالات همگی در ردیف یکدیگرند و قاعدهٔ اقربیت رعایت میشود.
در قانون مدنی فرانسه قائم مقام در ردیف درجهٔ مقدم ارث میبرد، چنانکه هرگاه متوفی دارای یک پسر و یک دختر بوده و پسر در زمان حیاتش فوت نموده و از خود یک فرزند منحصر گذارده باشد ولی دخترش در قید حیات باشد، نوهٔ پسری بعنوان قائم مقامی سهم پدر خود و دختر سهم خود را میبرد.

ب- تقدم پسر عموی ابوینی بر عموی أبی

دومین استثناء از قاعدهٔ اقربیت در توارث، مورد مادهٔ «۹۳۶» ق. م است که میگوید: «با وجود اعمام یا اخوال اولاد آنها ارث نمیبرند مگر در صورت انحصار وارث بیک پسر عموی أبوینی با یک عموی أبی تنها که فقط در این صورت پسر عمو، عمو را از ارث محروم میکند. لیکن اگر با پسر عموی أبوینی خال یا خاله باشد یا اعمام متعدد باشند و لو أبی تنها، پسر عمو ارث نمیبرد» چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید در صورتی که وارث متوفی منحصر بیک پسر عموی أبوینی با یک عموی أبی تنها باشد، پسر عموی
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۷
أبوینی وارث شناخته میشود و عموی خود را که از حیث درجه مقدم و نزدیکتر بمتوفی میباشد از ارث محروم مینماید.

۲- برتری مرد بر زن-

اشاره

قانون مدنی ایران در تقسیم سهم الارث بین خویشاوندان متوفی، برتری مرد را بر زن رعایت نموده است. چنانکه سهم پسر را دو برابر سهم دختر مقرّر کرده است. قانون مدنی در این أمر اقتصار باقربای نسبی ننموده و نسبت بزوجین که اقربای سببی میباشند نیز این امر را از نظر دور نداشته و نصیب زوج را دو برابر نصیب زوجه قرار داده است.
قانون مدنی قاعدهٔ برتری مرد بر زن را در مورد خویشاوندان أبوینی یا أبی رعایت نموده ولی در خویشاوندان امی اناث را در ردیف ذکور قرار داده است.
موارد مزبور عبارتند از:

یک- در کلالهٔ امی (برادر یا خواهر مادری)

در صورتی که کلالهٔ امی متعدد باشند ترکه را بین خود بالسویه تقسیم میکنند، مادهٔ «۹۲۱» ق. م میگوید: «اگر وراث چند برادر امی یا چند خواهر امی یا چند برادر و خواهر امی باشند، ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود» و مادهٔ «۹۲۲» ق، م: «هرگاه اخوه أبوینی و اخوه امی با هم باشند تقسیم بطریق ذیل میشود:
اگر برادر یا خواهر امی یکی باشد سدس ترکه را میبرد و بقیّه مال اخوهٔ أبوینی یا أبی است که بطریق مذکور در فوق تقسیم مینمایند.

اگر کلالهٔ امی متعدد باشد ثلث ترکه بآنها تعلّق گرفته و بین خود بالسویه تقسیم میکنند و بقیّه مال اخوهٔ أبوینی یا أبی است که مطابق مقرّرات مذکور در فوق تقسیم مینمایند».

دو- در اجداد و جدات امی-

اجداد و جدات امّی چنانچه متعدد باشند ترکه را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۸

بین خود بالسویه تقسیم میکنند. چنانکه مادهٔ «۹۲۳» ق. م میگوید:

«هرگاه ورثه اجداد یا جدات باشد، ترکه بطریق ذیل تقسیم میشود:

اگر جد یا جده تنها باشد اعم از ابی یا امی، تمام ترکه باو تعلق میگیرد.

اگر اجداد و جدات متعدد باشند در صورتی که أبی باشند ذکور دو برابر اناث میبرد، و اگر همه امی باشند بین آنها بالسویه تقسیم میگردد.

اگر جد یا جدهٔ أبی و جد یا جدهٔ امی با هم باشند ثلث ترکه بجد یا جدهٔ امی میرسد و در صورت تعدد اجداد امی، آن ثلث بین آنها بالسویه تقسیم میشود و دو ثلث دیگر بجد یا جدهٔ أبی میرسد و در صورت تعدد حصه ذکور از آن دو ثلث دو برابر حصه اناث خواهد بود».

سه- در اخوال و خالات-

اخوال و خالات چنانچه متعدد باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود. مادهٔ «۹۳۳» ق. م میگوید: «هرگاه وراث متوفی چند نفر دائی یا چند خاله، و یا چند نفر دائی و چند نفر خاله با هم باشند ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود، خواه همه أبوینی خواه همه أبی و خواه همه امّی باشند».

چهار- در اعمام و عمات امی-

در صورتی که وراث متوفی عبارت از چند عمو و عمه امّی باشند ترکه را بین خود بالسویه تقسیم مینمایند. مادهٔ «۹۳۱» ق. م میگوید: «هرگاه وارث متوفی چند نفر عمو یا چند نفر عمه باشند، ترکه بین آنها بالسویه تقسیم میشود در صورتی که همهٔ آنها أبوینی یا همه أبی یا همه امّی باشند. هرگاه عمو و عمه با هم باشند در صورتی که همه امّی باشند ترکه را بالسویه تقسیم مینمایند و در صورتی که همه أبوینی یا أبی حصه ذکور دو برابر اناث خواهد بود».

۳- برتری خویشاوندان مادری بر خویشاوندان پدری-

با آنکه قانون مدنی بپیروی از طریقهٔ پدری (پاتریارکا) خویشاوندان پدری را در امور

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۱۹

خانوادگی بر خویشاوندان مادری مقدم داشته است، چنانکه ولایت را از آن پدر و جد پدری دانسته و جد مادری را مانند مادر از آن محروم کرده است و همچنین سهم اناث را در ارث کمتر از سهم ذکور قرار داده است، در بعض موارد خویشاوندان مادری را بر خویشاوندان پدری در ارث برتری داده است، چنانکه با بودن اخوهٔ أبوینی و اخوهٔ امّی اخوهٔ أبی را از ارث محروم داشته است. مادهٔ «۹۱۸» ق. م میگوید: «اگر میّت اخوهٔ ابوینی داشته باشد اخوهٔ أبی ارث نمیبرند، در صورت نبودن اخوهٔ أبوینی اخوه أبی حصهٔ آنها

را میبرند.

اخوه أبوینی و اخوه أبی هیچ‌کدام اخوهٔ امّی را از ارث محروم نمیکنند» خصوصیّتی که در اقربای أبوینی یافت میشود و در اقربای أبی موجود نمیباشد رابطهٔ خویشاوندی مادری است، و الا چنانکه این امر نبود آن دو در ردیف یکدیگر باید ارث ببرند. مؤید این امر آنست که در صورت اجتماع کلالهٔ أبوینی و أبی و امی، کلالهٔ أبی از ارث محروم میگردد و قانون کلالهٔ أبی را زمانی سهیم در ارث میداند که کلالهٔ أبوینی موجود نباشد. مادهٔ «۹۲۶» ق. م میگوید: «در صورت اجتماع کلالهٔ أبوینی و أبی و امّی کلالهٔ أبی ارث نمیبرد» همچنین است در مورد مادهٔ «۹۳۰» ق. م. که میگوید: «اگر میّت اعمام یا اخوال أبوینی داشته باشد اعمام یا اخوال أبی ارث نمیبرند در صورت نبودن اعمام یا اخوال أبوینی اعمام یا اخوال أبی حصهٔ آنها را میبرند».

بالعکس در موارد دیگر اقربای پدری را بر اقربای مادری در مقدار سهم الارث برتری داده است چنانکه در مادهٔ «۹۲۳» ق- م میگوید:

«... اگر جد یا جدهٔ أبی و جد یا جدهٔ امی با هم باشند، ثلث ترکه بجد یا جدهٔ امی میرسد و در صورت تعدد اجداد امی، آن ثلث بین آنها بالسویه تقسیم میشود و دو ثلث دیگر بجد یا جدهٔ أبی میرسد و در صورت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۰

تعدد، حصهٔ ذکور از آن دو ثلث، دو برابر حصهٔ اناث خواهد بود» و همچنین است در مورد مادهٔ «۹۳۴» ق. م که میگوید: «اگر وراث میّت دائی و خالهٔ أبی یا أبوینی یا دائی و خالهٔ امی باشند، طرف امی اگر یکی باشد سدس ترکه را میبرد و اگر متعدد باشند ثلث آن را میبرند و بین خود بالسویه تقسیم میکنند و ما بقی مال دائی، و خاله‌های أبوینی یا أبی است که آنها هم بین خود بالسویه تقسیم مینمایند» و مادهٔ «۹۳۵» ق. م که میگوید: «اگر برای میّت یک یا چند نفر اعمام یا یک یا چند نفر اخوال باشد ثلث ترکه باخوال و دو ثلث آن باعمام تعلق میگیرد.

تقسیم ثلث بین اخوال بالسویه بعمل می‌آید لیکن اگر بین اخوال یک نفر امی باشد سدس حصهٔ اخوال باو میرسد و اگر چند نفر امی باشند ثلث آن حصه بآنها داده میشود و در صورت اخیر تقسیم بین آنها بالسویه بعمل می‌آید. در تقسیم دو ثلث بین اعمام حصهٔ ذکور دو برابر اناث خواهد بود لیکن اگر بین اعمام یک نفر امی باشد سدس حصهٔ اعمام باو میرسد و اگر چند نفر امی باشند ثلث آن حصه بآنها میرسد و در صورت اخیر آن ثلث را بالسویه تقسیم میکنند.

در تقسیم پنج سدس و یا دو ثلث که از حصهٔ اعمام باقی میماند، بین اعمام أبوینی یا أبی حصهٔ ذکور دو برابر اناث خواهد بود»

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۱

خاتمه

اشاره

خاتمه مشتمل بر سه فصل میباشد: اول- در تصدیق انحصار وراثت. دوم- در اداره امور ترکه. سوم- در تقسیم ترکه.

فصل اول- در تصدیق انحصار وراثت

باب اول در رسیدگی بدرخواست انحصار وراثت

اشاره

اثبات خویشاوندی در دادگاه بوسیلهٔ هر یک از ادلهٔ چهارگانه: اقرار- سند کتبی- شهادت و اماره ممکن است، خواه موجب آن نسب باشد یا سبب. مثلا هرگاه کسی بعنوان بنوبت یا زوجیت از متوفی مطالبهٔ سهم الارث خود را از دیگری که متصرف ترکه است بنماید، و متصرف آن را تردید یا تکذیب کند، خواهان میتواند بوسیلهٔ گواهی گواهان یا اقرار کتبی متوفی یا سند کتبی دیگر و یا شناسنامه، وراثت خود را در دادگاه ثابت نماید. اثبات وراثت بنحو بالا- در جریان دعوای دیگری بعمل می‌آید و حکمی که در دادرسی مزبور صادر میگردد نسبت بمورد خاص و طرفین دعوی مؤثر خواهد بود. ولی میتوان مستقیماً از دادگاه گواهی رسمی بر انحصار وراثت از متوفی را بدست آورد. گواهی مزبور در تمامی موارد و نسبت بتمامی افراد اعتبار قانونی را دارا میباشد.
طریق صدور گواهی انحصار وراثت و آثار آن بوسیلهٔ قانون تصدیق انحصار وراثت در «۱۴» ماده در «۲۶» مهر ماه «۱۳۰۹» تصویب گردید و چون بعضی
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۲
نواقص در جریان عمل مشهود شد، فصلی در قانون امور حسبی مصوب «۲» تیر ماه «۱۳۱۹» در «۱۵» مادهٔ («۳۶۰»- «۳۷۴») تحت فصل دهم در تصدیق انحصار وراثت اختصاص داده شد.
قانون تصدیق انحصار وراثت «۱۳۰۹» بوسیلهٔ قوانین مؤخر صریحاً نسخ نگردید. بدین جهت مواد مربوطه در قانون انحصار وراثت در هر موردی که با قانون امور حسبی تضاد نداشته باشد آن مواد نیز دارای قوهٔ قانونی است.

گواهی انحصار وراثت در چند قسمت بیان میشود:

قسمت اول- کسانی که میتوانند درخواست گواهی انحصار وراثت بنمایند

هر کسی که در ترکه متوفی ذی‌نفع میباشد میتواند از دادگاه درخواست انحصار وراثت بکند، مانند ورثه، طلبکار، موصی له و وصی. همچنین است کسی که غیر مستقیم از اثبات وراثت شخصی از دیگری منتفع میگردد، مثلا کسی که مال غیر منقولی را از وارث انتقال گرفته است میتواند درخواست انحصار وراثت ناقل را از مورث بنماید.
این است که قسمت اول مادهٔ «۳۶۰» قانون امور حسبی میگوید: «در صورتی که وراث متوفی، یا سایر اشخاص ذی‌نفع بخواهند تصدیق انحصار وراثت تحصیل کنند، درخواست نامهٔ کتبی مشتمل بر نام و مشخصات درخواست‌کننده و متوفی و ورثه و اقامتگاه آنها و نسبت بین متوفی و وارث تنظیم نموده بدادگاه تسلیم مینماید».
درخواست‌کننده ممکن است یک یا چند نفر باشند.

قسمت دوم- مرجع صلاحیّت‌دار برای قبول درخواست گواهی انحصار وراثت

بدستور مادهٔ «۲» قانون انحصار وراثت، مرجع صلاحیتدار برای صدور گواهی انحصار وراثت، دادگاه بخش محل اقامت دائمی متوفی یا دادگاه ابتدائی که وظایف دادگاه بخش را انجام میدهد میباشد. در صورتی که محل اقامت دائمی متوفی در خارج از کشور باشد دادگاه بخش طهران صلاحیّت صدور گواهی را دارد. در این امر فرق نمیکند که متوفی در حوزهٔ دادگاه بخش مربوطه، دارائی داشته باشد یا اصلا دارائی در ایران نداشته باشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۳

قسمت سوم- درخواست گواهی انحصار وراثت

درخواست گواهی انحصار وراثت کتبی و مشتمل بر نام و مشخصات درخواست‌کننده و ورثه و اقامتگاه آنها و سمت درخواست‌کننده میباشد: در صورتی که درخواست‌کننده وارث متوفی است، نسبت بین خود و متوفی را باید ذکر نماید. (مادهٔ «۳۶۰» قانون امور حسبی) لازم نیست درخواست در برگ مخصوصی باشد، بلکه بوسیلهٔ برگ عادی میتوان درخواست نمود.
درخواست‌کننده باید اسناد لازم را از برگ شناسنامه و گواهی نامهٔ گواهان و غیره پیوست درخواست خود نماید (مستنبط از مادهٔ «۳۶۲» قانون امور حسبی).

قسمت چهارم – رسیدگی دادگاه

اشاره

دادگاه با مراجعه بپرونده درخواست گواهی انحصار وراثت، مواجه با یکی از امور ذیل میگردد که در هر یک وظائف مخصوصی را قانون بعهدهٔ او گذارده است:

اول – در صورتی که درخواست‌کننده انحصار وراثت دلیلی ابراز نماید که دارائی متوفی بیش از پنجاه هزار ریال نبوده

و بنظر دادگاه این امر ثابت گردد، دادگاه بدون انتشار آگهی بادلهٔ انحصار وراثت رسیدگی نموده و نتیجهٔ رسیدگی خود را از رد یا قبول اعلام میدارد. این است که طبق مادهٔ «۳۶۴» ق. امور حسبی و شق ۳ تبصره الحاقی بآن: «در صورتی که بهای ترکه بیش از پنجاه هزار ریال نباشد انتشار آگهی مذکور در مادهٔ «۳۶۱» بعمل نخواهد آمد و دادگاه بادله و اسناد و اظهارات گواههای درخواست‌کننده رسیدگی کرده و درخواست تصدیق را بحسب اقتضاء دلائل، قبول یا رد مینماید» یعنی هرگاه دادگاه درخواست را پذیرفت گواهی انحصار وراثت صادر مینماید و چنانچه ادلهٔ آن را کافی نیافت آن را رد میکند. بدستور مادهٔ «۳۶۶» ق امور حسبی رد درخواست قابل پژوهش و فرجام است.

دوم – در صورتی که درخواست کنندهٔ انحصار وراثت بدادگاه ثابت ننماید که دارائی متوفی بیش از پنجاه هزار ریال نبوده باید آگهی صادر گردد.

لذا بدستور
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۴
مادهٔ «۳۶۱» قانون امور حسبی دادگاه شرحی در مجلهٔ رسمی یا یکی از جرائد محل بخرج مستدعی یا مستدعیان گواهی انحصار وراثت، سه دفعه متوالی ماهی یک‌دفعه آگهی مینماید. شرح مزبور عبارت است از درخواست متقاضی با ذکر عدهٔ وراث و نسبت آنها بمتوفی و تاریخ و محل فوت او (مادهٔ ۳ قانون انحصار وراثت و مادهٔ «۳۶۱» قانون امور حسبی). بدستور مادهٔ «۲۹۴» قانون امور حسبی:
«دادگاه بخش در آگهی که برای اداره یا تصفیه ترکه یا تصدیق حصر وراثت میشود، قید میکند که هر کس وصیتنامهٔ از متوفی نزد او است در مدت ۳ ماه بدادگاهی که آگهی نموده بفرستد و پس از گذشتن این مدت هر وصیّت‌نامه (جز وصیتنامهٔ رسمی و سری) ابراز شود، از درجهٔ اعتبار ساقط است». انتشار آگهی در صورتی بعمل می‌آید که قبلا بیکی از جهات، از قبیل معلوم نبودن ورثه یا برای تصفیه ترکه آگهی منتشر نشده باشد و الا بدستور مادهٔ «۳۶۵» قانون امور حسبی که میگوید:
«در صورتی که بواسطهٔ معلوم نبودن ورثه یا برای تصفیه ترکه و غیره قبلا- برای معرفی ورثه آگهی شده باشد، صدور تصدیق

انحصـار وراثت محتـاج بـآگهی جدیـد نبوده و در صورت درخواست هر یـک از ورثه یا اشـخاص ذی‌نفع، تصـدیق انحصار وراثت صادر خواهد شد»، بدستور مادهٔ «۳۶۲» ق امور حسبی، پس از انقضاء مدت سه ماه از تاریخ نشر اولین آگهی، پرونده برای رسیدگی بنظر دادگاه میرسد. دادگاه بپرونده رسیدگی نموده و نتیجه را اعلام میدارد.

در هر یک از دو مورد بالا (اول و دوم) دادگاه با مراجعه بپرونده بیکی از صور زیر مواجه میگردد:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۵

بخش اول در صورتی که اعتراض نشده باشد

اشاره

در صورتی که از طرف کسـی بـدرخواست گواهی انحصار وراثت اعتراضـی نشـده باشـد دادگاه بخش میتواند بدون تعیین جلسه و احضار متقاضـی و گواهان، کلیه مستندات را در نظر بگیرد و چنانچه ادله را کافی دید، تصدیقی مشعر بر وراثت و تعیین عدّهٔ وراث و نسبت آنها بمتوفی و نصیبی که از متروکات بنحو اشاعه میبرند صادر نماید.
برای رسیدگی بدرخواست گواهی انحصار وراثت بدستور مادهٔ «۳۶۳» قـانون امور حسبی، دادگاه بخش میتوانـد گواهان را احضار کرده و گواهی آنان را استماع نماید و چنانچه گواه در خارج از مقر دادگاه ساکن باشد، تحقیق از گواه بوسیلهٔ دادگاه محل اقامت گواه یا نزدیکترین دادگاه محل اقامت گواه بعمل خواهد آمد.
نیابت قضائی مزبور از طرف دادگاهی که درخواست گواهی انحصار وراثت از او شـده است داده خواهـد شد. دادگاه برای اسـتماع گواهی گواهان باید تعیین جلسه بنماید و وقت آن را بمسـتدعی یا مسـتدعیان گواهی انحصار وراثت اطلاع دهد و در ضـمن اخطار قید کند که گواهان را در جلسه حاضر نماید.
دادرس پس از رسیدگی بادلـهٔ درخواست‌کننده، چنانکه مادهٔ «۳۶۲» قانون امور حسبی میگویـد، هرگاه خواسـته درخواست‌کننده را ثابت دیـد، گواهی مشـعر بر وراثت و تعیین عدهٔ وراث و نسـبت آنها بمتوفی صادر مینماید. در گواهی انحصار وراثت بدسـتور مادهٔ «۳۷۲» قانون امور حسبی باید نسبتی که وارث یا ورثه بمورث خود دارند و همچنین نصیبی که از متروکات بنحو اشاعه میبرند معین شود، یعنی دادگـاه در گواهی انحصـار وراثت نصـیب هر یـک از ورثه را از نصف و ثلث و ربع و امثال آن از ترکه معین می‌نمایـد. این است که مادهٔ «۳۷۳» قانون امور حسبی میگوید:
«در تصـدیق انحصار وراثت بـدرخواست ورثه دادگاه حصـهٔ هر یک از ورثه را معیّن مینمایـد». مادهٔ «۳۷۳» نامبرده بالا زائـد بر آنچه مادهٔ «۳۷۲» ق. امور حسبی
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۶
متذکر است بیانی ندارد.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۳، ص: ۳۲۶
در صورتی که دادگـاه در رسیدگی خود ادله را کافی برای اثبات درخواست گواهی انحصار وراثت ندانـد، رأی بر رد درخواست

متقاضی خواهد داد. رأی مزبور طبق صریح مادهٔ «۳۶۶» قانون امور حسبی قابل پژوهش و فرجام است.

تذکر

بنظر میرسد که چنانچه در زمان فوت مورث جنینی باشد که در صورت زنده متولّد شدن از متوفی ارث خواهد برد، نمیتوان درخواست گواهی انحصار وراثت، تا تعیین تکلیف جنین نمود و چنانچه درخواست شود رسیدگی باید متوقف بماند. مادهٔ که بتوان امر بالا را از آن بدست آورد دیده نمیشود، ولی با توجه بمواد مربوطه بگواهی انحصار وراثت و آثار آن میتوان از روح مواد قانونی امر بالا را استنباط نمود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۷

بخش دوم در صورتی که اعتراض شده باشد

کسانی میتوانند بانحصار وراثت اعتراض کنند که گواهی انحصار وراثت مستقیماً یا غیر مستقیم بحقوق آنان زیان وارد آورد. مثلا چنانچه در درخواست گواهی انحصار وراثت، نام معترض که یکی از ورثه قانونی متوفی میباشد برده نشده است، مانند آنکه متوفی دارای چند فرزند و زوجه دائمه میباشد و متقاضی نام زوجه را در درخواست خود نبرده است و یا آنکه درخواست‌کننده کسیرا بعنوان وارث در درخواست گواهی خود معرفی نموده که با اثبات وراثت او از نصیب معترض کاسته میشود، مانند آنکه درخواست‌کننده علاوه بر اولاد متوفی کسیرا بعنوان فرزند او نام برده که از اولاد متوفی نمیباشد، در این صورت فرزندان متوفی میتوانند بدرخواست گواهی اعتراض بنمایند. چنانچه کسی از انتساب دیگری بمتوفی زیان حیثیتی ببرد ولی متضرر مالی نشود، از ظاهر مواد مربوطه استنباط میشود که اعتراض او پذیرفته نمیشود، مثلًا هرگاه کسی که انتساب قانونی با متوفی ندارد، با بودن اولاد برای او بعنوان بنوت از متوفی درخواست انحصار وراثت بنماید، برادران متوفی که وارث نیستند نمیتوانند باستناد آنکه بنوت فرزند مزبور بحیثیات خانوادگی آنها لطمه میزند اعتراض بنمایند، زیرا چنانچه از مواد مربوطه استنباط میشود کسی میتواند معترض واقع شود که از گواهی وراثت مستقیماً زیان مالی میبیند. بنظر میرسد که بتوان با یک تفسیر موسعی اعتراض مزبور را پذیرفت، زیرا با توجه بمواد کیفری راجع بخسارات ناشیه از جرم، پذیرفتن اعتراض در مورد بالا سهل خواهد بود.

اعتراض ممکن است بوسیلهٔ نمایندهٔ قانونی ذی‌نفع، مانند ولی و قیّم و یا نماینده قرار دادی او مانند وکیل بعمل آید.

علاوه بر کسانی که در بالا ذکر گردید که میتوانند بدرخواست گواهی انحصار وراثت اعتراض نمایند، قانون بداشتن حق اعتراض برای اشخاص زیر تصریح مینماید:

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۸

۱- طبق قسمت اول مادهٔ «۳۶۷» قانون امور حسبی: «در کلیّه مواردی که دادستان تشخیص دهد که متوفی بلا-وارث بوده و درخواست اشخاص برای صدور تصدیق بی‌اساس است، میتواند بدرخواست تصدیق وراثت اعتراض نماید».

۲- بدستور مادهٔ «۳۶۹» قانون امور حسبی: «در مورد مادهٔ «۳۶۴» اشخاص ذی‌نفع میتوانند بدرخواست تصدیق و همچنین بتصدیقی که در موضوع وراثت صادر میشود اعتراض نمایند و رأی دادگاه در این خصوص قابل پژوهش و فرجام است».

اعتراض بدرخواست گواهی در صورتی است که اعتراض قبل از صدور گواهی انحصار وراثت بدادگاه داده شود.

رسیدگی بدعوی اعتراض بطریق اختصاری بعمل می‌آید. دادگاه بدستور ذیل مادهٔ «۳۶۲» قانون امور حسبی جلسهٔ رسیدگی باعتراض را معین نموده و وقت آن را باشخاصی که طرف دعوی هستند اعلام میدارد تا برای رسیدگی باعتراض حاضر گردند.

بنظر میرسد که لازم نیست باشخاصی که بوراثت یا نحوهٔ انتساب آنها بمتوفی اعتراض نشده و نقصانی در نصیب آنان از ترکه

حاصل نمیشود ابلاغ وقت گردد.

دادگاه پس از رسیدگی رأی خود را صادر مینماید. رأی مزبور خواه مبنی بر رد اعتراض باشد و یا مبنی بر قبول آن، بدستور مادهٔ «۳۶۹» قانون امور حسبی قابل پژوهش و فرجام است. بنابراین نتیجهٔ رسیدگی دادگاه یکی از دو امر خواهد بود:

الف- هرگاه رأی دادگاه بر رد اعتراض است، بنابر مستنبط از مادهٔ «۳۶۹» قانون امور حسبی، رسیدگی بدرخواست گواهی تا صدور رأی نهائی نسبت برد اعتراض متوقف خواهد ماند.

ب- هرگاه رأی دادگاه بر قبول اعتراض باشد، دادگاه با در نظر گرفتن این امر رأی در ماهیّت صادر میکند و آن رأی قابل پژوهش و فرجام است.

چنانچه در رسیدگی بدوی معترض دو ماه ادعاء خود را تعقیب نکرد، بدستور

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۲۹

مادهٔ «۳» قانون انحصار وراثت بدرخواست مستدعی گواهی، حق اعتراض ساقط میشود و معترض محکوم بتأدیهٔ خسارت میگردد. بدستور مادهٔ «۲۸» قانون امور حسبی: «مرجع شکایت پژوهشی از تصمیمات قابل پژوهش در امور حسبی، دادگاهی است که مطابق آئین دادرسی مدنی صلاحیّت رسیدگی پژوهشی باحکام دادگاه صادرکننده تصمیم در مورد دعاوی دارد».

آنچه گذشت در صورتیست که رسیدگی باعتراض در صلاحیّت دادگاه بخش باشد مانند آنکه کسی بدرخواست گواهی انحصار وراثت اعتراض نماید، بدین تقریب که: عموی أبی متوفی خود را وارث دانسته است و حال آنکه من پسر عموی أبوینی متوفی میباشم و طبق مادهٔ «۹۳۶» ق. م پسر عموی أبوینی مقدم بر عموی أبی است و درخواست‌کننده وارث نمیباشد. در جلسه رسیدگی طرف اعتراض هم نحوهٔ انتساب خود و معترض را معترف است ولی تقدم پسر عموی متوفی را بر خود قبول ندارد، دادگاه بخش باعتراض مزبور رسیدگی و حکم مقتضی صادر مینماید. مثال دیگر- زنی بدعوی زوجیّت اعتراض مینماید که در درخواست گواهی انحصار وراثت نام او جزء وراث متوفی برده نشده است. در جلسهٔ رسیدگی اطراف دعوی منکر زوجیّت او میگردند. دادگاه بخش چون اختلاف در اصل نکاح است طبق قانون محاکم شرع، رسیدگی این امر را بمحکمه شرع ارجاع میکند.

پس از خاتمه رسیدگی دعوی زوجیّت و صدور حکم بوسیلهٔ محکمه شرع، دادگاه بخش در رسیدگی بدعوی اعتراض بپیروی از حکم محکمه شرع رأی صادر مینماید.

اما در صورتی که مورد اختلاف در دعوی اعتراض نسب باشد، چون رسیدگی باین امر خارج از صلاحیّت دادگاه بخش است، دادگاه مزبور پروندهٔ اعتراض و پروندهٔ درخواست گواهی را بدادگاه شهرستان میفرستد تا رسیدگی بعمل آورد.

تبصرهٔ الحاقی بمادهٔ «۱۶» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید: «تبصره- هرگاه در ضمن اعتراض بتقاضای انحصار وراثت دعوی نسب بشود، دادگاه بخش هر دو پرونده را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۰

بدادگاه شهرستان میفرستد و دادگاه مزبور بتقاضای انحصار وراثت و دعوی نسب رسیدگی کرده حکم صادر خواهد نمود» مثلًا هرگاه کسی بعنوان بنوت از متوفی اعتراض بدرخواست گواهی انحصار وراثت بنماید، در جلسه رسیدگی چنانچه طرف دعوی منکر بنوت گردد، پرونده بدادگاه شهرستان برای رسیدگی ارسال میگردد، زیرا رسیدگی بنسب خارج از صلاحیت دادگاه بخش است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۱

باب دوم اعتراض بگواهی انحصار وراثت

اشاره

پس از آنکه گواهی انحصار وراثت از دادگاه صادر گردید، کسانی که از گواهی مزبور متضرّر میشوند میتوانند بآن اعتراض کنند. طبق ذیل مادهٔ «۳۶۷» قانون امور حسبی دادستان میتواند: «... در صورتی که متوفی را بلا وارث بداند بتصدیق انحصار وراثت در موردی هم که تصدیق مسبوق بآگهی نبوده است اعتراض کند و در هر حال دادستان حق دارد از رأی دادگاه پژوهش و فرجام بخواهد». طرف دعوی کسانی میباشند که بانتساب آنها بمتوفی و یا نحوهٔ انتساب آنها اعتراض بعمل آمده است و همچنیننند کسانی که در نتیجهٔ قبول اعتراض در نصیب آنان از سهم الارث نقصانی پدید می‌آید.

دادخواست اعتراض بگواهی انحصار وراثت بدادگاهی داده میشود که گواهی را صادر نموده است.

در صورتی که اعتراض بگواهی انحصار وراثت بدادگاه بخش داده شود، دادگاه جلسهٔ رسیدگی تشکیل میدهد و بمعترض و کسانی که از اعتراض متضرّر میشوند وقت آن ابلاغ میشود. چنانچه مورد اختلاف نسب نباشد، دادگاه رسیدگی نموده رأی خواهد داد و الا بدستور تبصرهٔ الحاقی ماده «۱۶» قانون آئین دادرسی مدنی، پروندهٔ اعتراض و پروندهٔ گواهی را بدادگاه شهرستان برای رسیدگی میفرستد.

رأیی که در نتیجهٔ اعتراض بگواهی صادر میگردد قابل پژوهش و فرجام است.

تبصره-

اشخاصی که در درخواست گواهی و یا در دعوی اعتراض بر درخواست گواهی، مداخله نداشته‌اند و نتیجهٔ رأی دادگاه بزیان آنان است، میتوانند بآن اعتراض کنند مادهٔ «۴۴» قانون امور حسبی میگوید: «کسانی که تصمیم دادگاهها را در امور حسبی برای خود مضر بدانند میتوانند بر آن اعتراض نمایند، خواه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۲

تصمیم از دادگاه نخست صادر شده یا از دادگاه پژوهشی باشد. و حکمی که در نتیجهٔ اعتراض صادر میشود قابل پژوهش و فرجام است». مادهٔ مزبور در مورد اعتراض شخص ثالث بر حکم است که مادهٔ «۵۸۲» و «۵۸۳» ق. آئین دادرسی مدنی اجازهٔ اعتراض بآن را داده است و تابع مقرّرات مربوطهٔ بآن خواهد بود.

اعتراض شخص ثالث بر حکم خواه اصلی باشد یا طاری (غیر اصلی) مورد رسیدگی قرار گرفته و دادگاه رأی خود را نسبت بآن صادر مینماید. رأی مزبور چنانچه از مرحلهٔ بدوی صادر شود قابل پژوهش و فرجام است و چنانچه از مرحله پژوهشی باشد فقط قابل فرجام خواهد بود.

باب سوم آثار گواهی انحصار وراثت

۱- تأدیه دین و مال متوفی بورثه و برائت دهنده آن-

اشاره

بدستور مادهٔ «۳۷۰» قانون امور حسبی: «اشخاصی که تصدیق انحصار وراثت تحصیل کرده‌اند میتوانند مطابق تصدیق نامبرده ترکه و مطالبات متوفی را از کسانی که مدیون یا متصرف مال متوفی هستند مطالبه نمایند. مدیون یا متصرف اموال متوفی باید ترکه و مطالبات متوفی را بآنها تسلیم نماید و در صورت تأدیهٔ دین و یا تسلیم مال، در مقابل هر مدعی وراثت بری محسوب خواهند شد و مدعی نام برده حق رجوع بشخص یا اشخاصی خواهد داشت که طلب متوفی را وصول و یا مال متعلّق باو را دریافت نموده‌اند».

مادهٔ بالا دو امر را در بردارد:

الف- تأدیهٔ دین و دادن مال متوفی بورثه مذکور در گواهی-

کسی که مدیون یا متصرف مال متوفی میباشد، ملزم بتأدیه یا تسلیم آن بکسانی است که نام آنان در گواهی انحصار وراثت بعنوان ذی‌نفع در ترکه ذکر شده است. منظور از ذی‌نفع مذکور در ماده وارث و موصی له و وصی بر ثلث میباشد. انجام این امر در

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۳

صورتی که وارث منحصر بفرد باشد ساده است و همچنین است هرگاه اشخاص ذی‌نفع متعدد و مورد مطالبه طلب متوفی باشد، که مدیون به هریک از ورثه، موصی له و وصی بمقدار سهم الارث یا نصیب معینه در گواهی انحصار وراثت میپردازد. امّا در صورتی که مورد مطالبه مال معین و اشخاص ذی‌نفع متعدد باشند، متصرف باید با موافقت تمامی آنان مال را بیکی از ورثه یا کسیرا که آنها معین مینمایند تسلیم کند و رسید از آنها اخذ نماید. طبق ذیل مادهٔ «۵» قانون انحصار وراثت، در صورتی که ذی‌نفع برای مطالبهٔ بمدیون یا متصرف مال متوفی مراجعه نمود و او استنکاف از رد آن کرد، مسئول خسارات وارده خواهد بود، زیرا متصرف مال و مدیون در اثر عدم انجام تکلیف قانونی، سبب خسارت دیگری گردیده‌اند و طبق قاعدهٔ تسبیب و مواد مربوطهٔ بآن مسئول خسارات میباشند.

قسمت «۱» تبصرهٔ الحاقی بمادهٔ «۳۷۰» قانون امور حسبی میگوید: «چنانچه دین یا مال یا اوراق بهادار از طرف اشخاص بعنوان وراثت مورد مطالبه قرار گیرد، در صورتی که بهای آن زاید از مبلغ ۵۰ هزار ریال نبوده، خواستن تصدیق انحصار وراثت از طرف متصرف یا مدیون ضرورتی ندارد و در این مورد مطالبه کنندگان مال یا دین میتوانند استشهادی که مثبت سمت و انحصار وراثت آنها باشد ارائه دهند و متصرف یا مدیون اگر وجود مال یا سند یا دین را منکر نباشند باید آنچه را که مورد مطالبه واقع شده است بآنان تسلیم و تأدیه کنند».

ب- بری شدن مدیون و امین که طبق انحصار وراثت عمل کرده‌اند-

طبق قاعدهٔ حقوقی که مادهٔ «۲۷۱» و «۲۷۲» ق. مدنی بیان مینماید، مدیون باید دین خود را بدائن یا کسی که از طرف او وکالت دارد و یا بقائم‌قام او تأدیه شود و الا تأدیه صحیح نیست مگر آنکه دائن راضی شود. ولی مادهٔ «۳۷۰» ق. امور حسبی برای خاتمه دادن بسرگردانی مدیون و ورثه مقرّر داشته هرگاه مدیون دین خود را بکسانی که در گواهی انحصار وراثت، و ارث متوفی شناخته شده‌اند بپردازد در مقابل هر مدعی وراثت که بعداً یافت شود بری خواهد بود و مدعی وراثت حق رجوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۴

بکسانی را دارا میباشند که طلب مورث را دریافت داشته است.

همچنین طبق قاعدهٔ حقوقی که مادهٔ «۶۲۴» ق. م متذکر است امین باید مال مورد امانت را بمالک یا قائم‌مقام قانونی او و یا بکسی که مأذون در أخذ میباشد مسترد دارد. ولی مادهٔ «۳۷۰» ق. امور حسبی مانند مورد تأدیهٔ دین برای خاتمه دادن بسرگردانی امین و ورثه مقرّر داشته که مال متوفی بکسانی که در گواهی انحصار وراثت، وارث شناخته شده داده شود و مدعی وراثت از متوفی میتوانند بکسانی که آن مال متوفی را از امین گرفته‌اند رجوع نماید.

۲- ثبت انتقال ملک متوفی بورثه در دفتر املاک

اشاره

بدستور مادهٔ «۳۷۴» ق. امور حسبی: «در صورتی که ورثه بخواهند ملک غیر منقولی که بنام مورث ثبت شده است بنام آنها ثبت گردد، باید تصدیق انحصار وراثت یا رونوشت گواهی شده آن را که مشتمل بر تعیین سهام باشد باداره ثبت تسلیم نمایند». ثبت انتقال ملکی که در دفتر املاک بثبت رسیده تابع مقرّرات مخصوصی است که قانون ثبت اسناد و املاک «۳۱۰» متذکر شده است. مادهٔ که ثبت انتقال را تذکر میدهد مادهٔ «۲۲» قانون ثبت اسناد و املاک میباشد که ذیلًا درج میگردد. مادهٔ «۲۲» قانون ثبت:

«همین‌که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک بثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک باسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور باو منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک بثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً باو رسیده باشد، مالک خواهد شناخت.

در مورد ارث هم ملک وقتی در دفتر املاک باسم وراث ثبت میشود که وراثت و انحصار آنها محرز و در سهم الارث بین آنها توافق بوده و یا در صورت اختلاف، حکم نهائی در آن باب صادر شده باشد.

تبصره

حکم نهائی عبارت از حکمی است که بواسطهٔ طی مراحل قانونی و یا بواسطهٔ انقضاء مدت اعتراض و استیناف و تمیز، دعوائی که حکم در آن موضوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۵

صادر شده از دعاوی مختومه محسوب شود».

بدستور قسمت ۲ تبصره الحاقی مادهٔ «۳۷۰» ق. امور حسبی: «در موردی که سهم الارث هر یک از ورثه از مجموع ترکهٔ مورث بیشتر از معادل مبلغ ۵۰ هزار ریال نباشد، تصدیق انحصار وراثت یا رونوشت گواهی‌شدهٔ آن بادارهٔ ثبت و دفتر اسناد رسمی الزامی نبوده و ورثه میتوانند استشهادی که وراثت و انحصار آنها را محرز نماید و در سهم الارث هم توافق داشته باشند تسلیم کنند تا ملک غیر منقول که بنام مورث ثبت شده است بنام آنها ثبت گردد، یا مورد معامله قرار گیرد».

باب چهارم مواد کیفری قانون انحصار وراثت

۱- بدستور مادهٔ «۹» قانون انحصار وراثت: «هرگاه معلوم شود که مستدعی تصدیق با علم بعدم وراثت خود، تحصیل تصدیق وراثت نموده و یا با علم بوجود وارثی غیر از خود، تحصیل تصدیق بر خلاف حقیقت کرده است، کلاهبردار محسوب و علاوه بر ادای خسارت، بمجازاتی که بموجب قانون برای این جرم مقرر است محکوم خواهد شد».

۲- بدستور مادهٔ «۱۰» قانون انحصار وراثت: «هر شاهدی که در موضوع تحصیل تصدیق وراثت بر خلاف حقیقت شهادت دهد، برای شهادت دروغ تعقیب و بمجازاتی که برای این جرم مقرّر است محکوم خواهد شد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۶

باب پنجم گواهی انحصار وراثت صادر از کشور خارجه

بدستور مادهٔ «۳۵۶» قانون امور حسبی: «تصدیق صادر از مقامات صلاحیت دار کشور متوفی راجع بوراثت اتباع خارجه، یا انحصار آن پس از احراز اعتبار آن در دادگاه ایران، از حیث صدور و رعایت مقررات مربوطه باعتبار اسناد تنظیم شده در خارجه، قابل ترتیب اثر خواهد بود».

مقرّرات مربوطه باعتبار اسناد تنظیم شده در خارجه را مواد «۱۲۹۵» و «۱۲۹۶» قانون مدنی بیان مینماید. مادهٔ «۳۵۶» قانون امور حسبی

در مورد گواهی وراثت اتباع خارجه و انحصار آن میباشد که در خارج از کشور ایران صادر شده و مورث نیز از اتباع خارجه است، مـوردی از قاعـدهٔ کلی را که در مواد «۱۲۹۵» و «۱۲۹۶» ق. م بیان گردیـده متـذکر شـده است. بنابراین در کلیّه مواردی که گواهی وراثت یـا انحصـار آن از مقامـات صـلاحیّت‌دار کشور خارجی صادر گردد، خواه متوفی خارجی باشـد یا ایرانی و یا وارث خارجی باشد یا ایرانی، طبق مواد مربوطهٔ قانون مدنی رفتار میشود.

مادهٔ «۱۲۹۵» قانون مـدنی: «محاکم ایران باسـناد تنظیم شـده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهنـد داد که آن اسـناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا میباشد مشروط بر اینکه:

اولا- اسناد مزبوره بعلّتی از علل قانونی از اعتبار نیفتاده باشد.

ثانیاً- مفاد آنها مخالف با قوانین مربوطه بنظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد.

ثالثاً- کشوری که اسناد در آنجا تنظیم شده بموجب قوانین خود یا عهود، اسناد تنظیم شده در ایران را نیز معتبر بشناسد.

رابعاً- نمایندهٔ سیاسی یا قنسولی ایران در کشوری که سند در آنجا تنظیم

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۷

شده یا نمایندهٔ سیاسی و یا قنسولی کشور مزبور در ایران تصدیق کرده باشد که سند موافق قوانین محل تنظیم یافته است».

مادهٔ «۱۲۹۶» قـانون مـدنی: «هرگـاه موافقت اسـناد مزبور در مـادهٔ قبـل بـا قوانین محل تنظیم خود بتوسط نماینـدهٔ سیاسـی یا قنسولی خارجه در ایران تصـدیق شده باشد، قبول شدن سـند در محاکم ایران متوقف بر اینست که وزارت امور خارجه و یا در خارج طهران حکام ایالات و ولایات امضاء نمایندهٔ خارجه را تصدیق کرده باشند». شرح دو مادهٔ مزبور در جلد چهارم بیان میگردد.

پـذیرفتن گواهی انحصـار وراثت صـادر از دادگاه‌های کشور خارجی نسـبت بایرانیان مقیم در خارج کشور، منافات با مفاد مادهٔ «۲» ق. انحصـار وراثت در تعیین صـلاحیّت دادگاه بخش تهران برای صـدور گواهی انحصار وراثت متوفی که محل اقامت دائمی او در خارج از کشور بوده ندارد، زیرا مادهٔ مزبور سلب صلاحیّت از دادگاه‌های کشورهای خارجی ننموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۸

فصل دوم در امور راجع بترکه

اشاره

امور راجع بترکـهٔ متوفی در سه مبحث بیان میگردد: امور راجع بترکـهٔ اتباع ایران که دارای وارث میباشـند، امور راجع بترکـهٔ متوفای بلاوارث و امور راجع بترکهٔ اتباع خارجه.

مبحث اول در امور راجع بترکهٔ اتباع ایران که دارای وارث میباشند

اشاره

مادهٔ «۱۶۲» ق. امور حسبی میگویـد: «امور راجع بترکه عبارت است از اقـداماتی که برای حفظ ترکه و رسانیدن آن بصاحبان حقوق میشـود از قبیـل مهر و مـوم و تحریر ترکه و ادارهٔ ترکه و غیره». ترکه متوفی در اثر فوت قهراً بورثـهٔ قـانونی او منتقـل میشود و حقوق طلبکـاران متوفی بر ترکه تعلّق میگیرد و از آن استیفـاء میشود، بنابراین ترکـهٔ متوفی مرکز اجتماع حقوق اشـخاص مختلفه قرار گرفته است. در صـورتی که اشـخاص ذیحق در ترکه توافق در تصـفیهٔ آن بنماینـد آن را تصـفیه خواهنـد نمود و در صورت عـدم موافقت

صاحبان حق در تصـفیهٔ ترکه، امور راجع بآن با دادگاه بخش خواهد بود. قانون امور حسبی مرجع صلاحیّت‌دار را در فصل اول بیان مینماید.

مادهٔ «۱۶۳» قانون امور حسبی: «امور راجع بترکه با دادگاه بخشـی است که آخرین اقامتگاه متوفی در ایران در حوزهٔ آن دادگاه بوده و اگر متوفی در ایران

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۳۹

اقامتگـاه نداشـته بـا دادگـاهی است که آخرین محـل سـکنای متوفی در حوزهٔ آن دادگـاه بوده». بنابراین چنانچه متوفی در خارج از ایران اقامت داشـته ولی موقتاً چندی در ایران سکونت نموده است، خواه در ایران فوت کرده باشد و یا در خارج از ایران، امور راجع بترکه او بوسیلهٔ دادگاهی بعمل می‌آید که متوفی در حوزهٔ آن سکونت داشته است.

در صـورتی که متـوفی در ایران در چنـدین حوزه سـکونت داشته است، دادگـاهی برای رسیدگی صالـح میباشـد که آخرین محل سکنای متوفی در حوزهٔ آن بوده است.

مادهٔ «۱۶۴» قـانون امور حسبی: «هرگاه متوفی در ایران اقامتگاه یا محل سـکنی نداشـته دادگاهی صالـح است که ترکه در آنجا واقع شـده و اگر ترکه در جاهای مختلف باشد دادگاهی که مال غیر منقول در حوزهٔ آن واقع است صـلاحیّت خواهد داشت و اگر اموال غیر منقول در حوزه‌های متعدد باشد، صلاحیت با دادگاهی است که قبلًا شروع باقدام کرده». شرح مادهٔ بالا:

مـادهٔ مزبور موردی را فرض نموده که متوفی در ایران اقامت نداشـته و هیـچ زمان هم نیز سـکونت ننموده است، ماننـد کسـی که در کشور بیگـانه متولّـد شـده و در همانجا مرده است ولی دارای اموالی در ایران میباشـد. فرض مزبور ممکن است بیکی از سه صورت زیر باشد:

۱- تمامی ترکهٔ متوفی در یک حوزه واقع است. در این صورت دادگاه حوزه مزبور صالح برای امور ترکه متوفی خواهد بود.

۲- ترکهٔ متوفی در حوزه‌های مختلفی است. در این صورت دادگاهی برای امور ترکه صالح است که أموال غیر منقول در آن حوزه میباشد.

۳- متـوفی دارای امـوال غیر منقـول متعـددی اسـت که در حوزه‌هـای مختلـف میباشـد. در این صـورت دادگـاه هر یـک از حـوزه‌ها صلاحیّت امور راجعه بترکه را دارد و هر یک که ابتـداء اقـدام نمایـد، صـلاحیّت امر ترکه مزبور از دادگاه دیگر سـلب میگردد. این ستکه مادهٔ «۶» قانون امور حسبی میگوید: «در صورتی که دو یا چند

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴۰

دادگاه برای رسیدگی بموضوعی صالح باشند، دادگاهی که بدواً بآن رجوع شده است رسیدگی مینماید».

قانون امور حسبی موردی را پیش‌بینی ننموده که متوفی اصـلا در ایران اقامت و سـکونت نداشـته و دارائی او در ایران منحصر باموال منقولی است که در حوزه‌های مختلف میباشـد. بنظر میرسـد که میتوان مورد مزبور را از وحدت ملاک مادهٔ بالا استـنباط نموده و بر آن بود که دادگاه هر یک از حوزه‌های مختلف که أموال منقول متوفی در آن موجود است، صـلاحیت رسیدگی بامور راجعه بترکه را دارد و چنـانچه یکی از آنـان اقـدام کنـد از دادگاههـای دیگر صـلاحیّت رسـیدگی سـلب میگردد، زیرا رسـیدگی بامر واحـد در دادگاههای مختلف بر خلاف اصول آئین دادرسی مدنی میباشد.

مادهٔ «۱۶۵» قانون امور حسبی: «هرگاه تمام یا قسـمتی از أموال متوفی در حوزهٔ دادگاهی غیر از دادگاهی که مطابق مواد فوق صالح است باشـد، دادگـاهی که أمـوال در حوزه آن دادگـاه است اقـدامات راجع بحفـظ أموال متوفی را از قبیـل مهر و موم بعمـل آورده، رونوشت صورت مجلس عملیات خود را بدادگاهی که مطابق دو مادهٔ فوق برای رسیدگی بامور ترکه صالح است میفرستد».

مادهٔ بالا راجع بموردی است که متوفی اموالی نیز در حوزه یا حوزه‌های دیگر غیر از حوزهٔ دادگاه صالح برای رسیدگی بامور ترکه،

داشته باشد، مانند آنکه متوفی در حوزه طهران اقامت داشته و یا سکونت نموده و یا مال غیر منقول دارد و در حوزه‌های دیگر هم أموالی دارد، در این صورت دادگاه حوزه طهران فقط صالح برای اداره امور ترکه میباشد و دادگاههای دیگر که أموال متوفی در آنجا است اقدامات راجع بحفظ ترکه را مینمایند و رونوشت صورت‌مجلس عملیات خود را برای دادگاه طهران میفرستند.

مادهٔ «۱۷۰» قانون امور حسبی: «در صورتی که قبل از حضور دادرس دادگاه بخش در محل ترکه، اقدام فوری برای حفظ ترکه لازم باشد، اقدام مزبور

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴۱

بتوسط دادستان و در جائی که دادستان نباشد بتوسط کلانتری محل و اگر مأمورین شهربانی نباشند بتوسط دهبان با حضور دو نفر معتمد محلی بعمل می‌آید و در مورد مداخله دهبان دادستان میتواند در هر دهستان که مقتضی بداند دهبان را از مداخله منع کرده و صاحب دفتر رسمی یا یکی از مأمورین دولتی یا دو نفر معتمد محلّی را متفقاً بانجام این کار مأمور نماید، مأمورین نامبرده مراتب را در صورت مجلس نوشته و آن را بدادگاه بخش می‌فرستند».

قانون موردی را پیش‌بینی ننموده است که ترکه متوفی در معرض تفریط بوده و هیچ‌یک از دادستان یا مأمورین شهربانی و دهبان موجود نباشد، مانند آنکه کسی در بیابان یا در کشتی بمیرد و یا در اثر تصادف اتومبیل بعضی از مسافرین تلف شوند و اموالی همراه داشته باشند. بنظر میرسد که با توجه بروح ماده بالا و مستنبط از ماده «۳۰۶» ق. م. راجعه باداره امور أموال غیر، هر کس که در محل اموال حضور دارد، میتواند اقدام بحفظ اموال متوفی نموده و در اسرع وقت نتیجه را بمقام صالح اطلاع دهد و هزینهٔ لازمی که برای حفاظت اموال مینماید باید از ترکه تأدیه گردد.

مادهٔ «۱۷۱» قانون امور حسبی: «در هر موردی که از طرف مأمورین مذکور در مادهٔ قبل ترکه مهر و موم میشود، مأمورین نامبرده کلید قفلهائی را که بر روی آن مهر و موم خورده است در پاکت یا لفافی مهر و موم نموده و بدادگاه بخش میفرستند» و دادگاه بخش باید رسید آن را بآنها بدهد.

ادارهٔ امور ترکه در دو قسمت بیان میگردد:

اشاره

قسمت اول- نگاهداری ترکه.

قسمت دوم- تصفیهٔ ترکه.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴۲

قسمت اول نگاهداری ترکه

اشاره

اولین اقدامی که در ادارهٔ امور ترکه باید بعمل آید نگاهداری آن است.

نگاهداری ترکه بوسیلهٔ دو عمل انجام میگیرد:

مهر و موم کردن- تحریر ترکه.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴۳

مبحث اول مهر و موم ترکه

اشاره

مبحث مزبور دارای سه قسمت است:

باب اول اشخاصی که صلاحیت درخواست مهر و موم ترکه را دارند.

طبق مادهٔ «۲» قانون آئین دادرسی مدنی: «هیچ دادگاهی نمیتواند بدعوائی رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص ذی‌نفع رسیدگی بدعوی را مطابق مقرّرات قانون درخواست نموده باشند». بنابر اصل حقوقی مستنبط از مادهٔ بالا درخواست مهر و موم ترکه فقط از کسانی پذیرفته میشود که ذی‌نفع در ترکه و یا از طرف آنها نمایندگی داشته باشند. مادهٔ «۱۶۷» قانون امور حسبی اشخاص ذی‌نفع در ترکه را بیان مینماید.

مادهٔ «۱۶۷» قانون امور حسبی: «اشخاص مذکور زیر میتوانند درخواست مهر و موم ترکه را بنمایند:

۱- هر یک از ورثهٔ متوفی یا نمایندهٔ قانونی آنها. منظور ماده از نمایندهٔ قانونی اعم از نمایندهٔ قانونی بمعنی خاص از قبیل ولی و قیم و نماینده قراردادی از قبیل وکیل میباشد.

۲- موصی له در صورتی که وصیت بجزء مشاع شده باشد. زیرا در این صورت موصی له مانند وارث در حفاظت تمامی ترکه ذی‌نفع میباشد و الا هرگاه موصی به عین معین از ترکه باشد، موصی له نسبت بترکه منتفع نیست تا مهر و موم آن را بتواند بخواهد.

۳- طلبکار متوفی که طلب او مستند بسند رسمی یا حکم قطعی باشد بمقدار طلب در صورتی که در مقابل طلب رهن نبوده و ترتیب دیگری هم برای تأمین طلب

نشده باشد. بنابراین درخواست مهر و موم از کسی که طلب او مستند بسند رسمی یا حکم قطعی نباشد پذیرفته نمیشود، اگر چه مستند بسند عادی یا مستند بگواهی نامهٔ باشد که در دادگاه پذیرفته میگردد، زیرا در این صورت طلب محرز نبوده و احتیاج برسیدگی قضائی دارد و مهر و موم امر اداری قضائی است. همچنین است هرگاه در مقابل طلب وثیقه مانند رهن و مورد معامله با حق استرداد موجود باشد، و یا در اثر قرار تأمین مدعی به اموالی بازداشت شده باشد، زیرا در این دو صورت اموال معینی که متعلّق حق طلبکار میباشد برای استیفاء حق آنان در نظر گرفته شده است و در قسمت دیگر از ترکه ذی‌نفع نمیباشند تا بتوانند درخواست مهر و موم آن را نمایند.

۴- کسی که از طرف متوفی بعنوان وصایت معیّن شده باشد» بنظر میرسد که این امر در صورتیست که وصایت نسبت بسهم مشاع از ترکه و یا بتأدیه دیون و امثال آن از ترکه شده است که وصی ذی‌نفع در تمامی ترکه میباشد و الا چنانچه وصایت نسبت بمال معینی شده باشد حق درخواست مهر و موم تمامی ترکه را ندارد، مثلًا هرگاه متوفی وصیّت کرده است که خانهٔ معین را فلان شخص بعد از او بفروشد و بمصارف خاصی برساند، وصی مزبور در قسمتهای دیگر از ترکه ذی‌نفع نمیباشد تا بتواند مهر و موم ترکه را بخواهد.

تبصره- بدستور مادهٔ «۱۶۸» قانون امور حسبی: «دادگاه بخش در موارد زیر پس از اطلاع اقدام بمهر و موم مینماید:

۱- در موردی که کسی در خانهٔ استیجاری یا مهمانخانه یا امثال آن فوت شده و کسی برای حفظ أموال او نباشد.

۲- در صورتی که از اموال دولتی یا عمومی نزد متوفی امانت باشد. در مورد شق اول این مادهٔ مالك خانه یا مدیر مهمانخانه و امثال آنها مکلّفند بدادگاه بخش اطلاع بدهند».

در دو مورد بالا قانون بدون درخواست ذی‌نفع مقرّر داشته که دادگاه بخش چنانچه بر وجود ترکه آگهی یافت مستقیماً خود اقدام بمهر و موم نماید.

در مورد شق اول مادهٔ بالا چنانچه مالك خانه یا مدیر مهمانخانه و امثال آن که ترکه در اختیار آنها است بدادگاه بخش خبر ندهند، مسئول هر خسارتی خواهند بود که از عدم اطلاع و یا تأخیر آن حاصل میشود. مسئولیّت در مورد مزبور احتیاج بمادهٔ خاصی ندارد، زیرا هر کس که عهده‌دار تکلیفی میباشد چنانچه در اثر عدم انجام و یا تأخیر آن خسارتی بکسی متوجه گردد، شخص مزبور از باب تسبیب عهده‌دار جبران آن خواهد بود (مادهٔ «۱» ق مسئولیّت مدنی).

مادهٔ «۱۶۹» قانون امور حسبی: «در مورد شق «۲» مادهٔ فوق مهر و موم فقط نسبت باموال دولتی یا عمومی که نزد متوفی امانت بوده است بعمل می‌آید، مگر اینکه اشخاص صلاحیّت‌دار درخواست مهر و موم نسبت ببقیه أموال را بنمایند». زیرا هرگاه درخواست مهر و موم از طرف اشخاص ذی‌نفع نشود دادگاه حق مداخله در اموال دیگران را ندارد و مهر و موم أموال ترکه بدون درخواست اشخاص ذی‌نفع بعمل نمیآید.

چنانچه بدستور فصل چهارم باب پنجم، تحریر ترکه بعمل آمده باشد، طبق مادهٔ «۱۹۲» ق. امور حسبی: «بعد از تحریر ترکه درخواست مهر و موم پذیرفته نمیشود و اگر در اثناء تحریر ترکه درخواست مهر و موم بشود فقط آن مقداری که تحریر نشده است مهر و موم میگردد» زیرا تحریر ترکه چنانکه در فصل مربوط شرح آن خواهد آمد کافی از مهر و موم میباشد و حفاظت ترکه از حیف و میل بعمل آمده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴۶

باب دوم طرز مهر و موم ترکه

اشاره

پس از رسیدن درخواست مهر و موم از طرف ذی‌نفع بدادگاه، دادگاه وقتی را برای انجام مهر و موم تعیین و بدستور مادهٔ «۱۷۵» قانون امور حسبی: «وقت مهر و موم را دادگاه باشخاصی که ذی‌نفع بداند اطلاع میدهد، ولی نباید این امر موجب تأخیر مهر و موم شود». از ذیل مادهٔ مزبور مستفاد میشود که چنانچه اطلاع دادن وقت مهر و موم بکسانی که ذی‌نفع در ترکه هستند موجب تأخیر در اقدام آن میگردد و در اثر این امر احتمال تضییع و تفریط در آن اموال میرود، دادگاه بدون اطلاع بآنان ترکه را مهر و موم خواهد نمود، مانند آنکه هرگاه بعض از اشخاص ذی‌نفع در خارج از کشور یا محل اقامت آنان معلوم نیست و یا بمسافت زیادی دور از دادگاه بسر میبرند و یا آنکه قسمتی از آنها ترکهٔ منقولی است که احتمال داده میشود مورد دستبرد متصرفین قرار گیرد.

بدستور مادهٔ «۱۷۲» قانون امور حسبی: «در صورتی که بین ورثه محجوری باشد که ولی یا وصی یا قیم نداشته باشد، دادرس باید پس از مهر و موم مراتب را بدادستان اطلاع دهد که جهت تعیین قیّم اقدام نماید» زیرا انتظار دادرس تا تعیین قیّم برای محجور، ممکن است موجب تضییع و تفریط ترکه بشود و از طرف دیگر مهر و موم ترکه برای حفاظت حق اشخاص ذی‌نفع میباشد و طبیعت آن احتیاجی باطلاع تمامی اشخاص ذی‌نفع ندارد. همچنین است در مورد غائب مفقود الاثر و یا جنین که دادرس قبل از تعیین امین اقدام بمهر و موم مینماید.

بدستور مادهٔ «۱۷۳» قانون امور حسبی: «در صورتی که بین ورثه غایبی باشد که برای ادارهٔ اموال خود نماینده نداشته باشد، اگر محل غایب معلوم است.

دادرس مهر و موم ترکه را باو اطلاع میدهد و اگر محل غایب معلوم نباشد بدادستان اطلاع خواهد داد که در صورت اقتضاء جهت تعیین امین برای او اقدام کند». بنابر

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴۷

آنچه در شرح مادهٔ قبل گذشت دادرس میتواند در صورتی که اطلاع دادن باشخاص ذی‌نفع در ترکه موجب تأخیر مهر و موم

میگردد بـدون اطلاـع بآنـان اقـدام بمهر و موم بنمایـد و سـپس نتیجـهٔ عملیّات خود را باطلاع آنان برسانـد. و چنانچه بین آنها غایب مفقود الاثری باشد اقدام خود را بدادستان اطلاع میدهد و دادستان بدستور مادهٔ «۱۳۰» قانون امور حسبی از دادگاه درخواست تعیین امین مینمایـد. بنابر مستنبط از مادهٔ بالا همچنین در مورد جنین بدادسـتان اطلاع خواهد داد که هرگاه برای او امین معین نشده باشد، امین معین کند.

چون مهر و موم أموال متوفی برای حفـاظت و نگاهـداری از تلف و حیف و میـل شـدن آن أموال است، لـذا دادرس بمحـل میرود و طبق مادهٔ «۱۹۱» قانون امور حسبی:

«در صورتی که متوفی مـالی نداشـته یـا مـال قابل مهر و موم نباشـد، دادرس صورت مجلسـی تنظیم نموده و این مطلب را در آن قید مینماید». و هرگاه دارائی قابل مهر و موم باشد، بدستور مادهٔ «۱۷۴» قانون امور حسبی: «رئیس دادگاه در مواردی که باید اقدام بمهر و موم شود فوراً باید خود یا بوسیلهٔ کارمند علی البدل اقدام بمهر و موم نماید و اگر علّتی موجب تأخیر این اقدام گردد علت مذکور را در صورت مجلس می‌نویسـد». ماننـد آنکه محلّی مهیّا نباشـد تـا اموال در آن محـل گـذارده و مهر و موم گردد و برای تهیّه آن، مدتی چند مهر و موم بتأخیر افتد و یا آنکه باید أموال بمحل دیگری نقل گردد و بدست آوردن وسائط نقلیه موجب تأخیر شود.

وظائف کسی که برای مهر و موم بمحل میرود.

اول- عملیات مهر و موم-

اشاره

و آنها عبارتند از:

۱- أموال در محل محفوظی

ماننـد صـندوق، اطاق، زیر زمین و امثال آن نهاده شـده درب آن قفل گردیـده و از طرف دادگاه مهر میگردد. بنابراین چنانچه اموال مزبور خـارج از محـل محفوظ باشـد در محـل محفوظ گـذارده میشود و چنانچه در محل محفوظ باشـد درب آن مهر و موم میشود. بدستور مادهٔ «۱۷۸» کلید قفلهائی که روی آن مهر و موم شده در دادگاه بخش بایگانی و این امر در صورت مجلس قید میشود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴۸

۲- مادهٔ «۱۷۹» قانون امور حسبی میگوید. «نسبت باموالی که مهر و موم آن ممکن نیست، صورت اجمالی از آن برداشته شده

و در صورت لزوم نگاهبانی بر آن میگمارنـد». مثلا اموالی که در باغ یا حیاط است مانند تراکتور، کامیون و در محل هم جائی برای حفاظت آنها آماده نیست، صورت اجمالی از آن برداشته شده و در صورتی که حفاظت آنها محتاج بنگهبان است، مانند آنکه لوازم کوچـک و اجزاء قابـل تفکیـک دارد که ممکن است هرگاه دست زده بشود خراب گردد و یا مورد دست‌برد قرار گیرد نگهبانی را برای حفاظت میگمارند.

۳- طبق مـادهٔ «۱۸۰» قـانون امور حسـبی: «در صورتی که از اموال دولتی یـا عمومی نزد متوفی امـانت باشـد أموال نـامبرده در همـان محلّی که متوفی گذارده است مهر و موم خواهد شد،

مگر اینکه موجبی برای تغییر محل باشد». مانند آنکه پس از فوت متوفی اطمینان ببقاء آن در محل سابق نباشد و نتوان آن را بنگهبانی کسی واگذار نمود از قبیل اسناد، پرونده‌ها و امثال آن. در این صورت در محل مورد اطمینانی که دادرس در نظر میگیرد گذارده شده و مهر و موم خواهد شد و پس از رفع مهر و موم بدستور مادهٔ «۱۸۸» قانون امور حسبی بمقام صالحی که باید أموال مزبور نزد او باشد داده میشود. این امر نسبت باموال دولتی یا عمومی است که نزد متوفی امانت بوده و الا چنانچه اموال دولتی و یا عمومی نزد متوفی یافت شود که بسرقت برده شده است، بنظر میرسد که دادرس مکلّف است قبل از مهر و موم آن را بدادستان اطلاع دهد و چنانچه دسترسی نداشته باشد در محلّی جداگانه مهر و موم نماید.

۴- بدستور مادهٔ «۱۸۹» قانون امور حسبی: «آن مقدار از اثاث البیت و غیره که برای زندگانی عیال و اولاد متوفی ضرورت دارد

و همچنین اشیائی که قابل مهر و موم نیست، مهر و موم نمیشود و اشیاء مزبور در صورت مجلس توصیف میگردد».
تشخیص اینکه چه مقدار از دارائی متوفی برای زندگانی عیال و اولاد او لازم است و همچنین تشخیص اشیائی که قابل مهر و موم نیست با دادرسی است که برای این امر بمحل میرود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۴۹

۵- بدستور مادهٔ «۱۹۳» ق. امور حسبی: «اشیاء ضایع شدنی یا اشیائی که نگاهداری آنها مستلزم هزینه بی‌تناسب است

یا أموال کم قیمتی که حمل و نقل و نگاهداری آنها مستلزم زحمت و اشغال مکان وسیعی است ممکن است مهر و موم نشود و در این صورت اگر اشیاء نامبرده مورد احتیاج اشخاص واجب النفقه نباشد فروخته شده و پول آن در صندوق دادگستری یا یکی از بانکهای معتبر تودیع میشود» و رسید آن در پروندهٔ امر ضبط میگردد.
منظور ماده از اشخاص واجب النفقه کسانی هستند که سهیم در ترکه میباشند و از سهم الارث خود باید زندگانی کنند و الا اشخاصی که واجب النفقه متوفی بوده‌اند و از ورثه نمیباشند مانند جد و جدهٔ فقیر که از افراد واجب النفقه بوده‌اند و با فوت مورثی که دارای اولاد است، وارث شناخته نمیشود، حق استفاده از ترکه را ندارند.
علت این امر آنست که بفوت تکلیف انفاق از متوفی ساقط میگردد و تمامی دارائی او بورثه منتقل میشود و چنانچه متوفی مدیون باشد ترکه متعلّق حق طلبکاران قرار میگیرد.

۶- طبق مادهٔ «۱۸۸» قانون امور حسبی: «در موقع مهر و موم یا برداشتن مهر و موم، اشیاء یا نوشتجاتی که داخل در ترکه نبوده

و متعلّق بزن یا شوهر متوفی یا متعلّق بغیر باشد بصاحبان آنها رد و مشخصات اشیاء نامبرده در صورت مجلس نوشته میشود». رد اشیاء یا اسناد متعلّق بزن یا شوهر یا اشخاص ثالث از طرف دادرس پس از رفع مهر و موم بصاحبان آنها، در صورتیست که اختلاف بین اشخاص ذی‌نفع در ترکه با اشخاصی که مدعی اختصاصی بودن آن اشیاء و اسناد بخود هستند نباشد، و الا أموال مزبور جزء ترکه مهر و موم میشود و مدعیان حق، میتوانند از طریق عادی بدادگاههای صالح مراجعه نمایند، زیرا أموال در تصرف متوفی بوده و بنابر مستفاد از مادهٔ «۳۵» ق. م تصرف بعنوان مالکیّت دلیل بر مالکیّت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

۷- بدستور مادهٔ «۱۹۰» ق. امور حسبی: «هزینهٔ که برای کفن و دفن متوفی با رعایت شئون او لازم و ضروری است از وجوه نقد برداشته میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۰

و اگر وجه نقد نباشد از ترکه برداشته شده و بفروش میرسد و بقیّه مهر و موم خواهد شد». در برداشت وجه نقد و یا فروش قسمتی از ترکه که برای هزینهٔ کفن و دفن و تجهیز متوفی لازم است، اجازه تمامی اشخاص ذی‌نفع در ترکه لازم نیست، بلکه دادرس پس از حضور برای مهر و موم چنانچه پول نقد در ترکه موجود باشد از آن برمی‌دارد و هرگاه پول نقد موجود نباشد از اموالی که فروش آن بسهولت انجام میگیرد بفروش میرساند.

بنظر میرسد که انتخاب مال معین برای فروش با دادرس است و تحت نظر او بفروش میرسد و چنانچه مازادی از فروش پس از تأدیهٔ هزینه‌های لازم بماند، بنابر مستفاد از مادهٔ «۱۹۳» قانون امور حسبی در صندوق دادگستری یا یکی از بانکهای معتبر تودیع میشود.

۸- بدستور مادهٔ «۱۶۶» قانون امور حسبی: «دادگاه بخش مهر مخصوصی برای مهر و موم ترکه خواهد داشت

و نمونهٔ آن باید نزد رئیس دادگاه شهرستان باشد».

منظور دادگاه شهرستانیست که دادگاه بخش اجراکننده مهر و موم در حوزهٔ آن واقع است. بودن نمونه نزد رئیس دادگاه شهرستان برای آنست که هرگاه از طرف کسی مهر و موم شکسته شود و این امر مورد رسیدگی قرار گیرد، اساس تطبیق در دادگاه شهرستان محفوظ باشد.

۹- مادهٔ «۱۸۱» قانون امور حسبی:

«هرگاه در حین مهر و موم ترکه، وصیّت‌نامه یا برگهای دیگری پیدا شود که در لفافی مهر و موم شده باشد، دادرس مشخصات اوراق و چگونگی مهر و موم و عنوانی که روی آن نوشته شده و نشانهٔ روی لفاف را در صورت مجلس نوشته، دادرس و حاضرین اگر معروف باشند و بتوانند امضاء کنند، امضاء مینمایند و اگر امتناع از امضاء نمایند، امتناع آنها از امضاء نوشته میشود» چنانکه از مادهٔ بالا معلوم است دادرس نمیتواند لفافهٔ که از طرف متوفی مهر و موم شده باشد باز نماید و بهمان وضعیت حفظ میگردد. بنابر مستنبط از مادهٔ بالا هرگاه اموال دیگری در صندوق و یا کیفی در بسته باشد، دادرس نمیتواند در

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۱

آن را بگشاید، بلکه در بسته در محل محفوظی مهر و موم خواهد نمود. منظور از مهر و موم بودن لفافه، بسته بودن آن است، لاک شده یا نشده باشد، زیرا مهر و موم ترکه برای جلوگیری از تعدی و تفریط و دستبرد میباشد و این امر، گشودن پاکت یا جعبهٔ در بستهٔ از طرف متوفی و یا کنجکاوی در جزئیات امر را ایجاب نمینماید.

طبق مادهٔ «۱۸۲» ق. امور حسبی: «لفاف مذکور در مادهٔ فوق بدادگاهی که برای رسیدگی بامور ترکه صالح است فرستاده میشود».

در صورتی که عمل مهر و موم بوسیله دادگاهی بعمل آید که صالح برای رسیدگی بامور ترکه نیست، لفافی که در آن اوراقی بسته شده است (خواه مهر و موم شده باشد و خواه صرفاً در آن بسته است) بدادگاهی که برای رسیدگی صالح است فرستاده میشود.

بدستور مادهٔ «۱۸۳» ق. امور حسبی: «اگر از عنوان روی لفاف یا علائم دیگری معلوم شود که برگها متعلّق بغیر متوفی است، دادرس برگها را بصاحبان آن رد نموده و رسید دریافت مینماید، و مشخصات آن را در صورت مجلس می‌نویسد و اگر صاحبان برگها حاضر نباشند، آن را تأمین مینماید تا صاحبان آنها مطالبه نمایند.

حکم این ماده در موردی جاری است که معارضی نباشد و الا مطابق مادهٔ قبل رفتار خواهد شد» یعنی بدادگاهی که صالح برای رسیدگی بامور ترکه است فرستاده میشود.

مادهٔ «۱۸۴» قانون امور حسبی: «هرگاه وصیّت‌نامه در لفاف نباشد، دادرس اوصاف آن را در صورت مجلس نوشته آن را بدادگاهی

که برای رسیدگی بامور ترکه صالح است میفرستد». و چنانکه گذشت هرگاه وصیتنامه در لفافه در بسته باشد، بدون آنکه دادرس در آن را بگشاید بدادگاه صالح برای رسیدگی میفرستد.

مادهٔ «۱۸۵» قانون امور حسبی: «دادگاهی که لفاف مذکور در مواد فوق بآنجا فرستاده شده است آن را باز میکند و در صورتی که برگها جزء ترکه باشد امانت نگاه میدارد و الا اگر صاحبان آن حاضر باشند بآنها داده میشود و اگر حاضر نیستند محفوظ میماند تا صاحبان آن حاضر شوند و اگر معلوم نباشد که برگها متعلّق بکیست برگها

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۲

در دادگاه میماند تا صاحب آن معلوم شود» چنانکه گذشت این امر در صورتیست که اختلافی بین اشخاص ذی‌نفع در ترکه و کسانی که مدعی اختصاص برگها بخود هستند نباشد و الا باید برگها بماند و کسی که مدعی اختصاص برگها بخود میباشد در مراجع صالح بطرفیت اشخاص ذی‌نفع در ترکه اقامهٔ دعوی بنماید.

مادهٔ «۱۸۶» قانون امور حسبی: «اگر بدادرس در ضمن عملیات مهر و موم اطلاعی راجع بوجود وصیّت‌نامه داده شود، دادرس جستجو نموده و چنانچه وصیّت‌نامه موجود باشد بترتیب مذکور در مادهٔ «۱۸۳» عمل میکند». یعنی بدادگاهی که صالح برای رسیدگی بامور ترکه است میفرستد تا اقدامات لازم را بعمل آورد.

مادهٔ «۱۸۷» قانون امور حسبی: «در مواردی که وصیتنامهٔ معتبری بنظر دادرس میرسد که آن وصیّت‌نامه مشتمل بر امور فوری باشد، دادرس اجازه میدهد که امور مذکور انجام داده شود». منظور ماده از دادرس، دادرسی است که صلاحیت مهر و موم ترکه را دارد اگر چه دادرس دادگاه صالح برای رسیدگی بامور ترکه نباشد، زیرا چنانچه در انجام امور فوری تأخیر افتد تا محول بدادگاه صالح برای رسیدگی بامور ترکه شود، منظور موصی انجام نمیگردد.

دوم- تنظیم صورت مجلس

بدستور مادهٔ «۱۷۶» قانون امور حسبی:

«در موقع مهر و موم صورت مجلسی مشتمل بر امور زیر تنظیم میشود:

۱- تاریخ سال و ماه و روز و ساعتی که اقدام بمهر و موم شده است.

۲- نام و مشخصات کسی که مباشر مهر و موم است.

۳- علّتی که موجب مهر و موم شده است.

۴- نام و مشخصات و محل اقامت کسی که درخواست مهر و موم نموده و اگر دادرس بنظر خود اقدام بمهر و موم کرده باشد، این نکته را در صورت‌مجلس می‌نویسد.

۵- نام و مشخصات و اظهارات اشخاص ذی‌نفع که در موقع مهر و موم حاضر بوده‌اند.

۶- تعیین جائی که ترکه در آنجا مهر و موم شده از قبیل اطاق، صندوق‌خانه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۳

و گنجه.

۷- وصف اجمالی از اشیائی که مهر و موم نشده است.

۸- اموال در محل خود مهر و موم شده است یا در محل آن تغییری داده شده.

۹- نگهبان در صورتی که معین شده باشد با ذکر اینکه نگاهبان را دادرس مستقلًا معین کرده یا بر حسب معرفی اشخاص ذی‌نفع.

۱۰- اظهار کتبی و صریح با قید التزام از کلیّه اشخاصی که با متوفی در یکجا زندگی کرده و یا أموال در تصرف آنها بوده، مشعر بر

اینکه چیزی از أموال متوفی را خارج یا مخفی نکرده و مطلع نیستند که دیگری بطور مستقیم یا غیر مستقیم أموال متوفی را برده یا مخفی کرده است».

مادهٔ «۱۷۷» قانون امور حسبی: «صورت مجلس مذکور فوق باید بامضاء کسی که مباشر مهر و موم است و اشخاص ذی‌نفع برسد و در صورتی که اشخاص مزبور نخواهند یا نتوانند امضاء کنند مراتب در صورت مجلس ذکر میشود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۴

باب سوم در برداشتن مهر و موم

بدستور مادهٔ «۱۹۴» قانون امور حسبی: «کسانی که حق درخواست مهر و موم ترکه را دارند میتوانند رفع مهر و موم را درخواست نمایند» بنابراین هر یک از کسانی که در مادهٔ «۱۶۷» ق. امور حسبی میتوانسته‌اند درخواست مهر و موم کنند میتوانند درخواست برداشتن آن را بنمایند، اگر چه غیر از کسی باشد که مهر و موم در اثر درخواست او بعمل آمده است.

طبق مادهٔ «۱۹۵» قانون امور حسبی: «درخواست برداشتن مهر و موم از دادگاه بخشی میشود که برای رسیدگی بامور ترکه صالح است و هرگاه ترکه در حوزهٔ دادگاه بخش دیگری باشد، دادگاه بخش محل وجود ترکه، بدستور دادگاه مذکور اقدام برفع مهر و موم مینماید و صورت مجلس مربوط باین عمل را بدادگاهی که دستور برداشتن مهر و موم را داده است میفرستد». بنابراین هرگاه دادگاه غیر صالح برای رسیدگی بامور ترکه عمل مهر و موم را انجام داده باشد مانند موردی که محل سکنای متوفی در حوزهٔ دادگاهی بوده و قسمتی از أموال منقول او در حوزهٔ دادگاه دیگر، درخواست رفع آن از دادگاه صالح برای رسیدگی بامور ترکه میشود. دادگاه مزبور پس از وصول درخواست و تشخیص صلاحیت درخواست‌کننده، دستور رفع مهر و موم را بدادگاه بخش محل وجود ترکه میدهد، دادگاه أخیر بعنوان نمایندهٔ قضائی مهر و موم را برداشته و صورت مجلسی که تنظیم مینماید بدادگاه صالح برای رسیدگی بامور ترکه میفرستد.

بدستور مادهٔ «۱۹۶» قانون امور حسبی: «دادگاه بخشی که مهر و موم را برمی‌دارد روز و ساعت برداشتن مهر و موم را معین و بعموم وراث و وصی و موصی لهم که معروف و محل اقامت آنها در حوزهٔ آن دادگاه بخش باشد ابلاغ مینماید». این امر در صورتیست که برای ابلاغ وقت، مدت طولانی لازم نباشد و الا هرگاه ابلاغ وقت، مدت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۵

طولانی را لازم دارد مانند آنکه محل اقامت بعضی از اشخاص ذی‌نفع در ترکه معلوم نباشد و یا بعض از آنها خارج از حوزهٔ دادگاه بخش که مهر و موم را برمی‌دارد باشد، چنانکه مادهٔ «۱۹۷» قانون امور حسبی مقرّر میدارد ابلاغ باینان لازم نخواهد بود و دادگاه برای رفع هرگونه گفتاری، متصدی دفتر اسناد رسمی یا یک نفر از معتمدین محل را برای رفع مهر و موم دعوت مینماید. مادهٔ «۱۹۷» قانون امور حسبی: «نسبت باشخاص ذی‌نفع که محل اقامت آنها خارج از حوزهٔ دادگاه بخش باشد ابلاغ وقت بآنها لازم نیست و اگر وقت باشخاص مذکور اطلاع داده نشود، دادگاه بجای آنها متصدی دفتر رسمی یا یک نفر از معتمدین محل را معین و او را دعوت میکند که با حضور او مهر و موم برداشته شود».

مادهٔ «۱۹۸» ق. م امور حسبی: «عدم حضور اشخاصی که وقت برداشتن مهر و موم بآنها اطلاع داده شده، مانع از برداشتن مهر و موم نخواهد بود». زیرا با اطلاع وقت بآنان چنانچه حاضر نشوند استفاده از حق خود ننموده‌اند.

بدستور مادهٔ «۱۹۹» قانون امور حسبی: «در صورتی که بین ورثه، غایب یا محجور باشد رفع مهر و موم بعد از تعیین وکیل یا امین برای غائب و تعیین قیم برای محجور بعمل خواهد آمد». از نظر وحدت ملاک مادهٔ بالا، همچنین است در مورد جنین که برای او امین معین میشود.

بدستور مادهٔ «۲۰۰» قانون امور حسبی: «دادرس دادگاه بخش میتواند برداشتن مهر و موم را خود انجام دهد یا بکارمند علی البدل رجوع نماید».

بدستور مادهٔ «۲۰۱» قانون امور حسبی: «در موقع برداشتن مهر و موم صورت مجلسی مشتمل بر امور زیر تنظیم میشود:

۱- تاریخ- ساعت- روز- ماه و سال با تمام حروف.

۲- نام و مشخصات درخواست‌کننده.

۳- حضور و اظهارات اشخاص ذی‌نفع و نمایندگان آنها و اشخاصی که دادگاه بخش دعوت کرده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۶

۴- مهر و موم صحیح و بی‌عیب بوده یا دست خورده با توصیف کامل از دست‌خوردگی.

۵- نام و سمت کسی که مهر و موم را برمی‌دارد.

۶- امضاء کسی که مهر و موم را برمی‌دارد و سایر حاضرین».

مادهٔ «۲۰۲» قانون امور حسبی: «در موقع برداشتن مهر و موم صورت ریز آنچه از ترکه مهر و موم شده مطابق ترتیب مذکور در تحریر ترکه برداشته خواهد شد و اگر تنظیم صورت ریز ترکه در یک جلسه تمام نشود در آخر هر جلسه آن قسمتی از ترکه که مهر و موم آن برداشته شده مجدداً مهر و موم میشود».

بدستور مادهٔ «۲۰۳» قانون امور حسبی: «اگر در ضمن ترکه اشیاء یا نوشتجاتی متعلّق بغیر باشد و صاحبان آنها استرداد آن را درخواست نمایند باید بکسی که حق گرفتن اشیاء و نوشتجات را دارد، رد شود و هرگاه صاحبان اشیاء و نوشتجات حاضر نباشند، اشیاء و نوشتجات نامبرده حفظ میشود تا بصاحبان آنها رد شود». چنانکه در شرح مادهٔ «۱۸۸» ق. امور حسبی گذشت رد اشیاء یا نوشتجات باشخاصی که مدعی اختصاص آنها بخود هستند در صورتیست که اختلاف در تعلّق آن باشخاص مزبور نباشد و الا آن نوشتجات حفظ شده تا تکلیف آن بوسیلهٔ دادگاه صالح معین شود.

بدستور مادهٔ «۲۰۴» قانون امور حسبی: «در موارد زیر مهر و موم بدون تنظیم صورت ریزتر که برداشته میشود:

۱- در صورتی که درخواست‌کننده مهر و موم درخواست رفع مهر و موم را بدون تنظیم صورت ریز ترکه نماید و بین ورثه، محجور یا غائب و علّت دیگری برای مهر و موم یا تحریر ترکه نباشد.

۲- در صورتی که مهر و موم بدرخواست بستانکار بعمل آمده و ورثه پرداخت طلب او را تعهد نمایند یا بستانکار با برداشتن مهر و موم بدون تنظیم صورت ریز ترکه رضایت دهد و علّت دیگری برای مهر و موم یا تحریر ترکه نباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۷

۳- اگر علّت مهر و موم قبل از برداشتن مهر و موم یا در جریان آن مرتفع شود».

بدستور مادهٔ «۲۰۵» قانون امور حسبی: «هرگاه بین ورثه، غائب یا محجور باشد و همچنین در صورتی که وراث متوفی معلوم نباشد، در موقع برداشتن مهر و موم، ترکه باید تحریر شود». زیرا بوسیلهٔ تحریر ترکه چنانکه ذیلًا دیده میشود بهتر ممکن است حق اشخاص ذی‌نفع در ترکه حفظ گردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۸

مبحث دوم در تحریر ترکه

اشاره

چنانکه مادهٔ «۲۰۶» قانون امور حسبی میگوید: «مقصود از تحریر ترکه تعیین مقدار ترکه و دیون متوفی است».

درخـواست مزبور از دادگـاه بخشـی بعمـل می‌آیـد که مواد «۱۶۳» الی مـادهٔ «۱۶۵» قـانون امور حسـبی متـذکر است. دادگـاه مزبور دادگاهی است که صلاحیّت رسیدگی بامور ترکه را دارد که شرح آن در تفسیر مواد بالا گذشت.

باب اول درخواست کنندگان تحریر ترکه

بدسـتور مادهٔ «۲۰۷» قـانون امور حسـبی: «درخواست تحریر ترکه از ورثه یـا نماینـدهٔ قـانونی آنهـا و وصـی برای ادارهٔ أموال پـذیرفته میشود». بنابراین از طلبکار که میتوانـد درخواست مهر و موم بنمایـد درخواست تحریر ترکه پـذیرفته نمیشود. از نظر وحـدت ملاک، موصـی له در صورتی که موصی به جزء مشاع از ترکه باشد نیز میتواند درخواست تحریر ترکه را بنماید، زیرا نسبت بترکه متوفی در حکم ورثه است.

ولی چنانچه وصـیّت بعین معین شده باشد هرگاه بیش از ثلث نباشد موصـی له بفوت موصـی مالك آن میگردد و نسبت ببقیّه ترکه حقی نـدارد تا درخواست تحریر آن را بتوانـد بنمایـد. بنظر میرسـد چنانکه گفته شود که موصـی له مزبور نیز میتوانـد تحریر ترکه را بخواهـد جلوگیری از ضـرر احتمـالی او شـده است، زیرا مازاد بر مورد وصـیّت هرگاه حیف و میل شود و پس از اداء دیون کمتر از مقدار دو ثلث درآید از موصی به

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۵۹

کسر خواهد گردید و این امر بزیان موصی له است.

بدستور مادهٔ «۲۰۸» ق. امور حسبی: «امین غایب و قیّم محجور بایـد در ظرف ۱۰ روز از تاریخ تعیین و ابلاغ سـمت نامبرده بآنها، در صورتی که ترکه تحریر نشده باشد درخواست تحریر ترکه نمایند» زیرا بوسـیلهٔ این امر حق غایب و محجور حفظ میشود و اشکالاتی که در صورت عـدم تحریر ترکه ممکن است بـا طلبکـاران مواجه گردیـد پیش نمیآیـد. مادهٔ «۲۰۹» قانون امور حسبی میگویـد: «در صورتی که سـهم محجور از ترکه متوفائی قبل از تعیین قیّم معین نشـده باشـد، قیّم باید بمحض انتصاب خود درخواست تحریر ترکه نمایـد و همچنین است در صورتی که پس از تعیین قیم سـهمی از ترکه متوفـائی بمحجور برسـد». بنـابراین هرگاه بوسـیلهٔ ولی یا قیم دیگری، قبلاـ سـهم محجور معین شـده است قیّم بعـد، وظیفه ادارهٔ آن را دارد و الا هرگاه تحریر ترکه نشـده است قیّم موظف اسـت درخواست تحریر ترکه کند.

چنـانکه از دو مادهٔ بالا معلوم میگردد که وظیفه قیم درخواست تحریر ترکه میباشـد، هرگاه قیّم درخواست آن را نکنـد و یا تأخیر در آن اندازد و خسارتی از این جهت متوجه غائب یا محجور گردد قیم ضامن آن است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۰

باب دوم طرز تحریر ترکه

اشاره

بدستور مادهٔ « ۲۱۰» قـانون امور حسبی: «دادگاه بخش برای تحریر ترکه وقتی را که کمتر از یک ماه و بیش از سه ماه از تاریـخ نشـر آگهی نباشد معین کرده و در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار آگهی میدهد که ورثه یا نماینده قانونی آنها، بسـتانکاران و مدیونین بمتوفی و کسان دیگری که حقی بر ترکه متوفی دارند در ساعت و روز معین در دادگاه برای تحریر ترکه حاضر شوند.

علاوه بر آگهی فوق برای هر یك از ورثه یا نمایندهٔ قانونی آنها و وصـی و موصـی له اگر معین و در حوزهٔ دادگاه مقیم باشند برای حضـور در وقت مقرر احضـاریه فرسـتاده میشود». و الاـ چنـانچه در حوزهٔ دادگـاه مقیم یـا سـکونت نداشـته باشـند احضـاریه ارسـال نمیگردد و آگهی بوسیلهٔ روزنامه کافی خواهد بود.

مادهٔ «۲۱۱» قانون امور حسبی میگوید: «هرگاه میزان ترکه کمتر از یک هزار ریال باشد آگهی مذکور در مادهٔ فوق لازم نیست و دادگاه وقتی را برای تحریر ترکه معین کرده و باشخاص ذی‌نفع که معلوم و در حوزه دادگاه مقیم باشند اطلاع میدهد». زیرا آگهی در روزنامه هزینه‌ای دارد که متناسب با ترکهٔ کمتر از یک هزار ریال نمیباشد، مگر آنکه بطریقی بتوان مجاناً آگهی نمود. مانند آنکه بعضی از ورثه حاضر شوند هزینهٔ آن را بپردازند.

مادهٔ «۲۱۲» قانون امور حسبی: «غیبت اشخاصی که احضار شده‌اند مانع از تحریر ترکه نخواهد بود». زیرا پس از آگهی و فرض اطلاع اشخاص ذی‌نفع از تاریخ تحریر ترکه، عدم حضور آنان نمیتواند مانع از انجام تحریر ترکه گردد.

تحریر ترکه بطریق ذیل بعمل می‌آید:

الف- صورتبرداری از ترکه-

بدستور مادهٔ «۲۱۳» قانون امور حسبی:

«برای تحریر ترکه صورتی از ترکه برداشته میشود و این صورت باید مشتمل بر امور

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۱

زیر باشد:

۱- توصیف أموال منقول با تعیین بهاء آن.

۲- تعیین اوصاف و وزن و عیار نقره و طلا آلات.

۳- مبلغ و نوع نقدینه.

۴- بها و نوع برگهای بهادار.

۵- اسناد با ذکر خصوصیّات آنها.

۶- نام رقبات غیر منقول».

ب- ارزیابی-

بدستور مادهٔ «۲۱۴» قانون امور حسبی: «ارزیابی اموال منقول بتوسط ارزیابی که مورد تراضی ورثه یا مورد اعتماد دادرس باشد بعمل می‌آید».

بنابراین چنانچه ورثه توافق در تعیین ارزیاب ننمایند دادرس کسی را که مورد اعتماد او است انتخاب مینماید.

ج- تعیین دیون و مطالبات

بدستور مادهٔ «۲۱۵» قانون امور حسبی:

«مطالبات و بدهی متوفی که بموجب احکام نهائی و اسناد رسمی یا دفاتر و برگهای مربوط بمتوفی یا اقرار مدیونین و ورثه مسلم است نیز در صورت ترکه نوشته میشود».

و آنچه از دیون مورد تردید یا تکذیب ورثه قرار میگیرد و یا مطالباتی که مدیونین معترف بآن نیستند در صورت تحریر ترکه ذکر نمیگردد. تکلیف اینگونه دیون و مطالبات بوسیلهٔ دادگاه معین میشود.

د- تنظیم صورت مجلس تحریر ترکه-

بدستور مادهٔ «۲۱۶» قانون امور حسبی: «در موقع تحریر ترکه صورت مجلسی برداشته میشود که مشتمل بر امور زیر باشد:

۱- نام و سمت متصدی تحریر ترکه.

۲- نام و مشخصات کسانی که احضار شده و کسانی که حاضر شده‌اند.

۳- محلی که تحریر ترکه در آنجا صورت میگیرد.

۴- اظهارات اشخاص راجع بدارائی و بدهی و ترکهٔ متوفی.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۲

۵- نام و مشخصات کسی که اسناد و اموال باو داده میشود».

تذکر- بدستور مادهٔ «۲۱۷» قانون امور حسبی: «اگر در ضمن ترکه دفاتر بازرگانی باشد جاهای سفید آن با دو خط متقاطع پر میشود و اگر دفاتر مطابق قانون پلمپ نشده باشد متصدی تحریر ترکه صفحات دفتر را امضاء مینماید و اگر بین صفحه‌هائی که نوشته شده جای سفید مانده باشد آنجا دو خط متقاطع کشیده میشود».

این امر برای آنست که پس از فوت در دفاتر چیزی الحاق نشود.

چنانکه از روح مادهٔ بالا استنباط میشود هرگاه متوفی دارای مهر شخصی یا مهر تجارتخانه باشد که بوسیلهٔ آن اسنادی را مهر مینموده باید در جعبه گذارده و در آن را بسته و مهر و موم شود و در محلی محفوظ نگهدارند، زیرا آزاد بودن آن در دست اشخاص همان زیانی را دارد که دفاتر تجاری بسته نشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۳

باب سوم وضعیت ترکه در مدت تحریر آن

الف- بدستور مادهٔ «۲۱۸» ق. امور حسبی: «در مدتی که ترکه تحریر میشود، تصرف در ترکه ممنوع است، مگر تصرفاتی که برای اداره و حفظ ترکه لازم است».

بنابراین هزینهٔ لازم برای اداره و تحریر ترکه از وجه نقد متوفی پرداخت میشود و چنانچه وجه نقد نداشته باشد بنظر دادرس بعض از أموال او که مصلحت اقتضا نماید بفروش میرسد و از ثمن آن هزینه‌های ضروری بالا پرداخت میگردد. (مستنبط از مادهٔ «۱۹۰» ق. امور حسبی).

ب- بدستور مادهٔ «۲۱۹» قانون امور حسبی: «عملیات اجرائی راجع ببدهی متوفی در مدت تحریر ترکه معلّق میماند». زیرا چنانچه عملیات اجرائی جریان داشته باشد و اموال متوفی مورد بازداشت و مزایده و فروش قرار بگیرد بی‌نظمی در امور تحریر ترکه ایجاد مینماید. علاوه بر آنکه بازداشت و مزایده بعضی از أموال متوفی در مقابل اجرائیه بنفع بعضی از طلبکاران، ممکن است بزیان بستانکاران دیگر تمام شود که طلب آنان مورد صدور اجرائیه قرار نگرفته است، زیرا بفوت مدیون تمامی ترکه متعلّق حق بستانکاران او میشود، خواه مورد حکم یا اجرائیه قرار گرفته باشد و یا هنوز موعد تأدیه آن نرسیده باشد.

آنچه در این مورد قابل تذکر میباشد آنست که بازداشت تأمینی و همچنین بازداشت اجرائی در مقابل طلب، برای جلوگیری از حیف و میل مال از طرف مدیون میباشد، نه آنکه حق امتیازی برای طلبکارانی که بنفع آنان بازداشت شده ایجاد نماید که در صورت عدم تکافؤ دارائی مدیون بتأدیه تمام دیون، اینان در ردیف طلبکاران ممتازهٔ که در مقابل طلب آنان رهن و مورد معامله با حق استرداد قرار گرفته است شناخته شوند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۴

ج- بدستور مادهٔ «۲۲۰» ق. امور حسبی: «مرور زمان نسبت بمطالبات متوفی در مدت تحریر ترکه جاری نمیشود». عدم جریان مرور زمان در مدت تحریر ترکه نسبت به مطالبات متوفی بر دو نحو است:

۱- در صورتی که در زمان حیات متوفی یا قبل از تحریر ترکه مرور زمان شروع شده باشد، در مدت تحریر ترکه مرور زمان معلّق خواهد ماند و طبق مادهٔ «۷۵۵» قانون آئین دادرسی مدنی مدت بعد از زوال جهت تعلیق بمدت قبل از تعلیق برای استفادهٔ از مرور زمان اضافه میشود.

۲- در صورتی که مرور زمان در مدت، تحریر ترکه شروع شود، مرور زمان مادام که تحریر ترکه میشود جاری نمیگردد و از تاریخ انقضاء تحریر ترکه مدت احتساب میشود.

د- بدستور مادهٔ «۲۲۱» قانون امور حسبی: «دعاوی راجعه بترکه یا بدهی متوفی در مدت تحریر ترکه توقیف میشود، ولی بدرخواست مدعی ممکنست خواسته تأمین شود». چنانکه از ظاهر مادهٔ بالاـ معلوم میشود در صورتی که کسی دعوی بطرفیت متصرف ترکه یا ورثه راجع بعین ترکه یا بدهی از متوفی اقامه کند، پس از درخواست تحریر ترکه دعوی مزبور توقیف میشود تا تحریر ترکه خاتمه پذیرد.

بنابراین هر یک از طرفین دعوی که شروع بتحریر ترکه را بدادگاهی که رسیدگی بدعوی مینماید اعلام داشت، دادگاه توقیف دعوی را اعلام میدارد، و مادام که ختم تحریر ترکه بدادگاه مزبور اعلام نشود، دعوی بجریان نخواهد افتاد. بدستور مادهٔ «۲۹۳» ق آئین دادرسی مدنی: «در صورت توقیف دادرسی، دادگاه میتواند خواسته را موافق قانون تأمین نماید». بنابراین اجازهٔ تأمین خواسته در ذیل مادهٔ «۲۲۱» قانون امور حسبی تذکری بیش نیست.

پس از آنکه تحریر ترکه بقسمی که بیان گردید بعمل آمد، چنانچه ورثه توافق نمایند که ادارهٔ ترکه بعهدهٔ شخص معینی گذارده شود، دادگاه آن را بشخص مزبور واگذار مینماید، و الا بنابر مستنبط از مادهٔ «۲۲۳» قانون امور حسبی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۵

میگوید: «هرگاه در موقع تحریر ترکه اختلافاتی بین ورثه راجع بادارهٔ ترکه باشد، دادگاه سعی میکند که اختلاف آنها بطریق مسالمت مرتفع شود و الا بدرخواست یکی از ورثه کسی را از ورثه یا غیر آنها برای حفظ ترکه موقتاً معین مینماید».

دادگاه بنظر خود کسی را که مورد اعتماد باشد معیّن مینماید تا ترکه را حفاظت کند. شخص مزبور فقط میتواند آنچه لازمهٔ حفاظت ترکه است بعمل آورد.

بدستور مادهٔ «۲۲۴» ق. امور حسبی: «خاتمه تحریر ترکه بورثه اطلاع داده میشود و هرگاه ورثه یا اقامتگاه آنها معین نباشد اطلاع مزبور بوسیلهٔ آگهی در روزنامه خواهد شد».

چنانکه گذشت، ترکهٔ میّت در اثر فوت قهراً بورثهٔ او منتقل میگردد و هرگاه میّت مدیون باشد اگر چه مؤجل باشد نیز در اثر فوت او بترکه تعلّق خواهد گرفت.

بنابراین در نتیجهٔ فوت، ترکه متوفی ملک ورثه و وثیقهٔ طلب بستانکاران متوفی قرار میگیرد. چنانچه متوفی وصیتی بسهم مشاع نموده باشد نیز سهمی از ترکه که از آن موصی له میباشد وثیقهٔ طلب بستانکاران متوفی است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۶

قسمت دوم تصفیه ترکه

اشاره

در اصطلاح حقوقی چنانکه مادهٔ «۲۶۰» قانون امور حسبی میگوید: «مقصود از تصفیهٔ ترکه تعیین دیون و حقوق بر عهدهٔ متوفی و

پرداخت آنها و خارج کردن مورد وصیّت از ماترک است».

مادهٔ «۲۴۰» قانون امور حسبی طرق تصفیهٔ ترکه را بیان مینماید. مادهٔ «۲۴۰» قانون امور حسبی: «ورثه متوفی میتوانند ترکه را قبول کرده که دیون متوفی را بپردازند، و یا ترکه را واگذار و رد کنند که به بستانکاران داده شود، و نیز میتوانند قبول یا رد خود را منوط بتحریر ترکه نمایند و پس از تحریر ترکه دیون و ترکه را مطابق صورت تحریر قبول یا رد نمایند و یا تصفیهٔ ترکه را از دادگاه بخواهند».

چنانکه مادهٔ بالا حاکی است تصفیهٔ ترکه بیکی از چهار طریق ممکن خواهد بود:

اشاره

۱- تصفیه در صورت قبول ترکه:

۲- تصفیه در صورت رد ترکه.

۳- تصفیه در صورت قبول ترکه مطابق صورت تحریر ترکه.

۴- تصفیه در صورت درخواست آن از دادگاه.

شرح هر یک از طرق چهارگانهٔ تصفیه ذیلا بیان میگردد.

1- تصفیه در صورت قبول ترکه

اشاره

طبق قسمت اول مادهٔ «۲۴۰» قانون امور حسبی: «ورثه متوفی میتوانند ترکه را قبول کرده که دیون متوفی را بپردازند ...» بوسیلهٔ قبول ترکه چنانکه از عبارت مادهٔ بالا فهمیده میشود، ورثه تعهد ضمنی مینمایند که تمامی دیون و تعهدات متوفی را

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۷

که بترکهٔ او تعلّق گرفته از آن بپردازند. قبول ترکه از طرف ورثه حق عینی طلبکاران را از ترکه ساقط نمیگرداند. وارثی که ترکه را قبول مینماید عموماً جاهل بمقدار دیون و تعهدات متوفی میباشد، زیرا اغلب اشخاص دفاتر منظمی ندارند که وضعیت مالی خود را در آن ثبت نمایند. اقدام ورثه بقبول ترکه در این موارد بتصور تکافؤ ترکه بدیون و تعهدات متوفی یا زیادتی ترکه بر آن است، بدین جهت ممکن است دیون و تعهدات متوفی بیش از ترکه باشد. در این صورت ورثه ناچار شوند از خود آن را بپردازند یا بدستور مادهٔ «۲۴۸» قانون امور حسبی در دادگاه ثابت نمایند که دیون متوفی زائد بر ترکه بوده است و خود را از زیر بار زیان برهانند. بدین جهت است که مادهٔ «۲۴۱» قانون امور حسبی میگوید: «قیم محجور و امین غائب نمیتوانند ترکه و دیون را بطور مطلق قبول نمایند، ولی میتوانند مطابق صورت تحریر قبول نمایند». زیرا قبول ترکه بطور مطلق بوسیلهٔ قیم و امین غائب ممکن است مسئولیتی برای غائب و محجور ایجاد نماید، بدون آنکه فائدهٔ تصور شود، این است که قیّم فقط میتواند مطابق صورت تحریر ترکه، قبول نماید.

طبق مادهٔ «۲۴۲» قانون امور حسبی: «قبول ترکه ممکن است صریح باشد یا ضمنی. قبول صریح آنست که بموجب سند رسمی یا عادی قبول خود را بدادگاه اطلاع بدهند. قبول ضمنی آنست که عملیاتی در ترکه نمایند که کاشف از قبول ترکه و اداء دیون باشد: از قبیل بیع و صلح و هبه و رهن و امثال آن که بطور وضوح کشف از قبول ترکه نماید» زیرا قبول، امر ارادی است و آنچه نوعاً کشف از آن بنماید کاشف قرار میگیرد تا خلاف آن ثابت گردد. بنابراین صلح، هبه، رهن و فروش و أمثال آنها کاشف از قصد وارث بتصفیهٔ امور ترکه است، زیرا هرگاه چنین قصدی را نداشته باشد اقدام بآن گونه تصرفات نمینماید. بالعکس اموری که

مربوط بحفظ ترکه است از قبیل تعمیرات ضروری و جمع آوری اثاثیه در محل محفوظ و یا برداشت زراعت برای جلوگیری از حیف و میل و تفریط که مالک در ملک خود مینماید، نمیتواند نوعاً کاشف از قصد قبول ترکه قرار گیرد. این است که مادهٔ «۲۴۳» قانون

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۸

امور حسبی میگوید: «حفظ ترکه و جمع آوری درآمد و وصول مطالبات و بطور کلی اقدامات راجع بادارهٔ ترکه کاشف از قبول آن نخواهد بود». مگر آنکه قرائن خارجی پیوست گردد که کشف از ارادهٔ وارث بر قبول ترکه بنماید، در این صورت اقداماتی که برای حفظ ترکه لازم میباشد قبول ضمنی خواهد بود. این است که مادهٔ «۲۴۴» قانون امور حسبی میگوید: «اگر چیزی از ترکه در معرض تلف بوده یا حفظ آن محتاج به هزینهٔ باشد که متناسب با بهای آن نیست، وارث میتواند آن را بفروشد، و این عمل قبول ضمنی ترکه محسوب نمیشود. و همچنین در صورتی که برای هزینهٔ کفن و دفن میت و هزینهٔ ضروری دیگر فروش قسمتی از ترکه لازم باشد این عمل قبول ضمنی ترکه محسوب نیست». بدستور مادهٔ «۲۵۰» ق. امور حسبی ورثه چنانچه در ظرف یک ماه از تاریخ اطلاع بر فوت مورث ردّ خود را بدادگاه اعلام ندارد، در حکم قبول میباشد.

بنابر مستنبط از مادهٔ «۲۴۹» قانون امور حسبی قبول ترکه باید منجز باشد و نمیتواند معلّق واقع شود، مانند آنکه ورثه بگویند هرگاه آفت بمحصول دهات متوفی در سال جاری نرسد ترکه را قبول میکنیم، همچنانی که نمیتواند قبول مشروط باشد مانند آنکه ورثه بگویند ترکه را قبول داریم بشرط آنکه طلبکاران یک سال مهلت بدهند و طلب خود را مطالبه نکنند، مگر آنکه طلبکاران موافقت با شرط نمایند، زیرا وضعیت ترکه باید بطور روشن معلوم شود و الا ـ در معرض حیف و میل قرار میگیرد و مسئولیت را کسی عهده‌دار نیست، چه ممکن است معلق علیه محقق نگردد و شرط انجام نگیرد.

مادهٔ «۲۴۵» قانون امور حسبی: «اگر وارثی قبل از قبول یا رد ترکه فوت کند، ورثهٔ آن وارث بجای او میتوانند ترکه را قبول یا رد نمایند». زیرا سهم الارث متوفی مزبور بورثهٔ او منتقل میگردد و آنها قائم مقام مورث خود در آن خواهند بود.

مادهٔ «۲۴۷» قانون امور حسبی میگوید: «وارثی که ترکه را قبول کرده است

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۶۹

مادامی که تصرف در ترکه نکرده میتواند رد نماید». چنانکه از مادهٔ مزبور فهمیده میشود قبول ترکه مادام که تصرف در آن ننموده قابل رجوع است و آن بوسیلهٔ رد ترکه بعمل می‌آید. منظور ماده از تصرف در مورد بالا، اعمالی است که متعاقب قبول انجام میگیرد و نوعاً کاشف از آن میباشد.

آثار قبول ترکه

مادهٔ «۲۴۸» قانون امور حسبی: «در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند هر یک مسئول اداء تمام دیون بنسبت سهم خود خواهند بود، مگر اینکه ثابت کنند دیون متوفی زاید بر ترکه بوده و یا ثابت کنند که پس از فوت متوفی ترکه بدون تقصیر آنها تلف شده و باقی‌ماندهٔ ترکه برای پرداخت دیون کافی نیست که در این صورت نسبت بزائد از ترکه مسئول نخواهند بود».

مادهٔ بالا دارای سه قسمت است:

اول- در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند، هر یک مسئول اداء تمام دیون بنسبت سهم خود خواهند بود، زیرا دین متوفی بتمامی ترکهٔ او تعلق گرفته و قبول هر یک از ورثه، تعهد بتأدیه دیون مورث بنسبت سهم‌الارثی است که از ترکه باو میرسد، مثلا زوج که سهم الارث او ربع یا نصف است بمقدار ربع یا نصف از دیون زوجه را عهده‌دار خواهد بود و مادر که ثلث یا سدس از ترکه را مستحق میباشد مسئول پرداخت ثلث یا سدس از دیون فرزند خود میباشد.

دوم- در صورتی که ترکه کفاف تمامی دیون متوفی را ندهد، وارثی که ترکه را قبول نموده میتواند این امر را ثابت نماید. در این صورت ورثه تا مقدار ترکه در مقابل طلبکاران مسئول میباشند، زیرا حقوق بستانکاران بترکه تعلق گرفته است و مسئولیت ورثه در پرداخت دیون مورث در اثر مسئولیتی است که در نتیجه قبول تصفیه امور ترکه بعهده گرفته‌اند و آن مسئولیت بمقدار ارزش ترکه میباشد. مثلا چنانچه متوفی یکصد هزار ریال مدیون است و سهم الارث زوج نصف از ترکه بوده است با قبول، او مسئول پنجاه هزار ریال از دیون میباشد. و هرگاه ارزش نصف از ترکه کمتر از پنجاه هزار ریال باشد و زوج این امر را در دادگاه بطرفیت بستانکاران ثابت کند، بمقدار ارزش

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۰

آن نصف، از دیون را میدهد و بیش از آن مسئولیتی در مقابل بستانکاران ندارد.

سوم- در صورتی که تمام یا قسمتی از ترکه پس از قبول ورثه نزد او بدون تعدی و تفریط تلف شود. با اثبات این امر از طرف ورثهٔ مزبور بیش از آنچه از ترکه باقیمانده در مقابل بستانکاران مسئول نخواهند بود، زیرا وارثی که مالک ترکه است باعتبار حق طلبکاران نسبت بآن امین میباشد و امین نسبت بتلف و نقص که بدون تعدی و تفریط او حاصل شده مسئول نمیباشد، و قبول ترکه هم از طرف ورثه، بعهده گرفتن پرداخت دیون مورث بمقداری است که از ترکه حاصل میگردد، نه آنکه بطور مطلق دیون مورث را عهده‌دار شده باشند. بنابراین چنانچه تمام یا قسمتی از ترکه نزد ورثه بدون تعدی و تفریط تلف شود آنان مسئول نخواهند بود. اما در صورتی که تمام یا قسمتی از ترکه پس از قبول در اثر تعدی یا تفریط ورثه تلف شود، آنان ضامن میباشند و بمقدار ارزش ترکه مسئول پرداخت دیون هستند.

آنچه گفته شد که هرگاه ورثه ترکه را قبول نمایند مسئول تأدیهٔ تمامی دیون متوفی میباشند، مگر آنکه ثابت کنند که کمتر از آنست، در صورتیست که تمامی ورثه ترکه را بطور مطلق قبول نمایند و الا بدستور مادهٔ «۲۴۶» قانون امور حسبی: «هرگاه بعضی از ورثه ترکه را قبول و بعضی رد نماید، ترکه باید تحریر شود و بعد از تحریر هم میتوانند قبول یا رد نمایند» یعنی قبول و ردی که قبلا بعمل آمده است کأن لم یکن و بلااثر میباشد، بنابراین کسی که قبول نموده میتواند رد کند و کسی که رد نموده قبول نماید. قبول مزبور قبول بطور مطلق نمیباشد، زیرا تحریر ترکه بعمل آمده و مقدار ارزش آن معین شده است و قبول، ناچار مطابق صورت تحریر ترکه خواهد بود.

2- تصفیه در صورت رد ترکه

رد ترکه عبارت از امتناع ورثه از تصفیه امور ترکه، یعنی اداره کردن آن و تعهد بتأدیهٔ دیون متوفی میباشد (مستنبط از مادهٔ «۲۴۰» ق. امور حسبی) بدستور مادهٔ «۲۴۹» ق. امور حسبی: «وارثی که ترکه را رد میکند باید کتباً

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۱

یا شفاهاً بدادگاه اطلاع بدهد، اطلاع مزبور در دفتر مخصوصی ثبت خواهد شد. این رد نباید معلق یا مشروط باشد». ورثه چنانچه نخواهند عهده‌دار تصفیهٔ امور ترکه گردند بدستور مادهٔ «۲۵۰» قانون امور حسبی بایـد در ظرف یک ماه از اطلاع بر فوت مورث آن را بدادگاه صلاحیت‌دار اعلام دارند. هرگاه ورثه در ظرف مدت مزبور آن را اعلام ننمایند مانند آنست که ترکه را بطور مطلق قبول نموده‌اند. در این صورت ملزم بپرداخت تمامی دیون متوفی میباشند مگر آنکه ثابت نمایند ترکه کفایت آن را نمینموده است. مادهٔ «۲۵۰» ق امور حسبی: «رد ترکه باید در مدت یک ماه از تاریخ اطلاع وارث بفوت مورث بعمل آید، اگر در مدت نامبرده رد ترکه بعمل نیاید در حکم قبول و مشمول مادهٔ «۲۴۸» خواهد بود». چنانکه مادهٔ «۲۴۹» امور حسبی تصریح مینماید رد ترکه نمیتواند معلق باشد مانند آنکه ورثه بگویند اگر محصول امسال دهات متوفی دچار آفت گردید رد میکنیم، همچنانی که نمیتواند مشروط باشد

مانند آنکه ورثه بگویند ترکه را رد مینمائیم مشروط بر اینکه ورثهٔ دیگر نیز ترکه را رد نمایند.

در صورتی که درخواست تحریر ترکه طبق مادهٔ «۲۰۷» قانون امور حسبی بعمل آمده باشد، بدستور مادهٔ «۲۵۱» قانون امور حسبی مدت یک ماه مذکور در مادهٔ «۲۵۰» ق. امور حسبی از تاریخ ابلاغ خاتمه تحریر ترکه بوارث مزبور شروع میشود. مادهٔ «۲۵۱» ق. امور حسبی: «در صورتی که ترکه تحریر شده باشد مدت مذکور فوق از تاریخ ابلاغ خاتمه تحریر ترکه بوارث شروع میشود». اگر وارث عذر موجهی برای عدم اظهار رد در مدت معینه (مقرر در مادهٔ «۲۵۰» و «۲۵۱» ق. امور حسبی) داشته باشد مانند آنکه او در محلی بوده که وسیلهٔ اعلام نداشته و یا آنکه محبوس بوده و اجازه مکاتبه با خارج را نداشته و یا بیمار سخت و بیهوش بوده است، دادگاه بدستور مادهٔ «۲۵۳» قانون امور حسبی میتواند مدت مزبور را تمدید یا تجدید نماید. بنابراین ذی‌نفع میتواند با ابراز دلیل بر این امر از دادگاه درخواست تمدید مدت یک ماه و یا تجدید آن را بخواهد. دادگاه پس از رسیدگی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۲

و ثبوت ادعاء، مدت مزبور را تمدید یا تجدید مینماید.

هرگاه تمام ورثه ترکه را رد نمایند بدستور مادهٔ «۲۵۴» قانون امور حسبی در حکم ترکهٔ متوفای بلاوارث است و مطابق فصل هشتم این باب (در ترکهٔ متوفای بلاوارث مادهٔ «۳۲۷- ۳۳۶» ق. امور حسبی) تصفیهٔ ترکه بعمل می‌آید (یعنی بدرخواست دادستان مدیر ترکه بوسیلهٔ دادگاه معین میشود) و پس از تأدیه طلب بستانکاران چنانچه زائدی بماند مال ورثه خواهد بود، زیرا رد ترکه چنانکه گذشت اعراض از مالکیت ترکه نمیباشد، بلکه رد تصفیه ترکه است. بدستور ذیل مادهٔ «۲۶۳» ق. امور حسبی اگر ادارهٔ تصفیه در محل موجود باشد آن را باداره نامبرده مراجعه می‌نمایند.

3- تصفیه در صورت قبول ترکه مطابق صورت تحریر ترکه

ورثه میتوانند مطابق صورت تحریر ترکه، تصفیهٔ ترکه را عهده‌دار شوند، یعنی اداره ترکه و همچنین تأدیهٔ دیون مورث را تا حدود ارزش ترکه قبول کنند و آن بچهار نحو ممکن است پیش آید:

۱- ورثه میتوانند در ظرف یک ماه از تاریخ فوت مورث بدادگاه بخش صلاحیت‌دار اطلاع دهند که ترکه را طبق صورت تحریر ترکه قبول دارند. در این صورت ورثه پس از انجام تحریر ترکه (اگر چه هنوز شروع نشده باشد) ملزم میباشند که دیون مورث را در حدود ارزش ترکه بپردازند. تعهد ورثه بپرداخت دیون متوفی منحصر بدیونی نمیباشد که در صورت تحریر ترکه یادداشت شده است، بلکه هرگاه طلبی پس از تنظیم صورت تحریر ترکه از متوفی ثابت گردد نیز وارث ملزم بپرداخت آن تا حدود صورت تحریر ترکه میباشد. مادهٔ «۲۵۵» قانون امور حسبی میگوید: «در صورتی که ورثه فقط مطابق صورت تحریر ترکه، ترکه و دیون را قبول کنند باید در ظرف مدت یک ماه از تاریخ فوت مورث این مطلب را بدادگاه بخش اطلاع دهند، در این صورت ورثه ملزمند که دیون متوفی را در حدود صورت ترکه بپردازند، هر چند بعد از تنظیم صورت تحریر ترکه ادعای طلب شده باشد».

طبق مادهٔ «۲۵۶» قانون امور حسبی: «اطلاع مذکور فوق در صورتی مؤثر است

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۳

که قبلاـ ترکه تحریر شده یا بعداً تحریر شود» بنابراین چنانچه تحریر ترکه بعمل نیاید ورثهٔ مزبور مسئولیتی در مقابل بستانکاران ندارند، زیرا تعهد آنان بتادیهٔ دیون متوفی طبق صورت تحریر ترکه میباشد و آن بعمل نیامده است. در صورتی که ورثه تصرفاتی در ترکه نمایند که کاشف از قبول ترکه بطور مطلق باشد طبق مادهٔ «۲۴۸» ق امور حسبی رفتار میشود.

۲- ورثه میتوانند بدادگاه بخش صلاحیتدار اعلام دارند که قبول یا رد خود را پس از تحریر ترکه اعلام خواهند داشت (قسمتی از مادهٔ «۲۴۰» قانون امور حسبی).

بنـابراین پس از انجـام تحریر ترکه ورثه میتواننـد در ظرف یـک مـاه از تاریـخ خاتمـهٔ تحریر ترکه قبول یا رد خود را بـدادگاه بخش اعلام دارند.

۳- ورثه میتواننـد پس از فوت مورث هیـچ گونه اظهاری ننمایند و بعد از تحریر ترکه در ظرف یک ماه از تاریخ تحریر ترکه قبول یا رد خود را اظهار نمایند. دادگاه بخش میتواند بحسب اقتضاء این مدت را زیاد کند. مادهٔ «۲۵۷» قانون امور حسبی:

«بعـد از تحریر ترکه نیز ورثه میتواننـد در ظرف یک ماه از تاریخ اطلاع بخاتمهٔ تحریر ترکه قبول یا رد خود را اظهار نمایند و دادگاه بخش میتواند بحسب اقتضا این مدت را زیاد کند».

۴- بدستور ماده «۲۵۹» ق. امور حسبی: «در صورت تحریر ترکه وارثی که در مـدت مقرر قبول یـا رد خود را اظهار نکرده باشـد در حکم کسی است که مطابق صورت تحریر ترکه دیون را قبول کرده است».

بدستور «مادهٔ» ۲۵۸ ق. امور حسبی: «در صورتی که بعضـی از ورثه ترکه را قبول کرده و بعضـی رد نماینـد، وارثی که ترکه را قبول کرده است اقـدامات لازمه را برای اداره ترکه و اداء دیون و حقوق و وصول مطالبـات و غیره انجـام میدهـد و وارثی که ترکه را رد کرده است حق هیچ گونه اعتراضی بعملیات او ندارد، لیکن اگر پس از تصفیهٔ ترکه چیزی از ترکه بماند سهم الارث وارثی که ترکه را رد کرده است بـاو داده خواهـد شـد. در این صـورت وارثی که ترکه را قبول کرده و در ازای زحمـتی که برای اداره کردن ترکه نسبت بسهم سایرین متحمل شده مستحق دستمزد خواهد بود. تشخیص

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۴

میزان دستمزد در صورت عدم تراضی با دادگاه است».

4- تصفیه در صورت درخواست آن از دادگاه

اشاره

اشخاص ذیل میتوانند از دادگاه بخش مذکور در مواد «۱۶۳- ۱۶۵» ق. امور حسبی درخواست تصفیه ترکه را بنمایند:

۱- وصی و هر یک از ورثه

طبق مادهٔ «۲۶۱» قانون امور حسبی: «وصی و هر یک از ورثه میتوانند از دادگاه کتباً تصفیهٔ ترکه را بخواهند».

۲- موصی له-

مادهٔ که نام موصـی له را ببرد و اجازه دهـد که درخواست تصـفیهٔ ترکه را بنماید دیده نشد، ولی بنظر میرسد که چنانچه سـهم مشاع برای او وصـیت شـده باشد بتواند تصـفیه ترکه را از دادگاه بخواهد، زیرا وضـعیت موصـی له مزبور از نظر تحلیلی مانند وارث است. بخلاف کسی که عین معین از ترکه باو وصیت شده باشد.

مادهٔ «۲۶۲» قانون امور حسبی: «هرگاه بعضـی از ورثه ترکه را قبول کرده باشـند سایر ورثه نمیتوانند تصـفیه ترکه را بخواهند» و آنها میتواننـد بـا کسـانی که قبول نمودهانـد موافقت کرده قبول نماینـد و یا چنانکه مادهٔ «۲۴۶» قـانون امور حسـبی حـاکی است آن را رد کننـد، در این صورت تحریر ترکه بعمل خواهـد آمـد. پس از آن آنها میتواننـد طبق صورت تحریر ترکه آن را قبول یا رد نماینـد. و چنانچه رد نمایند بدستور مادهٔ «۲۵۸» ق. امور حسبی وارثی که قبول کرده اقـدامات لازمه را برای ادارهٔ ترکه و اداء دیون و حقوق و وصول مطالبات و غیره انجام میدهد.

بطلبکار اجازهٔ درخواست تصفیه ترکه داده نشده است.

مادهٔ «۲۶۳» قانون امور حسبی: «دادگاه بخش پس از درخواست تصفیه، منتهی تا یک هفته یک یا چند نفر را بسمت مدیر تصفیه معین مینماید و آنها تحت نظر دادرس امور تصفیه را انجام میدهند و اگر ادارهٔ تصفیه در محل موجود باشد آن را باادارهٔ نامبرده مراجعه مینماید».

منظور ماده از انجام دادن امور تصفیه تحت نظر دادرس یا ادارهٔ تصفیه، نظارت

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۵

کامل دادرس بر أعمال مدیر تصفیه است.

آنچه گفته شد که مدیر تصفیه بوسیلهٔ دادگاه تعیین میشود و طبق مقرّرات این مبحث رفتار میکند، در صورتیست که متوفی بازرگان نباشد و الا بدستور مادهٔ «۲۷۴» قانون امور حسبی: «تصفیهٔ ترکه متوفی در صورتی که متوفی بازرگان باشد تابع مقررات تصفیهٔ امور بازرگان متوقف است».

مادهٔ «۲۶۴» قانون امور حسبی: «در صورتی که متوفی وصی برای اداره أموال داشته باشد، امر تصفیه بوصی واگذار میشود». چنانکه گذشت هرگاه موصی برای ادارهٔ ثلث خود یا مولی علیه وصی معین نموده، ادارهٔ امور تصفیهٔ ترکه باو سپرده میشود تا انجام امور مربوطه سریعتر انجام گیرد. این امر در صورتیست که وصی مزبور صلاحیّت ادارهٔ امور ترکه را داشته باشد و الا دیگری برای این سمت انتخاب میگردد.

مادهٔ «۲۶۶» قانون امور حسبی: «پس از تعیین مدیر تصفیه أموال بمدیر تصفیه تسلیم میشود و در صورتی که ترکه تحریر نشده باشد، مطابق فصل چهارم این باب تحریر میشود». در صورتی که ترکه بوسیلهٔ دادگاه تصفیه گردد ناچار بایـد تحریر ترکه بعمل آید، این است که مادهٔ بالا متذکّر شده است که هرگاه قبل از تسلیم ترکه بمدیر تصفیه تحریر ترکه بعمل نیامده باشد، مطابق فصل چهارم این باب بوسیلهٔ مدیر تصفیه، تحریر ترکه بعمل خواهد آمد.

تکالیف مدیر تصفیه

بدستور مادهٔ «۲۷۰» قانون امور حسبی: «بعد از تحریر ترکه مدیر تصفیه وقتی را برای رسیدگی تعیین و بورثه و بستانکاران و اشخاص ذی‌نفعی که خود را معرفی کرده‌اند اطلاع میدهد که در وقت معین حاضر شوند» در صورتی که تحریر ترکه قبل از تسلیم آن بمدیر تصفیه بعمل آمده، مدیر تصفیه پس از تسلیم وقتی را برای رسیدگی معین مینماید و الا تحریر ترکه را انجام خواهد داد و پس از خاتمهٔ آن مبادرت بتعیین وقت خواهد نمود و بوسیلهٔ اخطاریه آن را بورثه و بستانکاران متوفی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۶

و اشخاص ذی‌نفع از قبیل وصی، موصی له اطلاع میدهد تا در وقت معین حاضر گردند.

مادهٔ «۲۷۱» قانون امور حسبی میگوید: «مدیر تصفیه در وقت مقرّر شروع برسیدگی نموده و پس از رسیدگی کلیه دیون و حقوقی را که بترکه تعلّق میگیرد تأدیه مینماید». چنانکه از مادهٔ بالا فهمیده می‌شود رسیدگی مدیر تصفیه عبارت خواهد بود از رسیدگی بمقدار دیون و تعهداتی که بترکهٔ متوفی تعلّق می‌گیرد، سپس آنچه را که با ملاحظه اسناد مربوطه محقق و ثابت دانست تأدیه مینماید و هرگاه مورد تصدیق نباشد بدستور مادهٔ «۲۷۳» قانون امور حسبی بستانکاران میتوانند بمراجع صلاحیت‌دار قضائی برای اثبات آن مراجعه نمایند مادهٔ «۲۷۳» ق. امور حسبی «کسی که ادعای طلبی نموده و طلب او تصدیق نشده باشد و نیز کسی که طلب او کسر شده یا حق رهن یا حق رجحان او منظور نشده میتواند در دادگاه صلاحیتدار اقامه دعوی نماید».

مادهٔ «۲۶۹» ق. امور حسبی: «مدیر تصفیه کلیّه اقداماتی که برای ادارهٔ ترکه لازم است بعمل می‌آورد، ولی نباید از حدود اقداماتی

که عادتاً برای انجام مأموریت او لازم بوده خارج شود». چنانچه تجاوز نماید مسئول خسارت وارده خواهد بود.

مادهٔ «۲۶۸» ق. امور حسبی: «مدیر تصفیه باید مطالبات متوفی را وصول و از خراب و ضایع شدن اموالی که در معرض خرابی و تضییع است جلوگیری کرده و آنها را بفروش برساند- در نگاهداری أموال مواظبت نموده و تعمیرات ضروری اموال غیر منقول را بنماید- از تعطیل کارخانه و یا تجارتخانهٔ متوفی در صورتی که دایر باشد جلوگیری کند- درآمد ترکه و محصول را جمع‌آوری نموده و نظر بمقتضیات انبار نماید و یا بفروش برساند. مواد اولیه را که برای دائر ماندن بنگاه صنعتی و بازرگانی متوفی لازم است تحصیل و یا تجدید کند». و همچنین است امور مربوطه بکشاورزی چنانچه جزء ترکه املاک مزروعی وجود داشته باشد.

مادهٔ «۲۷۵» قانون امور حسبی: «فروش أموال متوفی بتوسط مدیر تصفیه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۷

باید بطریق مزایده باشد، مگر اموالی که دارای نرخ معینی است، یا تمام اشخاص ذی‌نفع در قیمت آن موافق باشند- ترتیب مزایده در آئین‌نامه وزارت دادگستری معین میشود».

مادهٔ «۲۶۷» قانون امور حسبی: «پس از تعیین حقوق و دیون متوفی و پرداخت آن و اخراج مورد وصیّت اگر از ترکه چیزی باقی بماند، باقیمانده ترکه بورثه داده میشود». که بین خود طبق مقرّرات ارث تقسیم نمایند. بنابراین تقسیم ترکه بین ورثه، خارج از حدود تصفیهٔ ترکه است.

مادهٔ «۲۷۲» قانون امور حسبی: «بستانکاری که در موعد مقرّر برای تحریر ترکه خود را معرفی نکرده یا پس از معرفی طلب او تصدیق نشده باشد میتواند در دادگاه صلاحیّت‌دار تا مقداری که از ترکه بورثه داده شده است بر ورثه اقامهٔ دعوی نماید.

و اگر چیزی بورثه نرسیده یا آنچه رسیده است کافی برای تأدیه طلب نباشد میتواند بر بستانکاران دیگر که ترکه بآنها داده شده برای أخذ حصهٔ غرمائی خود اقامهٔ دعوی نماید». زیرا ترکه متوفی متعلّق حق تمامی بستانکاران بوده است.

و بدستور مادهٔ «۲۲۶» ق. امور حسبی اگر ترکه برای اداء تمام دیون کافی نباشد ترکه ما بین تمام بستانکاران بنسبت طلب آنها تقسیم میشود و بدستور مادهٔ «۶۰۶» ق. مدنی «هرگاه ترکه میّت قبل از اداء دیون او تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میّت دینی بوده است، طلبکار باید بهر یک از وراث به نسبت سهم او رجوع کند، و اگر یک یا چند نفر از وراث معسر شده باشد طلبکار میتواند برای سهم معسر یا معسرین نیز بوارث دیگر رجوع نماید».

بدستور مادهٔ «۲۶۵» ق. امور حسبی: «شکایت از عملیّات مدیر تصفیه راجع بدادگاهی است که مدیر تصفیه را معین و دادرس بحسب اقتضاء مورد، دستور لازم بمدیر تصفیه میدهد و نیز میتواند مدیر تصفیه را تغییر دهد» این امر در

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۸

صورتیست که مدیر تصفیه بوسیلهٔ دادگاه معین شده باشد و الا هرگاه مدیر تصفیه بدستور ذیل مادهٔ «۲۶۳» قانون امور حسبی بوسیلهٔ ادارهٔ تصفیه معین شده باشد شکایت از عملیّات مدیر تصفیه باداره‌ٔ مزبور میشود و او میتواند مدیر تصفیه را تغییر دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۷۹

مبحث دوم در امور راجع بترکه متوفای بلا وارث

طبق مادهٔ «۳۲۷» قانون امور حسبی: «در صورتی که وارث متوفی معلوم نباشد بدرخواست دادستان یا اشخاص ذی‌نفع برای اداره ترکه مدیر معیّن میشود» منظور از اشخاص ذی‌نفع بستانکاران از متوفی و وصی بر ثلث میباشد. همچنین است موصی له، در صورتی که وصیّت بجزء مشاع شده باشد، و الا چنانچه وصیّت بعین معین شده است موصی له در ترکه ذی‌نفع نمیباشد تا بتواند درخواست تعیین مدیر ترکه بنماید، بلکه مانند منتقل الیه در عقود تملیکی در موصی به خود میتواند تصرف کند.

بدستور مادهٔ «۳۲۸» قـانون امور حسبی: «در مورد مـادهٔ فوق دادسـتان مکلف است مراقبت نمایـد اقـداماتی که برای حفظ ترکه لازم است بعمـل آیـد و از دادگـاه تعیین مـدیر ترکه را بخواهـد» زیرا چنانچه متوفی ورثه نداشـته باشـد، ترکه از آن خزانه دولت است و چنانچه وارثی دارد و اکنون معلوم نیست ممکن است محجور یا غائب باشد و در این موارد نظارت در حفاظت ترکه بعهدهٔ دادستان است. درخواست تعیین مدیر ترکه از دادگاه بخش مذکور در مواد «۱۶۳- ۱۶۵» ق. امور حسبی بعمل می‌آید.

بدستور مادهٔ «۳۲۹» قانون امور حسبی: «پس از وصول درخواست، دادگاه بایـد منتهی تا یک هفته مـدیر ترکه را معین نماید». تعیین مدیر ترکه بعهدهٔ دادرس است و هر که را که صالح برای این امر بداند انتصاب خواهد نمود اگر چه از طرف دادسـتان افراد دیگری پیشنهاد شده باشند. ضرب الاجل مدت یک هفته برای جلوگیری از بطء جریان امر است. پروندهٔ امر خارج از نوبت در جلسه اداری دادگاه، مورد نظر قرار داده می‌شود.

مادهٔ «۳۳۰» قانون امور حسبی میگویـد: «در صورتی که متوفی برای اجرای وصیّت خود وصـی معین کرده باشـد ادارهٔ ترکه بوصـی واگذار میشود». واگذاری اداره

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۰

ترکه بوصـی از نظر سـهولت در ادارهٔ ترکه میباشـد، زیرا بـا بودن وصـی از طرفی و تعیین امین برای اداره ترکه از طرف دیگر، ادارهٔ ترکه را دچار زحمت خواهد کرد.

بنظر میرسد که این امر در صورتیست که دادگاه وصـی مزبور را صالح برای ادارهٔ ترکه بداند و الا چنانچه عدم صـلاحیّت او بجهتی از جهات در نظر دادگاه محرز باشـد، ماننـد آنکه ناتوان باشـد یا أمین نباشـد، دادرس دیگری را برای ادارهٔ ترکه معین خواهد نمود. اطلاق ماده از نظر آنست که عموماً أوصیاء از مردمان ظاهر الصلاح و أمین انتخاب میشوند.

چنانچه گفته شود کسی را که متوفی امین دانسته دادگاه نمیتواند امین نداند و دیگری را بجای او بگمارد، گفته خواهد شد که امین دانسـتن موصـی کـافی برای اثبـات امـانت واقعی نمیباشـد و دو ثلث از ترکه بر فرض وجود وارث متعلّق بآنهـا است و چنانچه وارثی نداشـته باشد از آن خزانه دولت است و موصـی هم فقط وصـی را برای اجرای وصیّت خود که ناچار نسبت بثلث ترکه است انتخاب نموده، ولی هرگاه موصی وصی را برای تصفیه ترکه معیّن کرده باشد دادگاه نمیتواند دیگری را بعنوان مدیر ترکه انتخاب نماید.

بدستور مادهٔ «۳۳۱» قـانون امور حسبی: «هرگاه متوفی محجور بوده و وصـی داشـته است، ادارهٔ ترکه بوصـی یا قیّم واگـذار میشود». مورد مـادهٔ مزبور ماننـد مورد مـادهٔ قبـل میباشـد که برای سـهولت در ادارهٔ امور ترکه متوفی، این امر بوصـی یـا قیم محجور واگـذار میشود و الاـ هرگـاه در نظر دادگاه شایسـتگی وصـی و قیّم برای ادارهٔ ترکه محرز نباشـد، دادگاه هر کس را که صـلاح بدانـد تعیین خواهد نمود.

مادهٔ «۳۳۲» قـانون امـور حسـبی میگویـد: «در غیر موارد مـذکور در دو مـادهٔ فوق ادارهٔ ترکه بکسـی که مورد اعتمـاد دادرس اسـت واگـذار خواهـد شد». از ظاهر ماده مزبور مسـتفاد میشود که واگذاری ادارهٔ ترکه در دو مادهٔ بالا بوصـی و قیم اجباری است اگر چه صلاحیّت آنهـا مورد تردیـد دادرس دادگاه باشـد، ولی با توجه بروح مواد مربوطه به تعیین مـدیر ترکه مسلّم میگردد که منظور دو مادهٔ بالا در صورتی است

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۱

که صلاحیّت وصی و قیّم معین شده از طرف متوفی برای ادارهٔ ترکه نزد دادگاه محرز باشد.

طبق مادهٔ «۳۳۳» قـانون امور حسـبی: «مقرّرات مواد «۲۶۵» و «۲۶۶» و «۲۶۸» و «۲۶۹» و «۲۷۰» و «۲۷۱» و «۲۷۳» و «۲۷۴» و «۲۷۵» نسـبت بترکهٔ متوفائی هم که وارث او معلوم نیست جاری خواهد بود». مواد مزبور راجع برسـیدگی بشکایات از عملیّات مدیر تصفیه و تحریر ترکه و رسـیدگی بمطالبات و دیون متوفی و فروش اموال متوفی برای تأدیهٔ دیون او میباشد که برای ادارهٔ ترکه لازم است و

اختصاص بمورد معلوم بودن ورثه ندارد.

طبق مادهٔ «۳۳۴» قانون امور حسبی: «مدیر ترکه پس از تحریر ترکه، دیون و واجبات مالی متوفی را اداء کرده، مورد وصیّت را در صورتی که وصیّت شده باشد خارج، و باقی‌ماندهٔ ترکه را از أموال منقول و غیر منقول و وجه نقد که در تصرف دولت یا بنگاههای بازرگانی و صرافی و غیره یا اشخاصی است بدادستان تسلیم میکند که بترتیب مقرر در آئین‌نامه وزارت دادگستری نگاهداری نمایند». زیرا دوران عملیات اداره ترکه که بعهدهٔ مدیر ترکه میباشد خاتمه پذیرفته است. پس از تسلیم ترکه بدادستان صورتی که حاکی از أموال تسلیمی باشد از طرف دادستان بمدیر ترکه داده میشود.

مادهٔ «۳۳۵» قانون امور حسبی: «اگر از تاریخ تحریر ترکه تا ده سال وارث متوفی معلوم شود ترکه باو داده میشود و پس از گذشتن مدت نامبرده باقیمانده ترکه بخزانه دولت تسلیم میشود و ادعاء حقی نسبت بترکه از کسی بهر عنوان که باشد پذیرفته نیست». منظور ماده از تاریخ تحریر ترکه تاریخ خاتمه تحریر ترکه است و منظور از کسی که ادعاء حق نسبت بترکه از او پذیرفته نمیشود، اعم است، از مدعی وراثت و یا هر کسی که خود را بجهتی از جهات ذی‌نفع در ترکه بداند، مانند موصی له یا طلبکار. و مدت ده سال مدت مرور زمان دعاوی نسبت بترکهٔ متوفی است، خواه مورد دعوی منقول باشد یا غیر منقول.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۲

بدستور مادهٔ «۳۳۶» قانون امور حسبی: «در صورتی که قبل از انقضاء مدت مذکور فوق، ادعاء حقّی بر متوفی بشود و حق نامبرده بموجب سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه ثابت شده باشد مدیر ترکه باید بپردازد ...» منظور ماده از اثبات حق بموجب سند رسمی در صورتیست که نزد مدیر ترکه مسلّم شود که حق بر متوفی ثابت است، همچنین است هرگاه حکم قطعی از دادگاه صادر شود ولی هرگاه مدیر ترکه معتقد بعدم مدیونیت متوفی در دو مورد بالا میباشد و دلیلی بر این امر دارد باید در مورد سند رسمی از دادگاه ابطال آن را بخواهد و در مورد حکم قطعی فرجام بخواهد چنانچه موعد آن نگذشته باشد و اعادهٔ دادرسی بخواهد هرگاه از موارد اعاده دادرسی باشد «... و در صورتی که حقی بموجب نوشتجات یا دفاتر متوفی محرز شود مدیر ترکه با موافقت دادستان میتواند آن را بپردازد ...» چنانکه تصریح شده این امر در صورتیست که مدیونیت متوفی نزد مدیر ترکه مسلّم باشد و الا چنانچه مورد تردید قرار گیرد کسی که خود را طلبکار میداند میتواند بدادگاه مراجعه و اقامهٔ دعوی بنماید و تصدیق دادستان بتنهائی کافی برای پرداخت نخواهد بود. «... و اگر ترکه بدادستان داده شده باشد او خواهد پرداخت و چنانچه ادعاء بترتیب مذکور ثابت و محرز نشود، مدعی میتواند بطرفیت مدیر ترکه و در صورتی که ترکه بدادستان داده شده باشد بطرفیت او اقامهٔ دعوی نماید» و پس از صدور حکم قطعی پرداخت بنمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۳

مبحث سوم در امور راجع بترکهٔ اتباع خارجه

بدستور مادهٔ «۳۳۷» قانون امور حسبی: «جز آنچه در این فصل ذکر میشود مهر و موم و برداشتن مهر و موم و تحریر و ادارهٔ ترکهٔ اتباع خارجه بهمان طریقی خواهد بود که مطابق این قانون برای ترکهٔ اتباع ایران مقرّر است»، زیرا این امور برای نگهداری و حفظ ترکه است و اختصاصی بتابعیّت ایرانی متوفی ندارد لذا در مورد ترکهٔ اتباع خارجه نیز جاری میگردد.

بدستور مادهٔ «۳۳۸» ق. امور حسبی: «هرگاه تبعه خارجه در ایران یا در خارجه فوت شود و در ایران دارای مالی باشد، دادرس دادگاه بخش محلی که مال متوفی در آنجا واقع است، بدرخواست هر ذی‌نفع یا بدرخواست کنسول دولت متبوع متوفی بحفظ و تصفیهٔ امر ترکه اقدام مینماید و در صورتی که متوفی وارث یا قائم مقام در ایران نداشته باشد بدون درخواست هم دادرس پس از اطلاع اقدام بحفظ و تصفیه ترکه مینماید». مادهٔ بالا در مورد متوفی تبعه خارجه میباشد که در ایران اقامت یا سکنی داشته است و الا

هرگاه مسافر موقتی باشد، مانند سیاح یا تاجر بدستور مادهٔ «۳۵۷» ق. امور حسبی اشیاء متعلّق باو فوراً بکنسول دولت متبوع او تسلیم میشود.

طبق مادهٔ «۳۳۹» قانون امور حسبی: «دادگاه بخش پس از وصول درخواست ذی‌نفع یا کنسول و بمحض اطلاع از فوت در مورد اخیر مادهٔ فوق، وقتی را که از تاریخ وصول درخواست یا اطلاع متجاوز از «۴۸» ساعت نباشد برای اقدامات تأمینیه از قبیل مهر و موم و غیره معین کرده کتباً بکنسول دولت متبوع اطلاع میدهد که در موقع اقدام بتأمین حضور بهم‌رسانند.

عدم حضور کنسول مانع از اقدام نخواهد بود ولی بعداً میتواند در محل حاضر شده مهر و موم خود را بمهر و موم دادگاه اضافه نماید»، زیرا کنسول دولت متبوع متوفی

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۴

بسمت نمایندگی از طرف دولت متبوع خود حافظ منافع اتباع آن دولت میباشد.

بدستور مادهٔ «۳۴۰» قانون امور حسبی: «در صورتی که کنسول دولت متبوع متوفی قبلا از وفات مطلع شده و امر طوری باشد که تا اطلاع بمأمورین ایران بیم تضییع و تفریط تمام یا قسمتی از ترکه برود، میتواند شخصاً اقدامات متوفی را برای حفظ آن بعمل آورده و وضعیّت موقتی را تا مداخله دادرس دادگاه بخش حفظ نماید».

اجازهٔ اقدام موقتی بکنسول دولت متبوع متوفی از نظر آنست که کنسول بیگانه از طرف دولت خود حافظ منافع اتباع آن دولت در خارج میباشد، نه آنکه حق مداخله بکنسول دولت خارجی در امور اداری کشور ایران داده شده باشد.

طبق مادهٔ «۳۴۱» قانون امور حسبی: «در موقعی که دادگاه بخش برای مهر- و موم تعیین وقت میکند، باید بلافاصله و منتهی در ظرف یک هفته از تاریخ وصول درخواست یا اطلاع، یک نفر را برای ادارهٔ ترکه معین و معرفی نماید».

بدستور مادهٔ «۳۴۲» قانون امور حسبی: «دادگاه میتواند با رعایت مادهٔ «۲۶۴» و با در نظر گرفتن مصلحت و منافع ورثه و اشخاص ذی‌نفع هر کس را که طرف اعتماد بداند بسمت مدیر ترکه معین کند ...». کسی که برای ادارهٔ ترکه اتباع خارجه معین می‌شود مدیر ترکه نامیده شده و کسی که برای ادارهٔ ترکه اتباع ایران معین میگردد مدیر تصفیه: «... اقدامات مدیر ترکه با نظارت دادستان بعمل خواهد آمد ...».

در ادارهٔ ترکه اتباع خارجه از طرف قانون رعایت بیشتری شده و اقدامات مدیر ترکه را بنظارت دادستان قرار داده است. چنانچه از بیان ماده مستفاد میگردد، دادستان حق نظارت کامل در أعمال مدیر ترکه دارد و باید قبل از هر اقدامی مدیر ترکه موافقت دادستان را جلب نماید و الا مسئول خسارات وارده خواهد بود.

بدستور ذیل ماده «۳۴۲» ق. امور حسبی: «... در نقاطی که ادارهٔ تصفیه موجود است، مدیر ترکه معین نمیشود و این وظیفه بادارهٔ تصفیه رجوع میشود». ادارهٔ تصفیه در نتیجه قانون ادارهٔ تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۲۴ تیر ماه ۱۳۱۸ تشکیل گردید.

اکنون اداره تصفیه در تهران و بعضی شهرستانهای بزرگ دیگر تأسیس شده و بسیاری

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۵

از شهرستانها فاقد آن میباشد و در مواقع لزوم تأسیس میگردد.

طبق مادهٔ «۳۴۴» ق. امور حسبی: «پس از تعیین مدیر ترکه دادگاه بخش با حضور دادستان ترکه را تحریر و باو تسلیم مینماید». تسلیم ترکه با حضور دادستان بمدیر ترکه، اختصاص بترکهٔ اتباع خارجه دارد و الا در مورد تسلیم ترکه اتباع ایران بمدیر تصفیه حضور دادستان لازم نمیباشد. در مورد بالا- پس از تسلیم ترکه بمدیر ترکه رسیدی از طرف او که حکایت از دریافت آن نماید با ذکر صورت ریز بدادرس داده میشود که در پروندهٔ اداری امر بایگانی گردد.

بدستور مادهٔ «۳۴۵» قانون امور حسبی: «برای تحریر ترکه روز و ساعت و محل تحریر بدادستان و اشخاص مشروحه اطلاع داده

میشود:

۱- تمام وارث که در ایران حاضر بوده و یا نماینده در آنجا دارند.

۲- وصی اگر معلوم و مقیم ایران باشد.

۳- کسانی که وصیت بنفع آنها شده اگر معلوم و مقیم ایران بوده و یا در ایران نماینده داشته باشند.

۴- شریک متوفی اگر باشد، در صورتی که در ایران حاضر بوده یا نماینده داشته باشد.

۵- کنسول دولت متبوع متوفی».

بدستور مادهٔ «۳۴۶» ق. امور حسبی: «غیبت اشخاصی که اعلام نامه مندرج در مادهٔ فوق برای آنها فرستاده شده مانع از تحریر ترکه نخواهد بود ولی در صورتی که کنسول دولت متبوع در موقع تحریر ترکه حاضر نباشد در صورت‌مجلس قید و رونوشتی از آن برای کنسول فرستاده میشود».

طبق مادهٔ «۳۴۷» قانون امور حسبی: «بصورت ریز ترکه، باید صورتی از اموال غیر منقول که در ایران واقع است با تعیین بهای تقریبی آنها پیوست شود».

مادهٔ «۳۴۸» قانون امور حسبی: «در صورتی که ورثه یا وصی متوفی یا قائم مقام قانونی آنها حاضر شوند برابر بهای ترکه تأمین دهند که هرگاه در مدت یک سال

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۶

از تاریخ انتشار اولین آگهی مذکور در مادهٔ «۳۴۳» بستانکارانی پیدا شوند که تبعهٔ ایران یا مقیم ایران باشند و طلب آنها ثابت گردد از عهده برآیند، ترکه پس از وضع هزینهٔ آگهی‌ها و هزینه‌های دیگر قانونی که بعمل آمده است بتصرف آنها داده میشود». فرقی نمی‌نماید که طلبکاران مقیم ایران تابعیت ایران را دارا باشند یا از اتباع بیگانه باشند، زیرا قانون در این امر رعایت تمامی طلبکارانی که در ایران اقامت دارند نموده است. طلبکارانی که در ایران سکونت ندارند مشمول مادهٔ فوق نمیگردند.

طبق مادهٔ «۳۴۹» قانون امور حسبی: «تأمین ممکن است بوسیلهٔ تودیع وجه نقد یا وثیقه دادن اموال منقول و یا غیر منقول یا دادن ضامن معتبر بعمل آید و نیز ممکن است درخواست‌کننده از همان اموال متوفی تأمین بدهد. قبول یا رد تأمین منوط بنظر دادگاهی است که مدیر ترکه را تعیین نموده است».

بدستور مادهٔ «۳۵۰» قانون امور حسبی: «مدیر ترکه با اجازهٔ دادگاه بخش میتواند بورثهٔ متوفی که در حال استیصال و مقیم در ایران هستند تا موقع تصفیهٔ ما ترک مبلغی که برای معیشت آنها ضروری باشد بپردازد. در موردی که اداره تصفیه وظیفهٔ امین ترکه را انجام میدهد اجازهٔ دادگاه بخش لازم نیست». زیرا ادارهٔ تصفیه مقام صلاحیتدار و متصدی آن مأمور رسمی دولتی است بخلاف مدیر تصفیه که مأمور رسمی نمیباشد و تحت نظر دادگاه انجام وظیفه مینماید.

طبق مادهٔ «۳۵۱» قانون امور حسبی: «پس از انقضاء مدت مذکور در مادهٔ «۳۴۳» مدیر ترکه وقتی را برای رسیدگی بدعاوی و مطالبات معین کرده بورثه یا وصی یا قائم مقام قانونی آنها و کنسول دولت متبوع متوفی اگر در محل باشد اطلاع میدهد و در وقت مقرر شروع برسیدگی نموده و پس از رسیدگی کلیه دیون و تعهداتی را که بر ذمهٔ متوفی ثابت و محقق است با اجازه دادستان تادیه مینماید و بقیه را بورثه یا وصی یا قائم مقام قانونی آنها و در صورتی که اشخاص نامبرده اصلا نباشند یا در ایران نباشند بکنسول یا سایر نمایندگان سیاسی دولت متبوع متوفی تسلیم مینماید». بنابراین

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۷

ترکهٔ اتباع خارجه که بلا وارث هستند بکنسول دولت متبوع آنها داده میشود تا طبق قوانین دولت مزبور عمل نمایند و بخزانهٔ دولت ایران داده نمیشود.

بدستور مادهٔ «۳۵۲» قانون امور حسبی: «اشخاصی که مدعی حقی بر ترکه بوده و دعوی آنها از طرف مدیر ترکه و دادستان یا مدیر تصفیه تصدیق نشده باشد، میتوانند دعوی خود را در دادگاه صلاحیتدار اقامه یا تعقیب نمایند. انقضاء مدت مقرر در ماده «۳۴۳» موجب سقوط حق اشخاصی که در ظرف مدت حق خود را مطالبه نکرده‌اند نمیباشد». مدت مقرر در مادهٔ «۳۴۳» قانون امور حسبی ۶ ماه از تاریخ انتشار اولین آگهی میباشد، که بوسیلهٔ آن باشخاصی که حقی بر ذمه متوفی و یا بر اعیان ترکه برای خود قائل هستند اطلاع داده میشود که بمدیر تصفیه مراجعه نمایند. بنابراین کسانی که در مدت مقرر در بالا حاضر نگردند میتوانند بعداً حاضر شده و مدارک خود را ابراز دارند و چنانچه مورد تصدیق قرار نگرفت در مقامات صالحه اقامهٔ دعوی بنمایند.

بدستور مادهٔ «۳۵۳» قانون امور حسبی: «اگر نسبت بترکه متوفی قرار تأمین صادر شده باشد، تسلیم اموال باشخاص مذکور در مادهٔ «۳۵۱» با رعایت قرار دادگاه بعمل خواهد آمد». یعنی قرار دادگاه بحال خود باقی میماند و ورثه یا وصی یا قائم مقام قانونی آنها و یا کنسول دولت متبوع متوفی مانند شخص ثالثی خواهند بود که مال نزد آنان تأمین شده است، زیرا قرار تأمین صادر از طرف مقامات صالحه ایجاد حق استیفاء طلب از مال مورد تأمین برای کسی که بنفع او قرار صادر شده است مینماید.

طبق مادهٔ «۳۵۴» قانون امور حسبی: «هرگاه متوفی بازرگان بوده و بموجب حکم دادگاه ورشکستگی او قبل یا بعد از فوت اعلام شود، ادارهٔ تصفیهٔ امور او، تابع مقررات راجع بتصفیهٔ امور بازرگان متوقف است» که شرح آن در قانون تصفیهٔ امور ورشکستگی مصوب ۲۶ تیرماه «۱۳۱۸» مذکور است.

بدستور مادهٔ «۳۵۵» قانون امور حسبی: «رسیدگی بدعاوی راجع بترکه اتباع خارجه در ایران از صلاحیّت دادگاه ایران است».

بدستور مادهٔ «۳۵۸» ق. امور حسبی: «از هزینه‌هائی که برای اداره کردن ترکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۸

میشود باید صورت کاملی بدادستان داده شود». زیرا چنانکه گذشت دادستان در تصفیهٔ ترکهٔ اتباع خارجه نظارت کامل دارد.

مادهٔ «۳۵۹» قانون امور حسبی: «حقوقی که بموجب این فصل برای کنسولها یا نمایندگان سیاسی خارجه مقرر شده، مربوط بکنسول یا نمایندهٔ سیاسی دولتی است که در خاك آن دول نسبت بکنسولها یا نمایندگان سیاسی ایران معامله متقابله بشود».

این ماده قاعدهٔ کلی عمل متقابل را تذکر میدهد که نسبت بتمامی اعمال مربوط باتباع بیگانه در ایران رعایت میشود. بنابراین هرگاه روش دولت خارجی آن باشد که نسبت باتباع ایران که در کشور او فوت بنمایند کنسول ایران را مداخله میدهند، مراجع صلاحیتدار ایران نیز باید کنسول دولت خارجی را در امر ترکه مداخله دهند.

وجود قرارداد راجع بامر بالاـ بین دولت ایران و بیگانه لازم نیست، بلکه از نظر نزاکت بین المللی صرفاً عمل دولت بیگانه نسبت باتباع ایران، ایجاب مینماید که دولت ایران رعایت نزاکت را نموده و عمل متقابل نماید. بنظر میرسد که رعایت نزاکت بین المللی نیز ایجاب میکند که هرگاه در کشور بیگانه موضوعی پیش آمد ننموده باشد، مقامات ایرانی باید مفاد مادهٔ فوق را نسبت باتباع بیگانه مجری دارند تا دولت بیگانه بعداً رعایت عمل متقابل را بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۸۹

فصل سوم در تقسیم ترکه

مادهٔ «۳۰۰» قانون امور حسبی میگوید: «در صورت تعدد ورثه هر یك از آنها میتوانند از دادگاه درخواست تقسیم سهم خود را از سهم سایر ورثه بخواهند»، زیرا بقاء بر شرکت الزامی نمیباشد و هر یک از شرکاء میتواند هر زمان افراز مال مشترك را بخواهد، مگر آنکه قابل افراز نباشد که در این صورت مال مشترك بفروش میرود.

این است که بدستور مادهٔ «۳۰۱» قانون امور حسبی: «ولی و وصی و قیم هر وارثی که محجور باشد و امین غائب و جنین و کسی که سهم الارث بعضی از ورثه باو منتقل شده است و همچنین موصی له و وصی راجع بموصی به در صورتی که وصیّت بجزء مشاع از ترکه شده باشد حق درخواست تقسیم را دارند».

طبق مادهٔ «۳۰۲» قانون امور حسبی: «نسبت بدرخواست تقسیم مرور زمان جاری نیست و کسانی که ذیحق در درخواست تقسیم هستند همه وقت میتوانند این درخواست را بنمایند». بنابراین هرگاه مال منقول بیش از ده سال و غیر منقول بیش از بیست سال بحال اشاعه باشد هر یک از شرکاء میتوانند درخواست افراز سهم خود را جزء یا کلا بنمایند.

بدستور مادهٔ «۳۰۳» قانون امور حسبی: «هرگاه یکی از ورثهٔ متوفی، غائب مفقود الاثری باشد که وکیل نداشته و درخواست تقسیم اموال متوفی بشود، بدواً برای غائب امین معین میشود و بعد تقسیم بعمل می‌آید». زیرا تقسیم باید با مداخلهٔ تمامی شرکاء یا نمایندگان آنان بعمل آید و چون یکی از ورثه غائب است قبلا امین که نمایندهٔ قانونی او است از طرف دادگاه معلوم میگردد و سپس اقدام بتقسیم میشود. این است که طبق مادهٔ «۳۲۱» قانون امور حسبی: «هرگاه یکی از ورثه، غائب یا محجور باشد برای غائب و محجور امین یا قیم معین و پس از آن تقسیم بعمل می‌آید». در صورتی که بین ورثه جنین باشد، در موردی که میتوان ترکه را تقسیم نمود، قبلا امین معین میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۹۰

و سپس اقدام بتقسیم میگردد. مادهٔ «۸۷۸» ق. م میگوید: «هرگاه در حین موت مورث حمل باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراث دیگر میگردد، تقسیم ارث بعمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچ‌یک از سایر وراث نباشد و آنها بخواهند ترکه را تقسیم کنند، باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصهٔ دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصهٔ هر یک از وراث مراعی است تا حال حمل معلوم شود».

درخواست افراز بدستور شق «۸» مادهٔ «۱۳» قانون آئین دادرسی مدنی در صورتی که مالکیت محل نزاع نباشد، از دادگاه بخش بعمل می‌آید، و در صورتی که مالکیت محل نزاع باشد نصاب از حیث بهاء، معتبر است.

چنانکه مادهٔ «۳۲» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید دادگاه بخشی که ترکه در آن تقسیم میشود دادگاه بخش محلّی است که آخرین اقامتگاه متوفی در ایران است و هرگاه اقامتگاه در ایران نداشته باشد آخرین محل سکونت او که در ایران داشته است میباشد. مادهٔ «۳۲» قانون آئین دادرسی مدنی: «دعاوی راجع بترکهٔ متوفی در صورتی که دعوی ما بین وراث باشد یا از طرف اشخاصی اقامه شود که خود را ذیحق در تمام یا قسمتی از ترکه میدانند اگر چه خواسته دین و یا راجع بوصایای متوفی باشد مادام که ترکه تقسیم نشده در دادگاه محلّی اقامه میشود که آخرین اقامتگاه متوفی در ایران آن محل است و اگر آخرین اقامتگاه متوفی معلوم نباشد دعاوی نام برده راجع بدادگاهی است که آخرین محل سکونت متوفی در ایران در حوزهٔ آن دادگاه است».

مادهٔ «۳۰۴» قانون امور حسبی: «درخواست تقسیم باید کتبی و مشتمل بر امور زیر باشد:

۱- نام و مشخصات درخواست‌کننده و متوفی.

۲- ورثه و اشخاص دیگری که ترکه بین آنها تقسیم شود و سهام هر یک».

مادهٔ «۳۰۷» قانون امور حسبی میگوید: «درخواست کنندهٔ تقسیم میتواند

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۹۱

زمینه‌هائی برای تقسیم ترکه تهیه نموده و بدادگاه تسلیم نماید. در این صورت مراتب در احضاریه نوشته شده و تذکر داده میشود که مراجعه بزمینه‌های نامبرده در دفتر دادگاه مانعی ندارد». تقدیم زمینه‌هائی برای تقسیم بدادگاه برای سهولت امر تقسیم است که دادگاه و شرکاء با بصیرت بیشتری بتوانند ترکه را تقسیم کنند. پیشنهاد مزبور در صورت عدم موافقت شرکاء هیچ‌گونه اثری ندارد.

مطابق مادهٔ «۳۰۶» قانون امور حسبی: «دادگاه برای رسیدگی بموضوع درخواست، تعیین جلسه نموده و درخواست‌کننده و اشخاص ذی‌نفع را احضار مینماید».

طبق مادهٔ «۳۰۸» قانون امور حسبی: «وقت رسیدگی باید طوری معین شود که فاصله بین ابلاغ احضاریه و روز دادرسی کمتر از ده روز نباشد» تا بتواند وقت باصحاب دعوی ابلاغ گردد.

بدستور مادهٔ «۲۴» قانون امور حسبی: «در مواردی که تصمیمات دادگاه بایـد ابلاغ شود، ترتیب ابلاغ ماننـد مقرّرات آئین دادرسی مدنی است».

طبق مادهٔ «۲۵» ق. امور حسبی: «در صورتی که ابلاغ در کشور بیگانه بایـد بعمل آید دادرس میتواند ترتیب سهل‌تری برای ابلاغ در نظر گرفته و دستور دهد»

طبق مادهٔ «۳۰۹» قانون امور حسبی: «اشخاص ذی‌نفع میتواننـد در دادگاه حاضر شده بتراضی قراری راجع بمقدمات تقسیم یا طرز تقسیم أموال بگذارنـد. در این صورت دادگاه صورت‌مجلسی مشتمل برقرار داد نامبرده تنظیم مینمایـد». منظور از مقدمات تقسیم عبارت از تعیین کارشناس و نقشه‌بردار نسبت باموال غیر منقول و ارزیاب و امثال آن میباشد.

مادهٔ «۳۱۰» قانون امور حسبی: «هرگاه یک یا چنـد نفر از اشخاص ذی‌نفع در تنظیم قرارداد مذکور فوق شرکت نداشته و رضایت خود را اظهار ننموده باشند، دادگاه نتیجهٔ تصمیمی را که مربوط بشخص غائب است باو اعلام مینماید با ذکر اینکه میتواند در ظرف مدت معینی در دفتر دادگاه حاضر شده و بقرارداد مراجعه نموده و رضایت یا عدم رضایت خود را اعلام دارد». در صورتی که عدم رضایت خود را اعلام

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۹۲

نمود، دادگاه خود مقدمات تقسیم و طرز آن را معین خواهد کرد.

طبق مادهٔ «۳۱۱» قانون امور حسبی: «در اخطار مذکور در فوق قیـد میگردد که هرگاه شخص غائب در مـدت معینه در دفتر حاضر نگردد و یا رضایت و عدم رضایت خود را اظهار نکند، بر طبق قرار مذکور در مادهٔ «۳۰۹» قضیه حل خواهد شد».

زیرا با اخطار بالا بغائب و عدم حضور او برای اظهار نظر کشف از موافقت او باقرار داد میگردد.

مادهٔ «۳۱۲» قانون امور حسبی میگوید: «هرگاه شخص غائب در اثر عذر موجهی حاضر نشده باشد و درخواست وقت جدیدی نماید تـا رضـایت و عـدم رضایت خود را اعلام دارد، دادگاه وقت جدیـدی برای او معین خواهـد نمود»، چنانکه در مسافرت یا بازداشت بوده و نمیتوانسته در محل مزبور حاضر گردد.

مادهٔ «۳۱۳» قانون امور حسبی: «در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت دارند حاضر و رشید باشند بهر نحوی که بخواهند میتوانند ترکه را ما بین خود تقسیم نمایند، لیکن اگر ما بین آنها محجور یا غائب باشد تقسیم ترکه بتوسط نمایندگان آنها در دادگـاه بعمل می‌آیـد». این امر از نظر رعایت احتیاط در حفظ حق محجور میباشـد تا تجاوز احتمالی بحق او نیز نشود. در دادگاه ممکن است نمایندگان محجورین با شرکاء دیگر توافق در تقسیم بنمایند و استقراع الزامی نیست.

طبق مادهٔ «۳۱۴» ق. امور حسبی: «در صورتی که ورثه تراضی در بهای اموال غیر منقول مورد درخواست تقسیم ننمایند اموال نامبرده بایـد بتوسط کارشـناس ارزیـابی شود و اموال منقول در صورتی ارزیـابی میگردد که به ارزیـابی در موقع تحریر ترکه بجهاتی نتوان ترتیب اثر داد ...» مانند آنکه در زمان تقسیم، ارزش بعضی از أموال ترکه ترقی و یا تنزل نموده باشد. «... ترتیب انتخاب کارشناس و مقرّرات راجع بکارشناس که در آئین دادرسی مقرّر است در تقسیم رعایت میشود».

بدستور مادهٔ «۳۱۶» قانون امور حسبی: «تقسیم طوری بعمل می‌آیـد که برای هر یک از ورثه از هر نوع اموال حصهٔ معین شود و اگر بعضی از أموال بدون زیان قابل

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۹۳

قسمت نباشد ممکن است آن را در سهم بعضی از ورثه قرارداد و برابر بهای آن از سایر أموال در سهم دیگران منظور نموده و اگر تعدیل محتاج بضمیمهٔ پول باموال باشد بضمیمهٔ آن تعدیل میشود». قاعدهٔ مزبور اختصاص بتقسیم ترکه ندارد و شامل تقسیم هر مال مشاعی میباشد و شرح آن در مجلّد دوم در فصل شرکت گذشت.

طبق مادهٔ «۳۱۷» ق. امور حسبی: «در صورتی که مالی اعم از منقول یا غیر منقول قابل تقسیم و تعدیل نباشد، ممکن است فروخته شده بهای آن تقسیم شود. فروش أموال بترتیب عادی بعمل می‌آید مگر آنکه یکی از ورثه فروش آن را بطریق مزایده درخواست کند». نسبت بمحجور نیز مادهٔ بالا اجرا میگردد و محجور بودن یکی از ورثه مانع از فروش نمی‌شود.

بدستور مادهٔ «۳۱۸» ق. امور حسبی: «در صورتی که بعضی از ورثه مدیون متوفی باشند، ممکن است دین را در سهم خود آنها قرار داد». یعنی دین متوفی در سهم وارث مدیون گذارده شود و بهمان مقدار از سهم او کسر گردد.

بدستور مادهٔ «۳۱۹» ق. امور حسبی: «در صورتی که پس از تعدیل سهام، ورثه بتعیین حصه تراضی ننمایند، سهام آنها بقرعه معین میشود» زیرا در اختصاص دادن هر سهمی از سهام بوارثی، هیچ راهی جز توسل بتخصیص دهندهٔ بیطرف نیست.

طبق مادهٔ «۳۲۰» قانون امور حسبی: «در موردی که تقسیم از طریق قرعه انجام میگردد، باید جلسه‌ای که برای قرعه معین شده باشخاص ذی‌نفع اطلاع داده شود و اگر بعضی از اشخاص نامبرده حاضر نشوند، دادگاه بخش بدرخواست اشخاص حاضر اقدام بقرعه و تعیین سهام مینماید».

بدستور مادهٔ «۳۲۲» قانون امور حسبی: «پس از تمام شدن تقسیم، دادگاه صورت‌مجلسی تنظیم نموده و در آن مقدار ترکه و سهم هر یک از وراث و آنچه برای تأدیهٔ دیون و اجراء وصیّت منظور شده تصریح مینماید».

طبق مادهٔ «۳۲۳» قانون امور حسبی: «صورت مجلس مذکور فوق باید بامضاء یا مهر صاحبان سهام و امضاء دادرس دادگاه برسد و هرگاه بعضی از صاحبان سهام

حقوق مدنی (امامی)، ج۳، ص: ۳۹۴

نباشند یا نتوانند و یا نخواهند امضاء کنند، جهت امضاء نکردن آنها در صورت مجلس قید میشود و این صورت مجلس در دفترخانه دادگاه باقی خواهد ماند».

طبق مادهٔ «۳۲۴» قانون امور حسبی: «دادگاه بر طبق صورت‌مجلس مذکور در دو مادهٔ فوق، تقسیم‌نامه بعدهٔ صاحبان سهام تهیه نموده و بآنها ابلاغ و تسلیم مینماید.

این تصمیم دادگاه حکم شناخته شده و از تاریخ ابلاغ در حدود قوانین قابل اعتراض و پژوهش و فرجام است».

طبق مادهٔ «۳۲۵» ق. امور حسبی: «هر یک از ورثه پس از تقسیم، مالک مستقل سهم خود خواهد بود و هر تصرفی که بخواهد مینماید و بحصهٔ دیگران حقی ندارد».

طبق مادهٔ «۳۲۶» قانون امور حسبی: «مقرّرات قانون مدنی راجع بتقسیم در مورد تقسیم ترکه جاری است و نیز مقررات راجع بتقسیم که در این قانون مذکور است در مورد تقسیم سایر اموال جاری خواهد بود». (از مادهٔ «۵۸۹- ۶۰۵» قانون مدنی).

پایان

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

جلد چهارم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

و به نستعین جلد سوم حقوق مدنی که بطبع رسید، بر آن شدم که بنوشتن بقیه آن ادامه دهم و جلد چهارم را شروع کنم. جلد چهارم که قسمتی از احوال شخصیه را در بر دارد، چون مورد استفادهٔ دانشجویان کلاس اول دانشکده حقوق قرار میگیرد مناسب دیدم مقدمه‌ای بر آن بنویسم که شامل کلیاتی از حقوق باشد تا بتواند راهنمای دانشجویان حقوق قرار گیرد بدین جهت بعض قسمتهائی که مناسب با مقدمهٔ مزبور بود با آنکه در مجلدات قبل بیان گردیده در این مقدمه نیز متذکر شدم.

در نوشتن جلد چهارم روش تحلیلی را که در مجلدات دیگر پیروی نموده بودم، از نظر دور نداشتم و منتهی درجه کوشش خود را بکار بردم تا بزبانی ساده مسائل را تحلیل نمایم و نظریه قانون مدنی ایران را شرح دهم.

سید حسن امامی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲

بسم اللّه الرحمن الرّحیم و به نستعین

مقدمه- در کلیات علم حقوق

تعریف

حقوق دارای دو معنی است:

۱- حقوق جمع حق است و آن اختیاری است که قانون برای فرد شناخته که بتواند عملی را انجام و یا آن را ترک نماید، چنانکه گفته میشود: حق نشستن، حق تصرف کردن، حق مالکیت و امثال آن. استعمال حق در این معنی در حقوق اسلامی سابقه دارد.

حقوق مزبور را حقوق فردی نیز مینماند.

۲- حقوق بقواعدی گفته میشود که در روابط اجتماعی بین افراد حکومت مینماید که با آنها قوانین (بمعنی وسیع کلمه) نیز میگویند. استعمال حقوق در این معنی مجازی است و باعتبار آنکه قواعد مزبور حکایت از حقوق فردی مینماید با آنها حقوق گویند. چنانکه گفته میشود: حقوق ملل قدیمه، حقوق اسلام، حقوق ایران، حقوق مدنی و امثال آن.

حقوق در این معنی همیشه بصیغه جمع استعمال میشود. بحقوق بمعنی بالا حقوق ذاتی نیز میگویند. اینک شرح هر یک از آن دو:

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳

فصل اول- در حقوق فردی

اشاره

فصل مزبور در سه قسمت بیان میگردد.

قسمت اول- در حق از نظر تحلیلی

اشاره

چنانکه در بالاـ گفته شد حق فردی عبارت از اختیاری است که قانون برای فرد شناخته که میتواند عملی را انجام و یا آن را ترک نماید و افراد در اعمال و عدم اعمال حق کاملا آزاد هستند. آزادی عمل در اعمال حق، رکن اساسی بشمار میرود. حق مانند اشیاء مادی در خارج موجود نیست، بلکه امری اعتباری میباشد که قوه حاکمه از نظر حفظ نظم جامعه آن را شناخته و از آن حمایت مینماید. افراد برای حق، حقیقتی غیر از اعتبار اجتماعی میشناسند و توجه ندارند که هرگاه قوهٔ حاکمه آن را محترم نشمارد و از آن حمایت ننماید وجود حقوقی خود را از دست میدهد و بصورت یک قاعده اخلاقی جلوه‌گر میشود که مورد احترام افراد خواهد بود. هرگاه افراد هم در روابط اجتماعی خود احترام بآن نگذارند از صورت قاعدهٔ اخلاقی نیز خارج میگردد. قوهٔ حاکمه برای آنکه امری را حق بداند باید بصورت قانون آن را معرفی نماید. این است که گفته میشود: هرچه را قانون حق بشناسد حق است.
بدین جهت است که امری در کشوری حق شناخته شده و از آن حمایت میگردد و در کشور دیگر جرم دانسته و مرتکب مجازات میشود، مانند تعدد زوجات که در ایران از آن حمایت میشود و در اروپا جرم و دارای کیفر خاصی است. همچنانکه در زمانی امری حق و مورد احترام بوده و در زمان دیگر جرم محسوب میگردد، مانند مالکیت بر اشخاص (بردگی) که زمانی از آن حمایت میشده و اکنون چنین حقی را قوانین نمیشناسند و کسی که انسانی را تملک کند و یا بفروشد مجرم و بکیفر میرسد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴

باب اول- در اقسام حق

۱- تقسیم حق باعتبار ارزش مالی

اشاره

حق باعتبارات مختلفه دارای اقسامی است که ذیلا بیان میگردد.

۱- حق بر دو نوع است: حق مالی، حق غیر مالی.

اول- حق مالی-

حق مالی آنست که اجرای آن مستقیماً برای دارنده ایجاد منفعتی نماید که قابل تقویم بپول باشد، مانند حق مالکیت نسبت به خانه که مستقیماً برای دارندهٔ آن ارزش پولی دارد و یا حق طلب که پس از اداء پول میباشد و یا چیزی است که بپول تقویم میگردد، مثلًا کسی که متعهد است پنج تن آهن ساختمانی بدیگری بدهد، آهنهای مزبور پس از تسلیم قابل تقویم بپول میباشد. حق مالی قابل اسقاط و انتقال بغیر است، مثلاـ مالک میتواند حق مالکیت خود را بسببی از اسباب بغیر واگذار نماید و یا از آن اعراض کند و همچنین است طلب از دیگری که بستانکار میتواند بغیر واگذار نماید و یا مدیون را از آن ابراء کند.

دوم- حق غیر مالی-

حق غیر مالی آنست که اجرای آن، منفعتی که مستقیماً قابل تقویم بپول باشد ایجاد ننماید، مانند حق بنوت، حق زوجیت و امثال آن.
بعضی از حقوق غیر مالی هستند که غیر مستقیم ممکن است ایجاد حقی نمایند که قابل تقویم بپول باشد، ولی این امر آن را حق مالی نمیگرداند، مانند زوجیت که ایجاد حق نفقه برای زوجه، توارث برای زوجین مینماید که آن قابل تقویم بپول است. حقوق غیر

مالی قابل واگذاری بغیر نمیباشد و بعضی از آنان بسبب مخصوصی قابل زوال است مانند زوجیت که بوسیلهٔ فسخ نکاح و طلاق منحل میگردد و بعضی دیگر دائمی و غیر قابل زوال است، مانند بنوت که به هیچوجه پدر و مادر نمیتوانند نسبت مزبور را از خود سلب نمایند. همچنانکه بعضی از حقوق غیر مالی قابل اسقاط و بعضی غیر قابل اسقاط هستند.

حق مالی بر دو قسم است: حق عینی، حق دینی.

الف- حق عینی-

اشاره

و آن حقی است که شخص نسبت بعین خارجی دارد، مانند حق

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵

مالکیت نسبت بعین یا منفعت، حق انتفاع، حق تحجیر و امثال آن. کاملترین اقسام حق عینی مالکیت است که باعتبار مزبور و انحصاری بودن آن در عرف با مال متحد میباشد، چنانکه میگویند: خانهٔ من و نمیگویند من بر خانه حق مالکیت دارم، بر خلاف حقوق عینی دیگر که باعتبار کامل و انحصاری نبودن آن در عرف با مال متحد نمیباشد، چنانکه میگویند فلان دارای حق ارتفاق، انتفاع، حق تحجیر و امثال آن میباشد.

تبصره- حق عینی تبعی

حق عینی تبعی حقی است که شخص نسبت بعین خارجی برای تأمین اجرای حق دینی خود دارد و آن در قانون مدنی ایران منحصر برهن و معامله با حق استرداد میباشد، زیرا راهن و ناقل در مقابل استقراض مبلغی از مرتهن و منتقل الیه مال معینی را نزد او بوثیقه میگذارد که هرگاه راهن یا ناقل در موعد مقرر دین خود را نپرداخت مرتهن و منتقل الیه بتواند از قیمت فروش مال مزبور طلب خود را استیفاء نماید. اصطلاح حق عینی تبعی از حقوق غرب اقتباس شده است و در حقوق اسلامی حق وثیقه نام دارد.

ب- حق دینی-

اشاره

و آن حقی است که شخص نسبت بدیگری دارد و میتواند ایفاء آن را از او بخواهد و مدیون مکلف است آن را انجام دهد، مانند آنکه کسی از دیگری یکصد هزار ریال طلب دارد که در اول فروردین ماه آینده باو بپردازد. طلبکار میتواند در سر موعد مقرر آن را از مدیون بخواهد و مدیون مکلف است یکصد هزار ریال را به بستانکار خود بدهد.

حق تقدم و تعقیب-

از آثار حق عینی (اصلی یا تبعی) تقدم آن بر حقوق دینی میباشد که صاحب حق میتواند نزد هر کس آن را بیابد استرداد آن را بخواهد. بنابراین هرگاه کسی که عین مال دیگری نزد او است ورشکست شود مالک آن مال را استرداد مینماید. بخلاف آنکه اگر کسی از دیگری یکصد هزار ریال طلبکار باشد و او ورشکسته شود، دارائی مدیون بنسبت طلب بستانکاران تقسیم میشود.

۲- تقسیم حق باعتبار دایرهٔ وسعت

اشاره

حق باعتبار دائرهٔ وسعت آن بر دو قسم است: حق مطلق حق نسبی.

اول– حق مطلق–

حق مطلق چنانکه از نام آن معلوم است حقی است که در مقابل تمامی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶

افراد میباشد، یعنی ایجاد تکلیف برای تمامی افراد مینماید که بحق مزبور احترام گذارند.

تمامی اقسام حقوق عینی از این قبیل هستند، حق مالکیت حقی است که تمامی افراد مکلفند رعایت آن را نموده و بآن تجاوز نکنند.

دوم– حق نسبی

حق نسبی چنانکه از نام آن فهمیده میشود حقی است که در مقابل یک یا چند نفر است، یعنی فقط ایجاد تکلیف برای اشخاص معدودی مینماید. که آنان باید احترام بحق مزبور گذارده و تکالیف خود را انجام دهند. تمام اقسام حقوق دینی از این قبیل است، مثلا هرگاه کسی یکصد هزار ریال بدیگری بدهکار است حق طلبکار فقط در مقابل بدهکار است و از او میتواند انجام تعهد خود را بخواهد و هیچگونه تکلیفی برای افراد دیگر ایجاد نمیشود.

۳– تقسیم حق باعتبار زمان پیدایش

اشاره

حق باعتبار زمان پیدایش آن بر دو قسم است: حق منجز و حق معلق.

اول– حق منجز–

حق منجّز آنست که پس از پیدایش سبب، بلافاصله موجود گردد و بستگی بوجود یا عدم امر دیگری نداشته باشد، مثلا هرگاه کسی خانه خود را بمبلغ یک ملیون ریال بفروشد خانهٔ مزبور پس از ایجاب و قبول بلافاصله بملکیت خریدار در می‌آید و یک میلیون ریال بملکیت مشتری در مورد بالا حق بایع و مشتری نسبت بمبیع و ثمن منجز است

دوم– حق معلق

حق معلّق آنست که پس از پیدایش سبب، موجود نگردد و بستگی بوجود یا عدم امر دیگری داشته باشد. مثلا هرگاه شخصی باغ خود را بدیگری وصیت نماید و موصی له هم آن را قبول کند موصی له مالک آن نمیگردد، مگر پس از فوت موصی. بنابراین حق موصی له نسبت بباغ مورد وصیت معلق بر فوت موصی است.

در جلد اول در قسمت گذشت تعهدات گذشت هر حقی را که میتوان منجزاً ایجاد نمود میتوان بطور معلق ایجاد کرد، یعنی پیدایش آن را موقوف بامر دیگری نمود، مگر آنکه قانون صریحاً منع نموده باشد چنانکه در ضمان است (ماده ۶۹۹ ق. م)

تذکر– عقد مشروط را نباید با عقد معلق اشتباه نمود. عقد مشروط عقدیست که مرکب از دو تعهد میباشد که یکی اصلی است و

دیگری که بصورت شرط در آن قرار داده شده،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷

فرعی میباشد، مثلا هرگاه کسی باغ خود را بمبلغ یک میلیون ریال بفروشد. بشرط آنکه مشتری برای او خانهٔ در اراضی معین طبق نقشهٔ ترسیمی در مدت یک سال بسازد، بیع مزبور مشروط است و ملکیت باغ برای بایع بلافاصله حاصل میگردد و مشتری هم متعهد است که طبق نقشهٔ ترسیمی خانه برای بایع بسازند (شرح آن در جلد اول در شروط ضمن عقد گذشت) و چنانچه خانه بطور معلق بر انجام امر بفروش میرفت ملکیت خانه برای مشتری موجود نمیگشت، مگر پس از پیدایش امر مزبور.

۴- تقسیم حق باعتبار مدت

اشاره

حق باعتبار مدت بقاء بر دو قسم است: موقت و دائم.

اول- حق موقت-

و آن حقی است که دارای مدت باشد، مانند حق مستأجر نسبت بمنافع عین مستأجره که تا زمان انقضاء مدت اجاره است و یا حق منتفع نسبت بحق انتفاع در عمری و رقبی و همچنین است حق زوجیت در نکاح منقطع که بانقضاء مدت پایان میپذیرد.

دوم- حق دائم

حق دائم آنست که مدت نداشته باشد مانند حق مالکیت. حق مزبور دائم است و در مورد فروش یا فوت مالك خاتمه نمیپذیرد بلکه همان مالکیت بمشتری و ورثه مالك میرسد.

۵- تقسیم حق باعتبار زمان اجراء

اشاره

حق باعتبار زمان اجراء بر دو قسم است: حال و مؤجل

اول- حق حال-

و آن حقیست که پس از پیدایش بتوان بلافاصله آن را اعمال نمود، مثلا کسی که خانه را بیک ملیون ریال بدیگری بفروشد بایع پس از انعقاد بیع بلافاصله میتواند یک میلیون ریال را از مشتری بخواهد و آن را دریافت دارد. حق مشتری نسبت بثمن در مورد مثال بالا حال است و بدین جهت حق مطالبه آن را دارد.

دوم- حق مؤجل-

و آن حقیست که پس از مدت معینی بتوان آن را اعمال کرد، مثلا- مستخدمی که در پانزدهم ماه از مغازه خرازی فروش پیراهنی نسیه بدویست ریال میخرد و قرار میدهد که در اول ماه بعد آن را بپردازد، بایع پس از خرید پیراهن بلافاصله دویست ریال از مشتری طلبکار میشود، یعنی حق دینی پیدا مینماید ولی نمیتواند آن را بخواهد مگر در

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸

اول ماه بعد. حق خرازی فروش نسبت بطلب خود مؤجل است (اجل یعنی مدت)

۶- تقسیم حق باعتبار قابلیت زوال

اشاره

حق باعتبار قابلیت زوال بر دو قسم است، حق ثابت، حق متزلزل

اول- حق ثابت-

و آن حقیست که نمیتوان آن را زائل کرد، مثلاـ کسی که خانه را بدیگری میفروشد حق مشتری نسبت بخانه ثابت است، یعنی نمیتواند بایع آن را فسخ کند

دوم- حق متزلزل-

و آن حقی است که میتوان در مدت معینی آن را زائل نمود مثلا کسی که باغ خود را بدیگری بیک ملیون ریال میفروشد و شرط میکند که هرگاه مبلغ مزبور را در ظرف شش ماه پرداخت بتواند بیع را فسخ نماید، بوسیلهٔ عقد مشتری مالك باغ میگردد ولی ملکیت او در ظرف شش ماه متزلزل است، یعنی هر زمان که بایع یك میلیون ریال را بپردازد میتواند ملکیت خود را نسبت بخانه بدست آورد.

باب دوم- در ارکان حق

اشاره

حق مفهوم بسیطی است که در ذهن تصور میشود ولی برای آنکه در خارج موجود گردد باید دو طرف باشد که بین آنها رابطه حقوقی اعتبار شود و قوهٔ مادی از آن حمایت بنماید،

بنابراین حق دارای چهار رکن میباشد:

اشاره

۱- دارندهٔ حق ۲- موضوع یا مورد حق ۳- رابطه بین دارنده حق و موضوع آن ۴- جزاء برای روشن شدن امر مثالی از هر یک از حق عینی و حق دینی ذیلا بیان میگردد:

اول- برای مثال حق عینی حق مالکیت را که کاملترین حق عینی است متذکر میگردد.

اشاره

ارکان چهارگانه حق مالکیت عبارتند از:

۱- مالک یا دارندهٔ حق-

و او کسی است که نسبت بشیء خارج حق مالکیت دارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹

۲- ملک یا موضوع حق-

و آن مالی است که دارندهٔ حق نسبت بآن حق مالکیت دارد.

۳- رابطهٔ حقوقی-

رابطهٔ حقوقی عبارت از وضعیت تصوری است بین دارندهٔ حق و موضوع آن که باعتبار دارندهٔ مالکیت، و باعتبار موضوع ملکیت نامیده میشود. رابطهٔ حقوقی، امر اعتباری است و رکن اساسی حق میباشد که مقنن آن را فرض و محترم شناخته است.

حق عینی در مقابل تمامی افراد است، یعنی تمامی افراد مکلفند که بآن احترام بگذارند، لذا در اثر این امر دارندهٔ حق عینی، حق تعقیب نسبت بمال خود را دارد و نزد هر کس که آن را بیابد میتواند بخواهد که آن را باور نماید. در حق عینی طرفین حق عبارت از دارندهٔ حق از یک طرف و تمامی افراد جامعه از طرف دیگر میباشند.

۴- جزاء

و آن عبارت از حمایتیست که قوهٔ مجریه از دارنده حق مینماید.

حمایت از حق عینی بر دو نوع است: یکی حفظ و نگاهداری از آن تا دیگری نتواند تجاوز بحق کند و تعدی روا دارد و مال مورد حق را از تصرف مالکش خارج نماید. و دیگر اجبار برفع تجاوز در صورتی که دیگری، بحق مزبور تجاوز نموده یا آن را از تصرف دارندهٔ آن خارج کرده باشد. مثلا هرگاه کسی ملك دیگری را غصب کند، مالك میتواند بمقامات صالحه مراجعه نماید. مقامات مزبور آن مال را از غاصب گرفته و بمالك میدهد و چنانچه تلف شده باشد مثل یا قیمت آن را از او خواهد گرفت.

دوم- برای مثال حق دینی طلب شخص را از دیگری در نظر میگیریم

اشاره

در مورد مزبور نیز تمامی ارکان چهارگانه موجود است و آنها عبارتند از:

۱- متعهد له یا دارندهٔ حق-

و او کسی است که از دیگری حق مطالبه تسلیم مالی را دارد که باو طلبکار، دائن یا بستانکار گفته میشود.

۲- مورد تعهد یا موضوع حق-

و آن چیزیست که متعهد له از دیگری طلب دارد که میتواند از او بخواهد فرض شود در طلب یک هزار ریال، یک هزار ریال موضوع حق است.

مورد مزبور باعتبار طلبکار طلب، و باعتبار بدهکار دین یا مورد تعهد نامیده میشود و بدهکار

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰
مکلف است آن را بطلبکار تادیه نماید. چنانکه گذشت تکلیف در هر یک از حق عینی و حق دینی وجود دارد با این فرق که در حق دینی مکلف محدود بیک یا چند نفر هستند که ملزم بدادن چیزی و یا انجام عملی و یا ترک آن میباشند بالعکس آنچه در حق عینی است که تمامی افراد جامعه مکلف باحترام از حق مزبور هستند و آنها غیر محصورند.
در حق دینی قبل از انجام تعهد، مالی در خارج موجود نیست که مورد حق باشد و دارندهٔ حق بتواند نسبت بآن، حق خود را اعمال کند و فقط شخص متعهد موجود است که ملزم بایفاء تعهد میباشد، اگر چه با یک نظر سطحی میتوان گفت که مورد تعهد در شخص مدیون موجود است و بدین جهت در حقوق بعض ملل قدیمه در صورت عدم ایفاء تعهد از ناحیه مدیون، طلبکار شخص او را میگرفته و بوسیلهٔ ریسمانی که بگردنش می‌بسته بر سر بازار بفروش میرسانده است.

۳- تعهد یا رابطهٔ حقوقی-

تعهد یا رابطهٔ حقوقی بین دارنده حق و طرف او (مکلف) امری است تصوری که قانون آن را اعتبار و محترم شمرده است و آن رکن اساسی حق دینی بشمار میرود. در اثر رابطه مزبور دارنده حق میتواند ایفاء تعهد را از مدیون بخواهد و او ملزم بایفاء آن میباشد.

۴- جزاء

و آن عبارت از حمایتی است که قوهٔ مجریه از دارندهٔ حق مینماید و آن در حق دینی باین نحو بعمل می‌آید، که هرگاه بدهکار بمیل خود تعهد را ایفاء ننماید و امتناع کند با مراجعه متعهد له بمقامات صلاحیتدار، مقام مزبور پس از رسیدگی و احراز آن مدیون را مجبور بایفاء تعهد مینماید.
هر یک از ارکان چهارگانه مذکور در بالا- که موجود نباشد، حق پیدایش نمییابد. در این امر فرقی بین حق عینی و حق دینی نمیباشد، همچنانی که فرقی بین حق مالی و غیر مالی نیست. بدین جهت حقوق بین الملل عمومی را که فاقد جزاء میباشد در زمرهٔ قواعد اخلاقی میدانند، زیرا قوهٔ که ما فوق ملل باشد و بر آنها حکومت کند موجود نیست تا عهده‌دار اجراء قوانین بین المللی باشد و فقط منافع عمومی ملل است که موجب شده هر یک بنوبه خود از آن رعایت بنماید تا دیگران نیز رعایت کنند و در موارد متعددی هم چنانکه تاریخ گذشته حکایت مینماید دول
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱
قوی از آن سرپیچی کرده‌اند.

تبصره- تکلیف

تکلیف عبارت از امری است که فرد ملزم بانجام آن میباشد و هرگاه بر خلاف آن رفتار نماید بجزائی که در خور آن امر است دچار میگردد.
در هر موردی که قانون حقی را برای کسی بشناسد، ناچار تکلیفی برای دیگری یا دیگران موجود میگردد. بنابراین در مقابل هر حقی تکلیفی موجود است. حق و تکلیف مانند دو کفه ترازو هستند که توازن آن در عالم عدالت باید رعایت گردد. این است که میگویند: هرگاه فرض شود کسی تنها در جزیرهٔ گمنام سکونت داشته باشد که هیچ ساکن دیگری ندارد، هیچگونه حقی نمیتواند دارا گردد. و اموالی که در آنجا یافت میگردد و از آن استفاده مینماید، ملك او شناخته نمیشود.

کسی که تکلیف بعهدهٔ او گذارده شده ناچار غیر از کسی خواهد بود که دارای حق میباشد. مثلا در مورد ملکیت خانه مالك خانه دارای حق مالکیت نسبت بخانه میباشد و افراد دیگر مکلف باحترام آن حق هستند و نمیتوانند بحق او تجاوز بنمایند. کسی که از دیگری طلبکار است میتواند طلب خود را از او بخواهد و مدیون در مقابل طلب کار مکلف است دین خود را ادا نماید. چنانکه از مقایسه حق عینی در مالکیت با حق دینی در طلب معلوم میگردد، دایره تکلیف گاه وسیع و نسبت بتمام افراد است مانند حقوق عینی و گاه دیگر بر خلاف نسبت بیک یا چند نفر افراد معینی میباشد مانند حقوق دینی.

اقسام تکلیف–

اشاره

تکلیف بر دو قسم است مثبت و منفی.

الف– تکلیف مثبت–

و آن عملی است که باید مکلف آن را بجای آورد، مانند دادن نفقهٔ اقارب، تسلیم مبیع در بیع.

ب– تکلیف منفی–

و آن عملی است که مکلف آن را باید ترک نماید مانند تعدی و تفریط نکردن متصرف نسبت بمالی که نزد او امانت است.

ارکان تکلیف–

اشاره

تکلیف مانند حق مفهوم بسیطی است ولی برای آنکه در خارج موجود گردد دارای ارکان چهارگانه زیر میباشد:
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲

۱– مکلف–

و آن کسی است که ملزم بانجام یا ترك امر معینی است.

۲– مورد تکلیف–

و آن امری است که باید شخص مکلف آن را بجای آورد و یا ترك نماید.

۳– رابطهٔ حقوقی–

و آن رابطهٔ تصوری و اعتباری است بین مکلف و مورد تکلیف

۴– جزاء–

و آن الزام مکلف باجراء تکلیف میباشد و چنانچه در اثر عدم رعایت تکلیف خسارتی متوجه دارندهٔ حق گردد، از طرف قوهٔ مجریه

مکلف ملزم بجبران آن میشود

قسمت دوم– در اسباب پیدایش حقوق فردی

اشاره

چنانکه گـذشت یکی از ارکان تشـکیل دهنـدهٔ حق فردی جزاء میباشد، و آن عبارت از حمایت حق بوسـیلهٔ قوهٔ مادی است. حمایت قـوهٔ مـادی از حـق، باعتبـار احـترامی میباشـد که برای او شـناخته است. این است که میگوینـد: هرچه را قوهٔ مـادی محـترم بشـمارد و حمایت کنـد حق میباشـد. قوهٔ مادی آنچه را حق میدانـد باید بافراد جامعه اعلام دارد تا آنان رعایت احترام آن را بنمایند و همچنین اسباب آن را بیان کند تا افراد آن را بدانند و الا کیفر دادن در مقام تخلف، عقاب بدون بیان خواهد بود و آن عقلا قبیح است.

اموری که از اسباب پیدایش حق میباشد بر پنج قسم است

اشاره

۱- عقد- ۲- شبه عقد- ۳- جرم- ۴- شبه جرم- ۵- قانون

۱- عقد– Le contrat

عقـد عبارت است از آنکه یک یا چنـد نفر در مقابل یک یا چنـد نفر دیگر تعهـد بر امری کننـد و یا مالی را تملیک نماینـد و مورد قبول آنها قرار گیرد.

هر کس میتوانـد بوسیلهٔ اراده در حـدود قانون، خود را در مقابل دیگری متعهـد سازد و یا مالی را بـدیگری تملیک کنـد مانند: بیع، اجاره، عاریه و امثال آن.

۲- شبه عقد– Le quasi contrat

شبه عقـد عبـارت از عمـل ارادی است که قـانون آن را منع ننموده و بـدون آنکه عقـدی ایجـاد شود موجب پیـدایش حق برای یک طرف یا طرفین میگردد، مانند استیفاء، دارا شدن بضرر دیگری و امثال آن.

۳- جرم– Le delit

جرم عملی است غیر مجاز مثبت باشد یا منفی، که فاعل قصد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳

ارتکاب آن را دارد. جرم بر دو قسم است: جرم کیفری و جرم مدنی:

جرم کیفری عملی است که قانون ارتکاب آن را منع نموده و برای مرتکب کیفری قرار داده است. در صورتی که در اثر عمل مزبور زیانی بکسـی وارد آیـد، کسـی که موجب آن شده ملزم است زیان مزبور را جبران بنماید. مثلا هرگاه کسـی عمداً دست نقاشـی را بشکند که دیگر قادر بنقاشی و کسب معاش خود نباشد، علاوه بر آنکه بکیفر مخصوص میرسد باید زیان نقاش را بپردازد.

جرم مدنی آنست که قانون برای آن کیفری قرار نداده است و جزاء آن مدنی میباشد از قبیل فساد عقد، جبران زیان وارده.

۴ شبه جرم – Le quasi delit

شبه جرم عملی است مثبت یا منفی که فاعل قصد ارتکاب آن را نداشته باشد و بوسیلهٔ آن موجب زیان دیگری شود. قانون برای مرتکب آن کیفری مقرر نداشته است مانند موارد اتلاف و تسبیب که کسی مستقیماً یا غیر مستقیم موجب توجه زیان بدیگری گردد، در این صورت شخص مزبور ملزم بجبران آنست. مثلاـ هرگاه کسی در منزل خود بطور غیر متعارف آتش بیفروزد و آن آتش برگهای درختان خانهٔ مجاور را بسوزاند و آنها خشک شوند. شخص مزبور ملزم بجبران خسارت مالک درختان میشود.

۵– قانون – La loi

قانون در موارد معینه‌ای شخص را بدون آنکه اراده ایجاد حق برای دیگران یا خود بنماید و یا عملی را مرتکب شود ملزم بانجام امری بنفع دیگری میگرداند و یا مالی را بملکیت او در می‌آورد مانند نفقهٔ اقارب، وارث. مثلا هرگاه پدر یا مادر بی‌چیز شوند و کاری نداشته باشند که بوسیلهٔ آن ارتزاق نمایند، پسری که متمول است باید نفقهٔ آنها را بدهد و همچنین هرگاه کسی بمیرد، وارث بدون آنکه اراده کند مالک ترکهٔ او میگردد.

بنظر میرسد که ساده‌ترین تقسیمی که میتوان از اسباب پیدایش حقوق فردی نمود، تقسیم به وقایع قضائی و اعمال قضائی میباشد.

۱– وقایع قضائی – La faite juridique

و آن عبارت از امور حقیقی است که در خارج موجود میگردد و بدون آنکه کسی ارادهٔ ایجاد حق بوسیله آن امور بنماید، سبب

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴

پیدایش آن میشود. وقایع مزبور خواه عهدی باشد یا غیر عهدی موجب ایجاد حق میباشد.

مانند اتلاف تسبیب، تولد، وفات.

۳– اعمال قضائی L acte juridique

اشاره

و آن عبارت از اراده بایجاد وضعیتهای حقوقی از قبیل انتقال مال و اسقاط حق میباشد. بنابراین نکاح، طلاق، بیع، ابراء، اعراض و امثال آن از اعمال قضائی بشمار میروند. وضعیت حقوقی اثر فیزیکی ارادهٔ انسانی نیست بلکه قانون آن اثر را برای اراده شناخته است و در موارد معینه آنچه را فاعل اراده کند معتبر دانسته و از آن حمایت میکند، مانند اراده تملك اموال مباحه و اراده اسقاط طلب از دیگری از اسبابی که بیشتر بوسیله آن ایجاد حق فردی میشود اعمال قضائی است.

اختیار –

قبل از آنکه شرح عمل قضائی بیان شود لازم است متذکر گردد که انسان طبیعهٔ در اعمال خود مختار است یعنی دارای آزادی کامل میباشد و هر عملی که در قدرت اوست میتواند بمیل خود آن را انجام دهد و یا ترک کند.

قانون باعتبار آزادی مزبور تکالیفی برای افراد معین نموده و آزادی عمل افراد را محدود کرده تا بدین وسیله نظم اجتماعی را بر قرار سازد و کسانی که از وظایف خود تجاوز کنند مستوجب مجازاتش میداند. در صورتی که انسان در اعمال خود مجبور میبود یعنی اعمال را باختیار خود انجام نمیداد و یا ترک نمیکرد، تکلیف او و همچنین مجازاتش در مورد تخلف بر خلاف منطق عقل و عدالت میبود.

انسان اگر چه در دامن محیط اجتماعی پرورش می‌یابد و تحت تأثیر عوامل عدیده محیط تربیتی خود قرار میگیرد، ولی تأثیر عوامل مزبور وضعیتی را در او بوجود نمیآورد که او را مجبور بانجام بعض اعمال و ترک بعض دیگر بنماید، یعنی او را از حال اختیار خارج گرداند. بنابراین انسان در هر محیطی پرورش یابد اختیار از او سلب نمیشود و دارای اراده است که مولود دماغ او میباشد و هر عملی را که تصور کند و مائل بانجام آن گردد پس از سنجش سود و زیان آن را ترک و یا ایجاد مینماید. این است که گفته میشود: انسان در اعمال خود مختار میباشد و مجبور نیست.

در صورتی که توجه خود را بروابط حقوقی افراد با یکدیگر معطوف داریم در مقابل

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵

خود فعالیتهای اقتصادی بیشماری را میبینیم، مثلا هر روزهٔ عدهٔ بسیاری از افراد در مقابل یکدگر عهد باموری مینمایند و یا اموالی را مجاناً یا در مقابل مال بیکدیگر واگذار میکنند و آنها مالك آن میگردند و یا بعض افراد حقوقی را که بر دیگران دارند ساقط میکنند یا قراردادهای متنوعی تنظیم مینمایند و آن را اجرا میکنند، اموالی را برای پس از فوت بدیگری وصیت مینمایند و آنها آن را میپذیرند و برای تشکیل خانواده ازدواج مینمایند و سپس آن را منحل میکنند. اینگونه اعمال برای آنست که افراد بتوانند امور اجتماعی و اقتصادی خود را آنگونه که مصلحت میدانند منظم گردانند، اینها اعمال قضائی هستند.

بنابراین عمل قضائی عبارت از ارادهٔ بامر مخصوص حقوقی، آن بمنظور ایجاد یا اسقاط حق است. چنانکه از تعریف مزبور مستفاد میشود، اراده در عمل قضائی دارای دو خصوصیت است:

۱- موضوع اراده در اعمال قضائی، ایجاد یا اسقاط حق است.

۲- قانون برای ارادهٔ مزبور آثاری را که منظور اراده‌کننده میباشد شناخته است.

بنابراین اراده‌کننده میتواند هر منظور حقوقی که داشته باشد بوسیلهٔ اراده خود آن را ایجاد نماید.

در صورتی که اراده موجود نشود اثر مختص بآن بوجود نخواهد گردید، یعنی اثر معین از اراده مخصوص ناشی میشود و اراده مولد و خالق آنست. این امر میتواند فرق اساسی بین عمل قضائی و واقعه قضائی یعنی اعمال دیگر افراد که دارای آثار حقوقی هستند، مانند اتلاف و تسبیب و جرائم و امثال آن شناخته شود. فاعل با آنکه در ایجاد واقعه قضائی، ارادهٔ ایجاد حق بجبران زیان برای دیگری ندارد، حق مزبور را قانون محقق میداند.

اراده

اشاره

چنانکه شرح آن خواهد آمد عبارت از یک نوع تحریک عصبی و عمل دماغی میباشد که بوسیلهٔ آن انسان میتواند اموری را انجام دهد. اموری که بوسیلهٔ اراده انجام میگیرد.

بر دو نوع است:

۱- امور مادی مانند: حرکت دست، پا، زبان و امثال آن.

۲- امور معنوی و تصوری مانند: صرف نظر کردن از کسی یا چیزی و امثال آن.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶

آزادی اراده

انسان در دنیا آزاد خلق شده و دارای آزادی مطلق است و قادر میباشد هر عملی را انجام دهد. انسان از آزادی خود موقعی میتواند استفاده کامل نماید که در محیطی آزاد، یعنی تنها دور از افراد دیگر بسر برد، ولی این امر برای او غیر عملی است، زیرا ساختمان جسمی انسان طوری است که نمیتواند احتیاجات خود را بتنهائی برآورد. بدین جهت گفته میشود که انسان طبیعهٔ اجتماعی میباشد. بنابراین انسان اجتماعی نمیتواند از آزادی خود بطور غیر محدود بهره‌مند گردد و هر عملی را که حس خودخواهی او خواستار شود انجام دهد، زیرا در بسیاری از موارد با منافع دیگران روبرو شده و با آزادی آنان اصطکاک پیدا مینماید این است که گفته‌اند: هر فردی در جامعه آن قدر میتواند از آزادی خود بهره‌مند گردد که بآزادی دیگران تجاوز نکند و هر عملی را که بحقوق دیگران لطمه وارد نیاورد میتواند بجای آورد. برای آنکه نظم اجتماعی پایدار بماند باید آزادی افراد بمقدار متساوی محدود گردد.
حدود آزادی افراد را قانون که عهده‌دار نظم اجتماعی است معین میکند و هر امری را که تماس بآزادی دیگران پیدا میکند منع مینماید همچنانی که بانجام آنچه برای حفظ نظم جامعه لازم است امر میکند افراد میتوانند در انجام هر امری که مورد حکم قانونی قرار نگیرد از آزادی خود بهره‌مند شوند و آن را بجای آورند و یا خودداری کنند. این است که میگویند (هر چه از طرف قانون منع نشده باشد مجاز است) اصل مزبور مورد هیچ‌یک از مواد قانونی قرار نگرفته است ولی با توجه بمقدمات مذکور در بالا این امر از قواعد عقلی بشمار میرود و منطق اجتماع از آن پیروی میکند.
اصل مزبور نه فقط بافراد اجازه میدهد هر عملی را که قانون منع ننموده انجام دهند مجازات نمیشوند، بلکه قانون از نظر حفظ نظم اجتماعی باحترام بآن مینگرد و از آن حمایت میکند و نمیگذارد دیگران با استفاده از آزادی خود بآن تجاوز کنند.
آزادی‌هائی که افراد بدون داشتن آنها نمیتوانند در جامعه زندگانی نمایند. آزادیهای فردی نامند.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷

اقسام آزادیهای فردی

اشاره

آزادیهای فردی عبارتند از:

۱- آزادیهای فردی بمعنی خاص

آزادی فردی عبارت است از آزادانه رفت و آمد کردن شخص و ماندن در هر محلی که بخواهد. اصل دهم و چهاردهم متمم قانونی اساسی قسمتی از آن را بیان مینماید:
اصل دهم متمم قانون اساسی: «غیر از مواقع ارتکاب جنحه و جنایات و تقصیرات عمده هیچ‌کس را فوراً نمیتوان دستگیر نمود مگر بحکم کتبی رئیس محکمه عدلیه بر طبق قانون و در آن صورت نیز باید گناه مقصر فوراً یا منتهی در ظرف بیست و چهار ساعت باو اعلام و اشعار شود».
اصل چهاردهم متمم قانون اساسی: «هیچ‌یک از ایرانیان را نمیتوان نفی بلد یا منع از اقامت در محلی یا مجبور باقامت در محل معینی نمود مگر در مواردی که قانون تصریح میکند».

۲– احترام بمالکیت فردی

اصل پانزدهم متمم قانون اساسی میگوید: «هیچ ملکی را از تصرف صاحب ملک نمیتوان بیرون کرد، مگر با مجوز شرعی و آن نیز پس از تعیین و تأدیه قیمت عادله است» اصل شانزدهم متمم قانون اساسی میگوید: «ضبط املاک و اموال مردم بعنوان مجازات و سیاست ممنوع است، مگر بحکم قانون».
اصل هفدهم متمم قانون اساسی میگوید: «سلب تسلط مالکین و متصرفین از املاک و اموال متصرفه ایشان بهر عنوان که باشد ممنوع است، مگر بحکم قانون».

۳– احترام بمنازل–

اصل سیزدهم متمم قانون اساسی میگوید: «منزل و خانه هر کس در حفظ و امان است. در هیچ مسکنی قهراً نمیتوان داخل شد، مگر بحکم و ترتیبی که قانون مقرر نموده».

۴– آزادی تجارت، کار، صنعت

و عدهٔ دیگری از آزادیهای فردی که مربوط بوضعیت روحی میباشد که مهمترین آنها عبارتند از:
۱– آزادی عقیده.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸
۲– آزادی مذهب.
۳– آزادی اجتماع.
۴– آزادی قلم.
۵– آزادی شرکت.
۶– آزادی تعلیم و تربیت.
اصل هیجدهم متمم قانون اساسی میگوید «تحصیل و تعلیم علم و معارف و صنایع آزاد است مگر آنچه شرعاً ممنوع باشد».
آزادیهای فردی بوسیلهٔ اعلامیه حقوق بشر و منشور ملل متحد تأیید و حمایت شده است. آزادیهای فردی لازمهٔ حیات فرد اجتماعی میباشد و بدون داشتن آنها، شخص از افراد زندهٔ جامعه بشمار نمیآید و از منافع اجتماعی برخوردار نمیگردد. بدین جهت هیچ فردی نمیتواند از خود سلب حریت نماید، یعنی از آزادیهای فردی صرفنظر کند، همچنانی که دیگری نمیتواند بآن تجاوز بنماید. اینست که ماده «۹۶۰» ق. م میگوید: «هیچ‌کس نمیتواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف نظر نماید». چنانکه از ماده بالا معلوم میگردد نه فقط سلب حریت را قانون منع نموده است، بلکه بدون آنکه کسی حریت را از خود سلب کند، در حدودی که مخالف قوانین موضوعه کشوری و یا اخلاق حسنه باشد نمیتواند از استفاده از حریت خود صرفنظر نماید.
مادهٔ، مانند مادهٔ «۹۶۰» قانون مدنی ایران در مجموعه قانون مدنی فرانسه یافت نمیشود.
بنظر میرسد مضمون آن از بند دوم مادهٔ «۲۷» قانون مدنی سویس اقتباس شده باشد که میگوید:
«هیچ‌کس نمیتواند حتی قسمتی از حق تمتع یا اجراء حقوق مدنی را از خود سلب کند.
هیچ‌کس نمیتواند آزادی خود را واگذار نماید و نه خود را از استعمال آن در حدودی که بر خلاف قوانین یا اخلاق باشد ممنوع

گرداند».
گفتگو از آزادیهای فردی در حقوق اساسی میشود و حکومتها را بحقوق افراد و حدود آن خاطر نشان میسازد تا تجاوز بآزادیهای فردی ننمایند. در حقوق مدنی از آزادیهای
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹
فردی از نظر تکالیف افراد نسبت بخود و نسبت به یک دیگر گفتگو میشود که اینان نمیتوانند سلب حریت از خود بنمایند، همچنانی که نمیتوانند بحدود آزادیهای یکدیگر تجاوز نمایند.
در جامعه، حقوق فردی همراه با تکالیفی است که بنفع افراد برقرار شده است، بعبارت دیگر در جامعه، حقوق فردی و آزادیها نسبت بتمامی افراد ایجاد حق و تکلیف متقابل نموده است.
و مانند شبکه‌های لایتناهی بستگی بیکدیگر پیدا کرده‌اند.

اراده- etnolovaL

اشاره

اراده عبارت از خواستن امری است و آن بر دو قسم است:
ارادۀ حقیقیۀ، ارادۀ انشائیه.

قسم اول- ارادۀ حقیقیه

اشاره

اراده حقیقیه emitni etnolov aL عبارت از یک نوع فعالیت دماغی است که بوسیلۀ یک رشته تحریکات عصبی بوجود می‌آید و امری را میخواهد. قانون مدنی ایران بپیروی از حقوقیین اسلام آن را بقصد انشاء تعبیر نموده است. ماده «۱۹۱» ق. م: «عقد محقق میشود بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند».

حاکمیت اراده

چنانکه گذشت در عالم حقوق باراده نیروئی داده شده است که قادر میباشد هر نوع عمل قضائی که قانون او را منع ننموده است بوجود آورد. عمل قضائی گاه مولد حق میباشد و گاه دیگر مسقط آن افراد بوسیلۀ اراده گاه دست بعملیاتی میزنند که موجب تجاوز بحق دیگری نمیگردد مانند حیازت مباحات، ابراء و امثال آن. مثلا کسی که از کنار دریاچه میگذرد و صدفی را میبیند که امواج آن را بکنار انداخته است، آن را بقصد تملک بر میدارد. در اینگونه موارد فرد هر ارادۀ بنماید که قانون صریحا منع نکرده است در عالم حقوق معتبر خواهد بود.
ارادۀ فرد چنانچه بتواند بتنهائی، مولد یا مسقط حق قرار گیرد آن را ایقاع گویند. عمدۀ ایقاعات عبارتند از حیازت مباحات، احیاء موات، ابراء، اعراض، طلاق، فسخ، رجوع، بذل مدت در متعه و امثال آنگاه.
دیگر افراد بوسیلۀ اراده مبادرت بعملیاتی مینمایند که مستقیم یا غیر مستقیم تجاوز بحق دیگری میشود. در این صورت نمیتواند ارادۀ مزبور مؤثر قرار گیرد، مگر کسی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰

بحق او تجاوز شده است نیز موافقت با آن امر بنماید. در اینگونه موارد با توافق دو اراده، عمل قضائی انجام میگیرد.

در صورتی که توافق دو اراده مولد یا مسقط حق قرار گیرد آن را عقد یا قرارداد نامند مانند، بیع، اجاره که شرط تحقق آن توافق اراده دو طرف (منتفع و متضرر) میباشد. این است که ماده «۱۹۴» ق. م میگوید: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین بوسیلهٔ آن انشاء معامله مینمایند باید موافق باشد بنحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء او را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود» توافق دو اراده را بفرانسه le consentement نامند.

از نظر تحلیلی، اراده یک سلسله اعمال دماغی است که یکی پس از دیگری بوجود می‌آید و امری را ایجاد مینماید. مثلا در مورد اعراض از یک ریالی که از دست ما در گلهای خیابان می‌افتد، چند امر بترتیب یکی پس از دیگری در ذهن تصور میشود:

اول- تصور یک ریال که در گلها افتاده است.

دوم- تصور برداشتن یک ریال از زمین و تصور صرفنظر کردن از آن.

سوم- تصور منافع و مضار هر یک از طرفین قضیه.

مثلاـ در مثال بالا: از یک طرف در ذهن میگذرانیم چنانچه یک ریالی که افتاده بر داریم میتوانیم از آن استفاده بنمائیم و از طرف دیگر تصور میکنیم که چگونه در مقابل مردم خم شده و یک ریال را از توی گلهای خیابان برداریم، در نتیجه این امر دستمان گلی میشود، کسانی که می‌بینند چه تصور میکنند، آیا ممکن است تصور نمایند آن را پیدا نموده‌ایم؟

چهارم- سنجش منافع و مضار هر یک از دو طرف قضیه با یکدیگر و تمایل و اشتیاق شدید بصرف نظر کردن از یک ریال و گذشتن از آنجا.

پنجم- قصد صرف نظر نمودن از یک ریال، یعنی پس از گذشتن چهار مرحله، قصد مینمائیم که از یک ریال صرف نظر نمائیم.

صرف نظر نمودن از یک ریال را اراده یا قصد انشاء میگویند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱

مقدمات مذکور در بالاـ یکی پس از دیگری در تمامی اعمال ارادی بوجود می‌آید مثلاـ در دادن یک ریال بفقیر یا سوار شدن تاکسی برای رفتن از منزل بدانشکده و امثال آن، آن مقدمات پیدا خواهد شد ارادهٔ مزبور که یک رشته تحریکات اعصاب دماغی است، یعنی امری روحی و باطنی میباشد، غیر از اراده کننده کسی بر آن آگاه نمیگردد. باین اعتبار است که در اصطلاح حقوقی اراده حقیقیه نامیده میشود.

بنابر آنچه گذشت هرگاه صفحه ذهن اراده‌کننده را بپرده سینمائی تشبیه نمائیم، مشاهده میگردد که پس از نمایش هر یک از مقدمات چهارگانه بالا، در آخرین پرده صورت یک ریالی که بروی زمین افتاده منعکس است که اراده‌کننده از آن صرفنظر نموده، یعنی رابطهٔ مالکیت خود را قطع کرده است. این عمل دماغی که قطع رابطهٔ مالکیت از یک ریال است، قصد انشاء میباشد و موضوعی دارد که یک ریال افتادهٔ روی زمین است.

در صورتی که شخص در حالی باشد که نتواند اراده نماید، یعنی صورت یک ریال و قطع رابطهٔ ملکیت را در صفحه ذهن تصور کند، اراده موجود نشده و عمل قضائی انجام نگردیده است، مانند بیهوش، مست که اعصاب دماغی او در حال خمودند و نمیتوانند افعال لازم را انجام دهند و اراده کنند. هرگاه کسی در اثر نوشیدن مشروبات الکلی بدرجهٔ نرسد که قدرت بر اراده از او سلب شود مست نیست و میتواند عمل قضائی واقع سازد. این است که مادهٔ «۱۹۵» ق. م میگوید: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله بواسطهٔ فقدان قصد باطل است». مثالی روشن برای نداشتن اراده میتوان زد و آن در مواردی است که کسی سندی را که نخوانده و نمیداند مضمون آن چیست و یا آنکه چندان عبارت‌پردازی در آن شده که معانی آن را نمی‌فهمد

امضا کند. در این صورت مفاهیم مندرجات آن در صفحهٔ ذهن امضاء‌کننده منعکس نشده تا اراده موجود گردد.

رضایت

اراده اگر چه استخوان‌بندی عمل قضائی را تشکیل میدهد ولی زمانی میتواند تأثیر حقوقی نماید که اراده‌کننده رضایت بایجاد آن داشته باشد مفهوم رضایت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲

نزد هر کس معلوم است و احتیاج به هیچ‌گونه تفسیری ندارد، ولی بی‌مناسبت نمیدانم که از نظر تحلیلی متذکر گردد که یکی از مقدمات ایجاد اراده سنجش نفع و ضرر امری است که از طرف اراده‌کننده، بعمل می‌آید و چنانچه آن را بنفع خود یافت اراده میکند و الا هرگاه بنفع خود نیابد اراده نمی‌نماید. اراده‌کننده باید در سنجش نفع و ضرر آزاد باشد.

اراده‌کننده زمانی میتواند آزادانه نفع و ضرر خود را در ایجاد قصد بسنجد که در حال معتدل باشد یعنی تحت فشار روحی در ایجاد قصد قرار نگیرد و الاـ هرگاه در اثر فشار و اکراه ناچار شود که اراده ایجاد امری را نماید، آن اراده اثر قانونی را دارا نخواهد بود، زیرا احترامی که قانون باراده افراد میگذارد و آن را مولد اعمال قضائی قرار میدهد از نظر آزادی اراده است که برای افراد در جامعه شناخته، تا بدان وسیله بتوانند امور اجتماعی و اقتصادی خود را منظم گردانند.

اکراه

اشاره

شرط اساسی برای تأثیر اراده، رضایت اراده‌کننده است. بنابراین اراده وقتی مؤثر خواهد بود که تحت تأثیر اکراه قرار نگرفته باشد و الا چنین رضائی بنابر مستفاد از ماده «۱۹۹» ق. م موجب نفود اراده نیست.

اکراه عبارت از فشار مادی یا معنوی است بر شخص تا او را وادار بانجام عملی نماید.

اعمال اکراه نسبت به اراده‌کننده، آزادی او را در سنجش نفع و ضرر موضوع اراده سلب مینماید. شخص مزبور در آن حال برای آنکه از نتایج وخیم اکراه خود را برهاند تسلیم میگردد و اراده مینماید. ایجاد اراده بدین نحو مؤثر نبوده و مولد حق یا مسقط آن نمیباشد

برای تحقق اکراه سه شرط لازم است:

۱- اکراه بوسیلهٔ اعمالی پیدا شود که مؤثر در هر شخص با شعوری باشد

(ماده ۲۰۲ ق. م) منظور از شخص با شعور کسی است که مبتلا بضعف اعصاب دماغی نبشاد مانند ابله، زیرا عملی که در اشخاص با شعور تأثیر نمینماید، در شخص عادی معمولی موجب اکراه نمیگردد و عمل قضائی کسی که دارای ضعف اعصاب دماغی است از نظر عدم اهلیت باطل میباشد. درجهٔ شعور اشخاص باعتبار درجهٔ ترقی افکار محیطی که در آن تربیت شده‌اند فرق مینماید

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳

۲- اکراه در شخصی که مورد تهدید قرار گرفته تأثیر بنماید

بنابراین هرگاه کسی که تهدید میشود بداند که تهدیدکننده نمیتواند عملی را که بوسیله آن تهدید نموده انجام دهد، یا خود قادر

است بر اینکه بدون مشقت جلوگیری از عمل او نماید و معامله را واقع نسازد، مکره شناخته نمیشود (ماده «۲۰۵» قانون مدنی) بدین جهت هرگاه یکی از متعاملین مدعی عدم نفوذ معامله باستناد اکراه گردد، طرف او برای اثبات صحت معامله میتواند ثابت نماید که عمل اگر چه تهدیدآمیز بوده است و عموما در هر شخص با شعوری مؤثر واقع میشود ولی معامل با قوت روحی و تجربیات بسیاری که از محیط متشنج و پرآشوب دارد، هیچگونه تأثیری در او نکرده و معامله در اثر اکراه انجام نشده، بلکه رضایت کامل نسبت بآن داشته است. این است که ذیل ماده «۲۰۲» ق. م میگوید: «... در مورد اعمال اکراه‌آمیز سن و اخلاق و شخصیت و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود» تا دادرس بتواند درجهٔ تأثیر عمل اکراه‌آمیز را در اراده‌کننده تشخیص دهد. همچنین است هرگاه تهدید بوسیلهٔ اعمالی باشد که عادتا قابل تحمل است (مفهوم مخالف قسمتی از ماده «۲۰۲» ق. م) بنابراین چنانچه کسی برای تهدید همسایه تا او را وادار بفروش خانه خود بنماید بگوید:

هرگاه خانه‌ات را بمن نفروشی تمامی برفهای پشت بام خود را بر بام اطاقت میریزم، یا آب بحوض و آب انبار منزلت نمیدهم، عمل مزبور تهدید محسوب نمیگردد، زیرا همسایه میتواند آن برفها را بروبد و از طریق دیگری آب تهیه کند.

۳- تهدید باید بوسیلهٔ امر غیر قانونی باشد

بنابراین هرگاه کسی بوسیلهٔ اعمالی که قانون اجازه داده وادار بانجام معامله شود، شخص مزبور مکره شناخته نمیشود.

مثلا- چنانچه طلبکار به بدهکار خود بگوید: هرگاه وجه سند مرا نپردازی اجرائیه صادر مینمایم و خودت یا اموالت را بازداشت خواهم کرد و اگر فعلا نمیتوانی آن را بدهی خانه‌ات را در رهن من بگذار، رهن مزبور صحیح میباشد. همچنین است هرگاه کسی از نوکر خود که اموالش را دزدیده و از بین برده بخواهد که سند ذمه بمبلغ قیمت اموال مسروقه بسپارد و الا بدادسرا اعلام جرم خواهد نمود و در اثر آن او را بزندان خواهند انداخت و نوکر سند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴

ذمه بارباب خود بدهد.

از نظر تحلیلی موجب عدم نفوذ اراده مکره آنست که در اثر اعمال اکراه نسبت باو تعادل در تشخیص نفع و ضرر از او سلب میشود و باختیار عمل قضائی انجام نداده است. بنابراین بوسیلهٔ هر عملی که سلب اختیار از اراده‌کننده بشود اکراه محقق میگردد، خواه نسبت بجان او باشد، چنانچه او تهدید بقتل و ضرب و جرح گردد، یا نسبت بمال او باشد چنانچه تهدید بسرقت و یا غارت اموال شود، و یا نسبت به آبروی او باشد، چنانچه تهدید شود که در دیوارهای معابر و یا بوسیلهٔ اوراق چاپی و کاغذهای بی‌امضاء نسبتهائی باو داده و منتشر خواهند نمود.

این است که ماده «۲۰۲» قانون مدنی میگوید که: «اکراه باعمالی حاصل میشود که مؤثر در هر شخص با شعوری بوده و او را نسبت بجان یا مال یا آبروی خود تهدید کند ...»

همچنین است هرگاه تهدید نسبت بجان یا مال یا آبروی یکی از اقوام نزدیک اراده کنند، از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد او باشد، زیرا چنانچه گذشت هر نوع عملی که در روحیه اراده‌کننده تأثیر نماید و اختیار را از او سلب کند اکراه بشمار میرود. این ستکه ماده «۲۰۴» ق. م میگوید: «تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است ...» در تمام نسخ چاپی قانون مدنی که ملاحظه گردید عبارت (نفس یا جان یا آبرو) نوشته شده است ولی با توجه باستدلال بالا بنظر میرسد که عبارت اشتباه است و باید مانند ماده «۲۰۳» (جان، مال و آبرو) باشد و مواد مربوطه هم نیز این امر را تأیید مینماید. از نظر قضائی ناچار باید از وحدت ملاک ماده «۲۰۲» ق. م کمک خواسته و تهدید اراده‌کننده را در مال یکی از اقوام نزدیک نیز اکراه دانست.

وضعیت اخلاقی و روحی افراد در علاقهٔ بخویشان و خانواده فرق مینماید و نمیتوان همه افراد را در این امر یکسان دانست، بدین جهت است که ذیل مادهٔ «۲۰۴» ق م تشخیص درجه نزدیکی برای مؤثر بودن اکراه را در هر مورد با توجه بوضعیت اخلاقی و روحی، بسته بنظر عرف نموده است که دادرس طبق آن تصمیم اتخاذ مینماید.

اکراه لازم نیست بوسیله کسی که مستقیما از نتیجهٔ اراده منتفع میشود بعمل آید بلکه هرگاه بوسیلهٔ شخص دیگری غیر از او واقع گردد نیز موجب عدم نفوذ اراده میباشد، زیرا علت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵

معلول گشتن اراده در مورد اکراه، عدم تعادل وضعیت روحی کسیست که تهدید نسبت باو اعمال شده و اختیار و آزادی سنجش نفع و ضرر را از دست داده است. بنابراین در مورد معامله فرقی نمینماید که تهدیدکننده طرف معامله باشد یا شخص ثالث، اگر چه از انجام معامله هم منتفع نشود.

بیم و هراس اراده‌کننده بدون آنکه تهدید مستقیما اعمال گردد، موجب اکراه نخواهد بود. مثلا هرگاه کدخدای قریه‌ای که قطعاتی از زمینهای کشاورزان را بتهدید و ایذاء خریده است و بکشاورز دیگری که نسبت باو هیچ‌گونه تهدیدی بعمل نیامده مراجعه کند و او، از ترس آنکه روزی ممکن است مورد اذیت و آزار کدخدا قرار گیرد، زمین خود را به کدخدا بفروشد، معاملهٔ مزبور را نمیتوان بعنوان اکراه غیر نافذ دانست. این است که ماده «۲۰۸» ق. م میگوید: «مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آن کس تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمیشود».

اضطرار موجب عدم نفوذ معامله نمیشود، بنابراین کسی که در نتیجهٔ اضطرار اقدام بانجام معامله نماید مکره محسوب نشده و معاملهٔ او صحیح میباشد، مثلا هرگاه کسی در اثر احتیاج بپول، خانهٔ خود را بربع قیمت بفروشد و یا از ناچاری منزلی را بچند برابر اجاره نماید، آن معاملات را نمیتوان بعنوان اکراه غیر نافذ دانست. این است که ماده «۲۰۶» ق. م میگوید: «اگر کسی در نتیجهٔ اضطرار اقدام بمعامله کند، مکره محسوب نشده و معاملهٔ اضطراری معتبر خواهد بود».

فرق بین اکراه و اضطرار آنست که در اکراه تهدید از خارج بوسیلهٔ شخص بعمل می‌آید. و در اضطرار معامله‌کننده در اثر وضعیت اقتصادی یا اجتماعی خود ناچار بانجام معامله میشود، اگر چه وضعیت مزبور را متعامل ایجاد نموده باشد تا معامل را وادار بانجام آن معامله نماید، چنانچه هرگاه کدخدای قریه آب به بستان رعیتی ندهد و درختان آن میوه نیاورد، در اثر آن صاحب بستان پریشان و درمانده شده و بستان خود را بکدخدای مزبور بفروشد تا زندگی خود را بگذارند، معاملهٔ مزبور صحیح خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶

الزام اراده‌کننده بایجاد عمل قضائی بوسیلهٔ مقامات صالحه قانونی، اکراه محسوب نمیشود، چنانکه هرگاه اجرائیه بر انتقال ملك از دادگاه صادر شود و یا جریان عملیات اجرائی ثبت منجر بانتقال مالی بدیگری گردد، انتقالی که شخص مزبور میدهد صحیح و نافذ میباشد. این است که ماده «۲۰۷» ق. م میگوید: «ملزم شدن شخص بانشاء معامله بحکم مقامات صالحهٔ قانونی اکراه محسوب نمیشود».

معامله‌ای که در اثر اکراه واقع میشود غیر نافذ است و مکره میتواند پس از رفع اکراه بوسیلهٔ امضاء آن را تنفیذ نماید (ماده «۲۰۹» ق. م) در این صورت تأثیر معامله از زمان عقد خواهد بود، زیرا عقد بوسیلهٔ قصد طرفین و رضای آنها محقق میشود و در معاملهٔ مکره قصد موجود میباشد، ولی رضای معتدل را ندارد که بعدا موجود شده است. لزومی ندارد که رضا مقارن با عقد باشد، بلکه ممکن است مؤخر از آن قرار گیرد، چنانچه در معاملهٔ فضولی است. در صورتی که رضا مؤخر از قصد انشاء قرار گیرد مانند آنست که مقارن با قصد بوده، چه کسی که رضایت بر امری که گذشته است میدهد موافقت خود را با وقوع آن امر که قبلا پیدایش یافته اعلام میدارد. امضای معامله باید صریح باشد. امضاء بهر لفظ و فعلی که دلالت بر رضا نماید بعمل می‌آید. لازم نیست امضاء معامله

پس از رفع اکراه فوری باشد. امضای معامله پس از رفع اکراه وقتی موجب تنفیذ است که مکره معامله را رد ننموده باشد و الا اثری نخواهد داشت، زیرا پس از رد، آثار عقد زایل میشود و رضاء بعقدی که معدوم شده بلا اثر خواهد بود.

هرگاه قبل از رد یا امضاء بمعامله، مکره فوت نماید وارث میتواند آن را امضاء نماید زیرا وارث قائم مقام مورث میباشد، چنانکه در مورد معاملهٔ فضولی وارث میتواند معامله را اجازه دهد یا رد کند (ماده «۲۵۳» قانون مدنی) زیرا از نظر تحلیلی معامله مکره مانند معاملهٔ فضولی میباشد. این امر در مورد عقد تملیکی است که مالک فوت نماید، زیرا مال مورد عقد در اثر فوت مورث بوارث منتقل میشود و او مالک است میتواند عقد را اجازه دهد، ولی در مورد عقد عهدی که کسی بطور اکراه تعهد بضرر خود نموده است چنانچه فوت کند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷

چیزی بوارث او منتقل نمیشود تا وارث بتواند آن را امضاء بنماید، زیرا آنچه ترکه قرار میگیرد اموال و حقوق مالی مورث است و عقد غیر نافذ، مال و حق مالی محسوب نمیگردد لذا بفوت مکره، عقد عهدی باطل میشود.

آنچه گفته شد در صورتی است که اکراه بدرجهٔ نباشد که قدرت بر قصد انشاء (ارادهٔ حقیقی) را از مکره سلب کند و الا هرگاه اکراه چندان شدید باشد که مکره نتواند قصد انشاء بنماید، معاملهٔ او مانند معاملهٔ خواب و بیهوش و مست باطل خواهد بود، چنانکه کسی را شکنجه دهند، تا قبول خود را نسبت بمعامله اعلام دارد و شخص مزبور در زیر شکنجه لفظ (قبول دارم) را بدون توجه بمدلول آن ادا نماید. در این مثال گوینده فقط قصد ادای لفظ را داشته و قصد ایجاد مدلول آن را که قصد انشاء و ارادهٔ حقیقی است ندارد، عبارت مزبور در حقیقت مانند پوستی بدون مغز و پوک است.

تذکر- در بالا گذشت که اکراه در یکی از طرفین عقد، موجب عدم نفوذ آن میگردد و میتوان بوسیلهٔ اجازه پس از رفع اکراه آن را تنفیذ نمود. پرسشی پیش می‌آید و آن اینست که آیا ایقاعی که در اثر اکراه واقع گردد پس از رفع اکراه میتوان بوسیلهٔ اجازه تنفیذ نمود؟ اگر چه بسیاری از حقوقیین با این امر موافق نیستند، ولی از نظر تحلیلی فرقی در این امر بین عقد و ایقاع موجود نمیباشد.

تبصره- با توجه بتحلیل عقلی که از نقض رضا در تأثیر اراده بیان گردید و اینکه هرگاه معامله‌کننده وضعیت اعتدال را در حین معامله فاقد باشد بطوری که نتواند نفع و ضرر خود را بسنجد، آن معامله در اثر نداشتن رضایت نافذ نمیباشد، مثلا کسی که در اثر مستی دارای قدرت تشخیص سود و زیان نباشد و یا در حالت خشم و عصبانیت شدیدی قرار بگیرد و یا آنکه در اثر اعتیاد بمواد مخدره در امورات خود لاابالی باشد و یا در اثر ترس و هراس از پیش‌آمدی عمل قضائی انجام دهد، چون دارای رضای معتدل نیست بنظر میرسد که عمل قضائی مزبور مانند عمل قضائی مکره نافذ نمیباشد.

رضایت منتفع یا متضرر شرط تأثیر اراده میباشد

رضایتی که شرط تأثیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸

اراده میباشد رضایت کسی است که نقش اساسی را در عمل قضائی بازی مینماید، یعنی از آن مستقیماً منتفع یا متضرر میگردد، مثلا در فروش کتاب محمد، رضایت محمد لازم است و الا هرگاه جعفر که دوست و همدرس محمد است کتاب او را بفروشد، رضایت جعفر نمیتواند ارادهٔ او را مؤثر گرداند بلکه رضایت محمد را می‌خواهد.

این است که در معاملهٔ فضولی که کسی خانهٔ برادر خود را بدیگری میفروشد معامله‌کننده (فضول)، اگر چه راضی بانعقاد معامله باشد بدون رضایت مالک انتقال خانه حاصل نمیگردد.

در هر عمل قضائی سه امر موجود است: ۱- اراده حقیقی. ۲- آنچه در عالم خارج است، که در صحنه ذهن تصور میشود (که

موضوع قصد انشاء است). ۳- ارادهٔ انشائی که بوسیله و آن ارادهٔ حقیقی اعلام میگردد.

متحد بودن موضوع ارادهٔ حقیقی با خارج

چنانکه گذشت مدار روابط اجتماعی افراد ارادهٔ آنها است افراد میتوانند از آزادی خود استفاده نموده آنگونه که بخواهند روابط اجتماعی و اقتصادی خود را برقرار سازند. ارادهٔ مزبور زمانی میتواند تأثیر نماید که موضوع آن با خارج متحد و یکی باشد و الا اثری نخواهد داشت. توضیح این امر بوسیلهٔ مثال آسانتر و بفهم نزدیکتر است.

مثال- در مورد اعراض از یک ریال که در گلهای زمین افتاده است- کسی که تصور نموده یک ریالی که در جیب داشته بزمین افتاده و از آن اعراض نماید. صورت یک ریال جیب خود را در روی گلها در ذهن منعکس نموده و از آن صرفنظر کرده است. چنانچه سپس معلوم گردد که آنچه از دستش افتاده یک پهلوی طلا بوده است، اعراض محقق نشده است، زیرا آنچه تصور نموده و موضوع اراده قرار گرفته و از آن اعراض کرده یک ریال است و با آنچه در خارج بوده که پهلوی طلا است متحد و یکی نمیباشد.

مثال- ۲ در مورد ابراء مدیون از یک هزار ریال- چنانچه کسی که تصور نموده که محمد یک هزار ریال باو مدیون است او را ابراء کند، یعنی تصور دین یک هزار ریال بنماید و

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹

حق خود را ساقط گرداند و سپس معلوم شود که شخص مزبور یک هزار دلار باو بدهکار بوده است، ابراء حاصل نشده و دین بحال خود باقی است، زیرا آنچه موضوع اراده قرار گرفته یک هزار ریال است و با آنچه در خارج بوده (یک هزار دلار) متحد و یکی نمیباشد.

دو مثال بالا مربوط بایقاع است که بوسیلهٔ اراده منحصر محقق میگردد و در موردی که عمل قضائی بوسیلهٔ توافق دو اراده موجود میشود نیز اتحاد موضوع هر یک از دو اراده با خارج لازم است.

مثال- هرگاه کسی دختری را در خیابان ببیند و چون بمنزل بیاید بمادر خود نشانی دختر را بدهد و از او بخواهد که بخواستگاری دختر مزبور برود، مادر عوضی بخانه شخص دیگری میرود و پس از مذاکرات مقدماتی و اعلام موافقت دختر، وقت برای عقد معین مینمایند. پسر بتصور آنکه همان دختری است که دیده، دختر را بنکاح خود در می‌آورد. پس از انعقاد نکاح معلوم میشود دختری که عقد شده است آن دختری که او دیده نیست، نکاح مزبور صحیح نخواهد بود، زیرا آنچه موضوع تصور پسر بوده تصور دختر معین میباشد که دیده است و آنچه در خارج طرف نکاح قرار گرفته دختر دیگری میباشد و اتحاد حاصل نشده است.

در موارد مثالهای سه‌گانه بالا- در اثر اشتباهی که پیش آمده است موضوع اراده حقیقی با خارج اختلاف پیدا نموده است. بدین جهت اشتباه را باید یکی از اموری دانست که موجب عدم تأثیر اراده میشود و باصطلاح حقوقیین اروپا آن را معلول میگرداند برای روشن شدن این امر متذکر میگردد که: در تأثیر اشتباه در اراده بین حقوق اسلام و غرب اختلاف نظر است که ذیلا بیان میگردد:

تأثیر اشتباه در اراده در حقوق غرب

اشاره

حقوق اروپا بمتابعت از حقوق رومی بر آنست که ارادهٔ مولد عقد و ایقاع، در موارد زیر معلول میباشد: اشتباه- تدلیس- اکراه- غبن در بعض موارد. شرح هر یک از امور مزبور:

اول – اشتباه

اشاره

اشتباه اعتقاد بامری است که مطابق با حقیقت نباشد. درجهٔ تأثیر اشتباه در اراده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰

باعتبار موضوع آن متفاوت است و آن بر سه قسم است:

۱- مواردی که اشتباه موجب بطلان عقد میگردد-

اشاره

آن در مورد عدم توافق اراده طرفین میباشد، در مورد مزبور هر یک از طرفین عقد در اثر اشتباه در منظور طرف دیگر، ارادهٔ مخصوص نموده که با ارادهٔ دیگر توافق نداشته است. اشتباه مزبور از تأثیر اراده جلوگیری مینماید، زیرا هرگاه گفته شود که عقد محقق میگردد، پاسخ داده میشود که اراده‌کننده نمیخواسته عمل قضائی را که در نتیجهٔ اشتباه واقع ساخته است انجام دهد، بعبارت دیگر هرگاه اراده‌کننده بر حقیقت امر آگاه بود، آن عمل قضائی را انجام نمیداد. عدم توافق دو اراده در دو مورد زیر حاصل میگردد:

الف- اشتباه نسبت بنوع معامله-

آن در صورتیست که هر یک از طرفین یک نوع عقد مخصوصی را اراده کند، مانند آنکه کسی مالی را بدیگری بعنوان قرض میدهد و دیگری بعنوان هبه میپذیرد. در این صورت هیچ‌یک از فرض و هبه محقق نمیگردد، زیرا یکی از شرایط اساسی عقد توافق ارادهٔ طرفین میباشد و آن حاصل نشده است.

ب- اشتباه نسبت بمورد معامله-

آن در صورتی است که موضوع اراده هر یک از طرفین عقد، غیر از موضوع اراده طرف دیگر باشد، مانند آنکه کسی بدکان خرازی‌فروشی مراجعه و تیغ خودتراش را قیمت نماید، اشتباهاً خرازی فروش تصور کند که او قفل را خواسته است بگوید: پنجاه ریال و معامله انجام گیرد. پس از معامله معلوم شود آنچه خرازی فروش قصد انتقال آن را نموده غیر از آن چیزی است که خریدار قصد تملک آن را کرده است. در این فرض بیع نسبت به هیچ‌یک از دو مورد (تیغ و قفل) واقع نشده است، زیرا توافق اراده که شرط انعقاد عقد میباشد حاصل نبوده است. مناسب آنست که دو مورد مذکور در بالا را از موارد اشتباه در اراده بشمار نیاورد، زیرا هیچ یک از طرفین در اراده خود اشتباهی ننموده، بلکه توافق بین اراده طرفین معامله حاصل نشده است و بدین جهت در مجموعهٔ قانون مدنی فرانسه در ضمن اشتباه از این دو امر صحبتی نشده است.

۲- در مواردی که در اثر اشتباه عقد قابل ابطال میباشد-

اشاره

و آن در موردیست که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱

توافق بین اراده طرفین حاصل شده ولی یکی از طرفین یا هر دو آنها در اراده خود اشتباه اساسی نموده است، بطوری که هرگاه او حقیقت امر را میدانست عقد را واقع نمیساخت. قانون این اشتباه را مؤثر دانسته و برای حمایت کسی که اشتباه نموده و جلوگیری از

توجه زیان باو، اجازه داده که عقد را ابطال و منحل بنماید. و آن در دو مورد زیر است.

الف- اشتباه نسبت بماهیت موضوع معامله

(شق اول ماده «۱۱۱۵» ق. م فرانسه). کلمهٔ (ماهیت موضوع) را دو گونه میتوان تفسیر نمود: یکی از نظر (خارجی) Objective در این صورت ماهیت موضوع عبارت خواهد بود از تمامی اجزاء و اوصافی که وجود شیء خارجی را تشکیل و آن را از نوع مخصوص قرار میدهد.

دیگر از نظر (روحی) Subjective در این صورت بجای آنکه جستجو شود در اوصافی که بنظر اولیه میتواند در شیء وجود داشته و مربوط بماهیت آن شیء باشد، باید اراده فاعل (کسی که اشتباه نموده) را در نظر گرفت و دانست که او نسبت بموضوع معامله چه تصور مینموده است. بنابراین اوصاف ماهوی موضوع اراده، اوصافی هستند که مورد نظر اساسی فاعل در اراده قرار گرفته است که چنانچه فقدان آنها را میدانست، تصمیم بانجام عمل قضائی مزبور نمیگرفت.

Pothier

حقوقدان فرانسوی بر آنست که هرگاه کسی که خواهان خرید یک جفت شمعدان نقره میباشد، دو شمعدان بتصور آنکه نقره است بخرد و حال آنکه آن دو مس و آب نقره داده شده باشند.

بیع مزبور قابل ابطال است. بر خلاف موردی که خریدار تصور مینموده که آنها قدیمی هستند و یا از آن شخصیت مشهوری است، بعد کشف گردد که ساخت جدید است و یا از آن شخصیت مشهور نیست، که در این صورت خریدار نمیتواند ابطال آن را بخواهد، زیرا اشتباه مزبور ماهوی نمیباشد.

دادگاهها بتفسیر وسیع اخیر توجه نموده و بدان متمایل شده‌اند، اینگونه اشتباه در ایقاعات نیز پیش می‌آید و مانند اشتباه در عقود میباشد، یعنی فاعل میتواند در درخواست ابطال آن را بنماید.

ب- اشتباه در شخص طرف-

اشاره

(شق ۲ ماده ۱۱۱۵ ق. م فرانسه). اشتباه در شخص طرف عقد موجب بطلان معامله نمیگردد، مگر آنکه شخصیت کسی که طرف عقد است علت عمده در ایجاد عقد باشد. بدین معنی که هرگاه معامل میدانست کسی که با او طرف معامله

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲

قرار گرفته آن کسی نیست که تصور مینموده است، عقد را منعقد نمیساخت. تشخیص آنکه شخصیت طرف علت اساسی در انعقاد عقد بوده و اشتباه در آن شده است با دادرس میباشد که باعتبار نوع معامله و ادله و قرائن موجود در خارج قصد معامل را بداند. دادرس برای رسیدگی باین امر قبلا نوع معامله را در نظر میگیرد. مثلا در هبه، صلح محاباتی و امثال آن همیشه شخصیت منتقل الیه علت عمده عقد میباشد، همچنین است در عقودی که منظور از آن نیکوکاری و احسان میباشد. مانند وصیت تملیکی، وقف خاص، ودیعه، عاریه، قرض بدون سود، ضمان و امثال آنها، زیرا در این گونه عقود منظور انتقال دهندهٔ مال، نیکوکاری و یا انجام وظایف دوستی است، همچنانی که وکالت مبتنی بر اعتماد و اطمینان بوکیل میباشد و جنبهٔ تجاری و معاوضی ندارد، بر خلاف آنچه در عقود معوض میباشد که علت در هر یک از متعاملین بدست آوردن مالی از ناحیهٔ دیگری است شخصیت طرف معامله مورد نظر قرار نمیگیرد، مثلا کتابفروش کتابی را بکسی برای فروش عرضه کرده بتصور آنکه او استاد دانشگاه است و آن را باو میفروشد و قیمتش را دریافت میدارد بعد معلوم میشود خریدار عضو دفتری دانشگاه میباشد. چون منظور اساسی در فروش کتاب بدست آوردن

قیمت آن میباشد، استاد دانشگاه بودن خریدار تأثیری در بیع نداشته و اشتباه کتابفروش بلا اثر است.
بعضی از عقود معوض هستند که اطلاعات علمی و فنی و شهرت و اعتبار طرف، اهمیت اساسی را در انعقاد آن دارد، بطوری که اشتباه نسبت، بشخصیت طرف موجب ابطال عقد میگردد، از آن قبیل است هرگاه کسی بتصور آنکه فلان شخص نقاش مشهوری است که نام او را شنیده با او قراردادی منعقد بنماید که تابلوئی برای او بکشد، بعد معلوم گردد شخص مزبور با نقاش مشهور در نام شباهت دارد.

اشتباه در شخص طرف که موجب ابطال معامله میگردد

همچنانکه ممکن است اشتباه در وجود فیزیکی طرف عقد بشود، ممکن است اشتباه در صفتی از صفات شخص طرف عقد بشود که مورد نظر اساسی قرار گرفته و موجب تحقق اراده گردیده است. اغلب، این امر در هبه و وصیت مورد نظر قرار میگیرد، و عموماً موجب ابطال آن میشود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳
مادهٔ «۱۸۰» قانون مدنی فرانسه بر آنست که هرگاه در نکاح، اشتباه در شخص طرف باشد موجب ابطال خواهد بود. تفسیر مادهٔ مزبور اختلاف شدیدی در نظریات علمی ایجاد نموده است.
نظر قضائی و نظر اکثر حقوقدانان کنونی بر آنست که اشتباه در صفتی از صفات شخص طرف، کافی برای ابطال نکاح نیست و باید اشتباه در شخص فیزیکی یا مدنی طرف باشد.
بعبارت دیگر چنانچه اشتباه در شخص طرف یا اشتباه در اجزاء تشکیل دهنده احوال شخصیه او باشد موجب ابطال نکاح میگردد.

۳- اشتباهی که تأثیر در اراده نمینماید

اشاره

اشتباه اراده‌کننده چنانچه در جهت عمل قضائی و یا در صفت غیر ذاتی مورد آن باشد، تأثیری در عمل قضائی ندارد. این امر از ماده «۱۱۱۰» قانون مدنی فرانسه که موارد تأثیر اشتباه را متذکر است استنباط میشود.
علت عدم تأثیر دو نوع اشتباه مذکور در بالا در اراده آنست که اشتباهات مزبور مستقیما مربوط باصل موضوع اراده نمیباشد، بلکه متوجه بامور ثانوی و فرعی است که هدف اصلی اراده‌کننده در عمل قضائی قرار نگرفته است.

مثال اشتباه در جهت

محمد قلم خودنویسی میخرد بتصور آنکه قلم خودنویس او گم شده و بعد معلوم میشود قلم خود نویس در توی لباس دیگرش بوده است. موضوع ارادهٔ محمد در خرید قلم خود نویس، قلم مزبور است و در آن اشتباهی که موضوع قصد انشاء باشد روی نداده و اشتباه او در جهت خرید است که گم شدن قلم میباشد و آن خارج از معامله است.

مثال اشتباه در صفت-

جعفر کتابی را میخرد بتصور آنکه نویسندهٔ آن فلان دانشمند معروف است و بعد معلوم میشود نویسندهٔ آن شخص گمنامی است، معاملهٔ مزبور صحیح میباشد، زیرا در انجام بیع، هدف اصلی خریدار، کتاب معین بوده است.
قاعدهٔ عدم تأثیر اشتباه در جهت و صفت غیر ذاتی در عقود غیر معوض، مانند هبه و وصیت نیز جاری میشود.

تبصره- اشتباه در اثر جهل بحکم

اشتباهی که اراده را معلول مینماید همچنانی که ممکن است در اثر جهل بموضوع باشد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴

ممکن است در اثر جهـل بحکم باشـد، زیرا تأثیر هر یک از آن دو در اراده یکسان است. بنا بر این کسـی که در اثر جهل بحکم در اشـتباه افتـد و معاملهٔ را انجام دهد مانند کسـی است که در اثر جهل بموضوع دچار اشـتباه میگردد. چون گفتگو از اشـتباه در نتیجهٔ جهـل بحکم و جهـل بموضوع بمیان آمـد، مقتضـی است متـذکر شود که در عالم فعالیت حقوقی، گاه شـخص جاهل بحکم قانونی است، مانند بسیاری از مردمان مرزنشین بی‌سواد که اطلاعات کافی بقوانین کشور ندارند و ممکن است بتصور آنکه فلان امر مورد حکم قانونی قرار نگرفته از آن تخلف نماینـد. ماننـد آنکه کسـی در سن ۱۵ سالگی باموری وصـیت بنماید و دیگری را وصـی خود قرار دهد. وصـی مزبور بتصور آنکه ۱۵ ساله بالغ و رشـید است بوصایای موصـی عمل کند، تصـرف شخص مزبور در دارائی متوفی در اثر جهل او بمقررات قانونی رشد میباشد.

همچنین است هرگاه کسـی قانونی را دیده ولی معنی آن را آنگونه که هست نفهمیده باشد گاه دیگر شـخص جاهل بموضوع حکم است، ماننـد آنکه جمشـید میدانـد که مجنون از تصـرفات در اموال و حقوق مالی خود ممنوع میباشد و معاملات او باطل است، ولی بـدون آنکه بداند فلان شـخص مجنون و از طرف دادگاه محجور اعلام شده است قالی از او بخرد. در این صورت جمشـید موضوع حکم را که مجنون بودن فروشنده میباشد نمیدانسته است.

دوم- تدلیس

چنانکه Pothier حقوقدان مشهور فرانسوی میگوید: تدلیس هر نوع عملی است که کسی بجای آورد برای آنکه دیگری را باشتباه اندازد. مادهٔ «۱۱۱۶» ق. م فرانسه بر آنست که تـدلیس یکی از موجبـات انحلال عقـد میباشـد و آن در موردیست که اعمـالی برای گول زدن دیگری انجـام گیرد و در اثر آن شـخص مزبور بانعقـاد عقـد مبادرت نمایـد که بـدون آن عقـد را واقع نمیساخت. در این صورت تـدلیس در موضوع اراده تأثیر مینمایـد و آن را بصورت دیگری جلوه میدهـد. اینگونه تـدلیس را تـدلیس اساسـی Le dol prineipal گوینـد و چنانچه تـدلیس موجب انجام عقـد نشـده باشد، آن را تدلیس Le dol ineident گوینـد و تأثیر در اراده نمینماید. تدلیس در صورتی در عقد تأثیر مینماید و اجازه میدهد که عقد را منحل کند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵

که طرف عقـد مرتکب آن شـده باشـد و الا چنانچه شـخص ثالث عملیات تدلیس را انجام داده باشد، کسـی که در اثر تدلیس گول خورده نمیتواند عقد را منحل نماید و فقط میتواند خسارت خود را از او بخواهد.

انحلال عمل قضائی بوسیلهٔ تدلیس در صورتی است که آن عمل عقد باشد و الا در ایقاعات تدلیس اثری ندارد.

سوم- اکراه

اکراه عبارت است از اجباری که نسبت بشخص اعمال میشود تا عملی را انجام دهد.

اجبار ممکن است مادی و یا اخلاقی باشـد. اجبار مادی میتوانـد شـخص را چندان ضـعیف گرداند که ارادهٔ او را کاملًا سـلب نماید، مثلا هرگاه دست کسی را بزور بگیرند و بر روی کاغذ ببرند و مجبور بامضاء نامه نمایند، امضاءکننده دارای هیچگونه اراده نیست و امضاء مزبور ماننـد امضائی میماند که جعل شده باشد. بنابراین اجباری که اراده شـخص را معلول میگرداند و در موردی خواهد بود که اجبار اخلاقی باشـد و شـخص تحت تأثیر تهدیـد قرار گیرد که نتوانـد خود را از آن خلاص نماید. عملی که در اثر تهدید بجای

می‌آورد بوسیله ارادهٔ انجام میگیرد که آن اراده در اثر تهدید معلول میباشد. در این امر فرق نمینماید که اکراه از ناحیه یکی از طرفین معامله نسبت بدیگری باشد یا از ناحیه شخص ثالث. قانون برای جبران زیانی که در اثر اکراه متوجه مکره شده است باو اجازه داده که بتواند آن معامله را منحل نماید.

چهارم – غبن

اشاره

غبن عبارت از زیانیست که در اثر عدم تعادل ارزش در مورد معامله با یکدیگر حاصل میگردد. چنانکه از تعریف بالاـ معلوم میگردد، غبن فقط میتواند در معاملات معوض یافت شود، زیرا معامله معوض دو مورد دارد و باعتبار تعادل ارزش آن دو با یکدیگر معامله واقع میشود مانند بیع، اجاره و امثال آن غبن در معامله در اثر گولی که مغبون نسبت بقیمت واقعی مورد معامله خورده و یا آنکه در اثر وضعیت اضطراری و احتیاج مبرم که داشته موجود میگردد.
این امر اراده را معلول میگرداند، زیرا مغبون بدون اشتباه در قیمت حقیقی و یا اضطرار، اقدام بچنین معامله نمینمود. با وجود این امر قانون مدنی فرانسه بر آنست که غبن موجب انحلال معامله
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶
نمیگردد. قاعده مزبور با دو استثناء مواجه است:

۱– بعض از معاملات–

در بعضی از اعمال قضائی قانون اجازه داده است که مغبون بتواند معامله را فسخ نماید، و آنها عبارتند (تقسیم مال مشترك ماده «۸۸۷» ق. م فرانسه) (بیع اختیاری اموال غیر منقول ماده «۱۶۷۴» ق. م فرانسه) قبول ترکه چنانچه وصیتی بعداً کشف شود که بیش از نصف ترکه باشد مادهٔ «۷۸۳» ق. م. فرانسه).

۲– معاملات صغیر

در صورتی که صغیر معاملهٔ بنماید و در آن مغبون گردد میتواند انحلال آن را از دادگاه بخواهد.

تأثیر اشتباه در اراده در حقوق اسلام

اشاره

نظر حقوقیین اسلام در موارد اشتباه، تدلیس، اکراه و غبن– برای آنکه دانشجویان بآسانی بتوانند دریابند و در امور بالا بین حقوق اسلام و فرانسه مقایسه بنمایند بهمان ترتیبی که آنها در حقوق فرانسه بیان گردید در حقوق اسلام ذکر میگردد

اول – اشتباه

۱– مواردی که اشتباه موجب بطلان عقد میگردد–

اشاره

حقوق اسلام در این مورد مانند حقوق غرب، توافق اراده طرفین را در انعقاد عقد لازم میداند و هرگاه بجهتی از جهات توافق در

اراده طرفین حاصل نگردد، عقد محقق نمیشود و آن در دو مورد زیر است:

الف- اشتباه طرفین عقد در نوع معامله-

مانند آنکه یکی پولی بدیگری بدهد بقصد قرض و دیگری بقصد هبه آن را بپذیرد. عقد مزبور باعتبار عدم توافق ارادهٔ طرفین در نوع باطل است.

ب- اشتباه طرفین عقد در مورد معامله-

چنانکه معامله بین دو نفر واقع گردد و یکی قصد خرید خودتراش را داشته باشد و دیگر قصد فروش قفل را عقد مزبور باعتبار عدم توافق اراده طرفین در مورد معامله، باطل است.

۲- مواردی که در حقوق غرب در اثر اشتباه عقد قابل ابطال میباشد-

اشاره

و آن در موردیست که اشتباه راجع بموضوع و یا شخصیت طرف معامله باشد. حقوق اسلام برای اشتباه مزبور چنانکه ذیلا دیده میشود هیچ‌گونه تأثیری نشناخته است، بر خلاف
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷
حقوق غرب که اشتباه مزبور را موجب معلول گردانیدن اراده میداند و در اثر این امر کسی که اشتباه نموده میتواند عقد را منحل نماید. اینک شرح هر یک از دو اشتباه (اشتباه راجع بموضوع اراده و اشتباه راجع بشخصیت طرف)

الف- اشتباه نسبت بماهیت موضوع معامله-

چنانکه در شرح اراده گذشت بنظر حقوقیین اسلام هرگاه در عمل قضائی موضوع اراده با خارج تطبیق نماید، عقد صحیح است و اشتباه در آن اگر چه نسبت بماهیت موضوع باشد تأثیر نخواهد داشت. برای توضیح امر مثالی را که در مورد مزبور در حقوق غرب بیان گردید، در اینجا نیز مورد مطالعه قرار میدهیم:
کسی که خواهان خرید یک جفت شمعدان نقره است، دو شمعدان میخرد بتصور آنکه نقره است و حال آنکه مس بوده و آب نقره داده باشند، بیع مزبور صحیح است و قابل انحلال و ابطال نمیباشد، زیرا در خارج دو شمعدان موجود است و موضوع ارادهٔ خریدار نیز آن دو شمعدان بوده است، لذا آنچه مورد قصد خریدار بوده همان دو شمعدان است و تصور خریدار بنقره بودن آن دو، امری است خارج از ذات موضوع قصد او، علاوه بر آنکه اشتباه مزبور که در بسیاری از موارد طرف دیگر آگاه از آن نمیباشد، نمیتواند مؤثر قرار گیرد و عقد را قابل انحلال گرداند.
علت عدم تأثیر اشتباه در مورد بالا آنست که بنظر حقوقیین اسلام موضوع اراده در عمل قضائی نفس دو شمعدان موجود در خارج است نه دو شمعدان نقره بنحوی که نقره بودن آن موضوع قرار گرفته باشد. بدین تقریب اشتباه تأثیر در اراده نخواهد داشت.
در صورتی که در خرید شمعدان، نقره بودن شرط گردد یا عقد مبنی بر آن واقع شود، متضرر میتواند بعنوان تخلف از شرط عقد را بوسیلهٔ فسخ منحل نماید. فرض مزبور خارج از موارد اشتباه است که مورد بحث قرار گرفته است.

ب- اشتباه در شخص طرف-

چنانکه از گفتار گذشته در شرح اراده معلوم گردید، در حقوق اسلام هرگاه موضوع اراده با موضوع خارج تطبیق نماید، عقد

صحیح میباشد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸

نمیتوان آن را در اثر اشتباه منحل نمود. برای توضیح مثالی ذکر میگردد:

زنی دارائی خود را بمحمد که تصور مینموده پسر اوست هبه مینماید و سپس معلوم میگردد که متهب پسر او نمیباشد، بدین تقریب که زن برای وضع حمل بزایشگاه میرود و چون وضع حمل مینمایـد نوزاد را برای نگاهداری باطاق دیگری میبرند که نوزادانی چند نگاهداری میشده است. نوزاد مزبور با نوزاد دیگری اشتباه میشود و یا پرستاران او را عوض میکنند و یا نوزاد میمیرد و نوزاد دیگری را بنام فرزند بزن میدهند. از نظر حقوقیین اسلام هبه مزبور صحیح میباشد و نمیتوان باعتبار اشتباه در شخص طرف هبه را بر هم زد اگر چه شخصیت طرف علت عمـده عقد میباشد. همچنین است هرگاه کسی ثلث دارائی خود را بمحمد که تصور مینموده پسر او است وصیت نماید و پس از فوت موصی ورثه او آگاه گردند که محمد (موصی له) پسر موصی نمیباشد، بلکه مانند فرض بالا پس از وضع حمل، نوزاد عوض شده یا مرده بوده و نوزاد دیگری را بجای او بمادرش معرفی کرده‌اند.

علت آنکه نمیتوان هبه و وصیت را بر هم زد آنست که موضوع ارادهٔ واهب و موصی، شخص متهب و شخص موصی له است که در خارج هستند و بآنها هبه و وصیت شده و آنها هم قبول کرده‌اند و آنچه موضوع اراده است با خارج تطبیق مینماید. بنوت متهب و موصی له اگر چه علت عمده هبه و وصیت است و هرگاه واهب و موصی بر حقیقت امر آگاه بودند آن هبه و وصیت را نمینمودند، ولی این وصف موضوع اراده قرار نگرفته است. بنابراین اشتباه مزبور تأثیری در اراده نمینماید و عقد غیر قابل انحلال است.

۳- در مواردی که اشتباه تأثیر در اراده نمینماید-

اشاره

از نظر حقوقیین اسلام اشتباه در جهت عمل قضائی و همچنین اشتباه در صفت غیر ذاتی مورد آن، چنانکه در حقوق غرب گذشت هیچ‌گونه تأثیری در اراده نمینماید و عقد را قابل انحلال نمیگرداند.

نتیجه-

از آنچه گذشت معلوم گردید که بین حقوقیین اسلام و حقوقیین غرب، در تأثیر اشتباه راجع بموضوع و شخصیت طرف معامله اختلاف نظر است. حقوقیین اسلام اشتباه را مؤثر نمیدانند و حقوقیین غرب بر آنند که اراده در اثر اشتباه مزبور معلول میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹

و کسی که در نتیجهٔ اشتباه عمل قضائی واقع ساخته است میتواند آن را منحل نموده و ابطال آن را بخواهد.

دوم- تدلیس

از آنچه گذشت که حقوقیین اسلام انطباق موضوع اراده را با خارج کافی برای صحت معامله میدانند، معلوم میگردد که تدلیس هیچ‌گونه تأثیری در اراده نمینماید و عقدی که در اثر تدلیس منعقد شده صحیح میباشد، ولی کسی که در معاملهٔ مزبور در اثر تدلیس زیان دیده میتواند معامله را طبق قاعدهٔ لا ضرر فسخ نماید. طبق قاعده عقلی مزبور که حدیث نبوی آن را اعلام میدارد (لا ضرر و لا ضرار) هر کس زیانی بدیگری وارد آورد باید آن زیان را مرتفع سازد، لذا کسی که گول خورده و عمل قضائی را در اثر آن انجام داده است میتواند آن را منحل نماید تا بدین وسیله زیان خود را جبران کند.

سوم- اکراه

چنانکه در تعریف و شرح اراده گذشت که اراده عبارت است از قصد انشاء بشرط رضایت، میباشد، معلوم میگردد که هرگاه در اثر تهدید قصدکننده از حال اعتدال خارج شود و رضایت کامل از او سلب گردد، اراده او کامل نبوده و عمل قضائی ناقص انجام شده و غیر نافذ میباشد و بوسیلهٔ رضایت مؤخر میتوان از آن رفع نقص نمود و عمل قضائی را صحیح گردانید. در حقوق اسلام اکراه از اموری است که اراده را معلول میگرداند.

چهارم – غبن

چنانکه گذشت غبن عبارت از عدم تعادل ارزش عوضین با یکدیگر است و آن در عقود معوض موجود میگردد. در حقوق اسلام عدم تعادل ارزش عوضین با یکدیگر، هیچگونه تأثیری در اراده نمینماید و عقد صحیحاً واقع میگردد، ولی در اثر زیانی که متوجه مغبون شده است بر طبق قاعدهٔ لا ضرر، متضرر میتواند با انحلال عقد جبران زیان خود را بنماید و نمیتواند تفاوت ارزش را بخواهد.

تأثیر اشتباه در اراده در حقوق مدنی ایران

اشاره

بجهاتی که بعداً بیان خواهد شد مقننین ایران اصول و مقررات حقوق جعفری (امامیه)

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰

را سرمشق خود قرار داده و بپیروی از آراء مشهور فقهاء مواد مجموعه قانون مدنی را تنظیم نموده‌اند، ولی در بعض موارد گاه با توجه و گاه دیگر بدون توجه، باصول حقوق غرب متمایل شده‌اند مخصوصا در قسمت تعهدات که با تغییراتی، مواد قانون مدنی فرانسه را ترجمه نموده‌اند.

نویسندگان شرح حقوق مدنی و همچنین حقوقیین تجربی که عملا با حقوق سر و کار دارند، مانند دادرسان و وکلاء دادگستری در اثر انس بحقوق جعفری که سالیان متمادی در کشور ایران حکمفرمائی مینموده است، سعی دارند تمامی مواد قانون مدنی را با مقررات حقوق اسلام منطبق نمایند. اگر چه در این امر بتفسیر وسیع یا تأویل بعید متوسل شوند.

نگارندهٔ این کتاب در نوشتن سه جلد اول و دوم و سوم حقوق مدنی و همچنین در این جلد از این روش پیروی نموده و در بعض موارد هم از ذوق قضائی خود استفاده کرده و از آن روش منحرف شده است.

چنانکه گذشت اختلاف بین حقوق اسلام و غرب در معلول شدن اراده در سه مورد است:

۱- اشتباه در ماهیت موضوع، و اشتباه در شخصیت طرف ۲- تدلیس ۳- غبن وضعیت هر یک از آنان از نظر حقوق مدنی ایران ذیلا بیان میگردد

اول – اشتباه در ماهیت موضوع معامله و اشتباه در شخص طرف

اشاره

از نظر حقوقیین غرب اشتباه در ماهیت موضوع معامله و همچنین اشتباه در شخصیت طرف، اراده را معلول میگردانند و کسی که مرتکب اشتباه شده است میتواند معامله را ابطال نماید و حقوقیین اسلام آن دو را مؤثر در معامله نمیدانند و چنین معامله را صحیح میشمارند. اما از نظر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱

قانون مدنی:

الف – اشتباه نسبت بماهیت موضوع معامله –

قانون مـدنی در دو ماده «۱۹۹» و «۲۰۰» حکم راجع باشـتباه نسـبت بماهیت موضوع معامله را بیان مینمایـد و عقدی که در نتیجهٔ آن واقع شده صریحاً غیر نافذ میداند. مادهٔ «۱۹۹» ق. م: «رضای حاصل در نتیجهٔ اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست» ماده «۲۰۰» ق. م: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط بخود موضوع معامله باشد»: چنانکه از مفاد دو ماده بالا معلوم میگردد قانون مـدنی ایران در این قسـمت از قانون مدنی فرانسه متابعت نموده است (ماده «۱۱۰۹» و بند اول مادهٔ «۱۱۱۰» قانون مدنی فرانسه) بنابر ظـاهر دو مادهٔ مزبور مخصوصاً عبارت (مربوط بخود موضوع معامله در ماده «۲۰۰» ق. م) هرگاه اشتباه نسبت بماهیت موضوع معامله باشد اراده معلول است و عقد غیر نافذ میباشد و کسـی که اشـتباهاً معامله نموده میتواند آن را تنفیذ نماید، ولی شارحین قانون مدنی تاکنون نظر بانسـی که بحقوق اسـلام داشـتند با توجه بآنکه قانون مدنی مقررات خود را از حقوق اسـلامی اقتباس نموده است، بعدم نفوذ عقدی که در نتیجهٔ اشتباه نسبت بخود موضوع منعقد شده باشد معتقد نبوده‌اند. بدین جهت ناچار شده‌اند، دو ماده بالا را تفسیر وسیع و تأویل بعید نمایند و بگویند آن دو ماده در موردی است که در نتیجهٔ اشـتباه، موضوع ارادهٔ حقیقی با خارج تطبیق ننماید که در این صورت معامله باطلست، مثلا کسـی بـدیگری خبر میدهـد که پسـرت حسـین یکصـد هزار ریال مـدیون بوده و در اثر صـدور برگ اجرائی بر علیه او بازداشت شده است، پدر فورا ضـمانت نامهٔ می‌نویسد و از حسـین (پسر خود) نزد طلبکار ضمانت مینماید و طلبکار موافقت میکنـد و او را رها مینماید و بعداً معلوم میشود که حسـین مدیون که بازداشت شده پسـر او نیست و شـخص دیگری میباشد، در مورد بالا ضـمان باطل است، زیرا پدر از پسـر خود که مدیون نبوده ضـمانت کرده است، و بدین جهت کلمهٔ نافذ نبودن مذکور در ماده را بباطل تعبیر کرده‌اند.

ب – اشتباه در شخص طرف –

ماده‌ای که راجع به این امر در قانون مدنی است

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲

ماده «۲۰۱» میباشـد. ماده «۲۰۱» ق. م: «اشـتباه در شـخص طرف بصـحت معـامله خللی وارد نمیآورد، مگر در مواردی که شخصـیت طرف علت عمـدهٔ عقـد بوده باشد» قانون مدنی در این قسـمت مانند قسـمت قبل، از قانون مدنی فرانسه (بند دوم ماده «۱۱۱۰» قانون مدنی فرانسه) متابعت نموده است.

چنـانکه از مفهوم مادهٔ «۲۰۱» ق. م. معلوم میگردد هرگاه شخصـیت طرف علت عمـده عقـد باشد و در آن اشـتباه شود بمعامله خللی وارد می‌آیـد، ولی حکم آن بیـان نشـده است که آیـا در اثر خلـل مزبور معـامله باطل یا غیر نافـذ است. با توجه بکلمـهٔ خلل و آنکه تفکیک بین حکم اشـتباه در شخص طرف معامله و بین حکم اشتباه نسبت بماهیت موضوع معامله، دور از منطق حقوقی بنظر میرسد، باید بر آن بود که عقدی که در اثر اشـتباه در شـخص طرف که شخصیت او علت عمده عقد قرار گرفته منعقد گردد، غیر نافذ است و کسی که در اثر اشتباه عقد را واقع ساخته میتواند آن را بعداً تنفیذ نماید.

شارحین حقوق مدنی نظر بانسی که بحقوق اسلام داشته و آنکه قانون مدنی اقتباسی از حقوق امامیه است ماده بالا را تفسیر نموده و بر آن شده‌اند که ماده در موردیست که در اثر اشتباه در شخص طرف، اراده حقیقی با خارج تطبیق ننماید و بدین جهت آن را باطل دانسـته‌اند، مانند آنکه کسـی وکالتنامهٔ بنام وکیل مشـهوری که در مشـهد است تنظیم بنماید و بوسیلهٔ پست ارسال دارد، مأمور پست در مشـهد آن را بشـخص دیگری که دارای همان نام است بدهـد و شـخص مزبور اشـتباهاً وکالت را قبول و بانجام امر وکالت اقدام

کند. در این صورت چون آنچه در خارج است منطبق با موضوع اراده موکل نیست، عقد باطل میباشد.
بنابر آنچه گذشت کسانی که حقوق مدنی را تاکنون شرح نموده‌اند، مواد «۱۹۹» و «۲۰۰» و «۲۰۱» ق. م. را تفسیر بعید کرده و نتیجهٔ اشتباه نسبت بماهیت موضوع معامله و اشتباه در شخص طرف را بمتابعت حقوق اسلام مؤثر در اراده ندانسته‌اند.
بنظر میرسد که با توجه بروش قانون مدنی که در بعض موارد از متابعت حقوق اسلام منحرف شده است، باید از ظاهر دو ماده بالا دست بر نداشت و بمتابعت حقوق غرب بر آن بود که اشتباه مربوط بخود موضوع و همچنین اشتباه در شخص طرف معامله هرگاه
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳
شخصیت او علت عمده عقد باشد در اراده مؤثر است و اراده را معلول میگرداند و عقدی که در اثر اشتباه مزبور منعقد شده غیر نافذ است. نگارنده نیز تاکنون مانند شارحین دیگر حقوق مدنی مواد سه‌گانه بالا را تفسیر بعید مینموده و متابعت از حقوق اسلام کرده است.

دوم- تدلیس

مادهٔ «۴۳۸» ق. م: «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود» ماده «۴۳۹» ق. م: «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت بثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری» چنانکه صریحاً ماده «۴۳۹» ق. م تصریح مینماید تدلیس از موارد فسخ میباشد و آن مانند خیارات دیگر در صورتی است که عقد صحیحاً واقع شده باشد.
حق فسخ در مورد خیارات باستناد قاعدهٔ لا ضرر بمتضرر داده میشود. بنابراین قانون مدنی در مورد مزبور کاملًا از حقوق اسلام متابعت نموده است.

سوم- غبن

ماده «۴۱۶» ق. م: «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم بغبن میتواند معامله را فسخ کند» او در مورد غبن مانند مورد تدلیس در اثر زیانی که در نتیجهٔ معامله متوجه متضرر شده است، او میتواند عقد را منحل نماید. بنابراین قانون مدنی در مورد مزبور نیز از حقوق اسلام متابعت کرده است.

قسم دوم- ارادهٔ انشائیه

اشاره

ارادهٔ انشائیهٔ. la volonte declare ارادهٔ حقیقیه چنانکه گذشت امر روحی و باطنی میباشد و غیر از اراده‌کننده دیگری بر آن آگاه نمیگردد مگر آنکه بوسیلهٔ امر خارجی مانند الفاظ، کتابت، اشاره بتوان آن را بدست آورد. امری که اراده حقیقیه را در خارج منعکس مینماید و بعالم خارج میرساند ارادهٔ انشائیه گویند.
الفاظ چون ساده‌ترین آلت برای تفهیم و تفاهم است، اراده‌کننده نوعاً بوسیله الفاظ ارادهٔ باطنی خود را بدیگری میفهماند، مثلا کسی که تشنه است و آب میخواهد بنوکر خود میگویند آب بیاور، عبارت آب بیاور ارادهٔ انشائیه گوینده است که اراده حقیقیه او را
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴
بخواستن آب در خارج منعکس نموده است.

در اعمال قضائی نیز بهمین نحو است، مثلا کسی که مدیون خود را از یکصد هزار ریال دین بری میکند، ممکن است باو بگوید که: تو از دینی که داری بری هستی.

پرسشی که پیش می‌آید آنست که برای پیدایش عمل قضائی، علاوه بر ارادهٔ حقیقیه که موتور مولد است، ارادهٔ انشائیه نیز لازم میباشد، یا احتیاجی در تأثیر عمل قضائی بآن نیست؟

پاسخ این امر ایجاب مینماید که تأثیر ارادهٔ انشائی از نظر تحلیلی مورد مطالعه قرار گیرد. بنظر میرسد که بجهاتی که ذیلًا بیان میگردد باید بین عقد و ایقاع فرق گذارد.

الف – نقش اراده انشائی در عقد –

چنانکه گذشت عقد بوسیلهٔ توافق ارادهٔ دو نفر حاصل میگردد که یکی امری را اراده مینماید و دیگری آن را میپذیرد. برای آنکه هر یک از ارادهٔ دیگری آگاه گردد تا آن را بپذیرد، باید ارادهٔ خود را بوسیلهٔ یکی از امور مادی (گفتن، نوشتن، اشاره، و عمل) آن را اعلام دارد و الا بدون آن برای دیگری نوعاً غیر ممکن است بتواند از اراده طرف خود مطلع گردد. این است که ماده «۱۹۱» ق. م میگوید:

«عقد محقق میشود بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند». بنابراین شرط تأثیر ارادهٔ حقیقیه در پیدایش عقد، امر خارجی است که دلالت بر ارادهٔ مزبور نماید و آن عموماً لفظ است که بطور کمال، حکایت از منویات اراده‌کننده مینماید. نوشته اگر چه قرائن حالیه و مقالیه را که عموماً لفظ همراه دارد، منعکس نمینماید، در ردیف لفظ میتواند منویات اراده‌کننده را بیان نماید. بدستور ماده «۱۹۲» ق. م: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد و کافی خواهد بود».

بدستور ماده «۱۹۳» ق. م: «انشاء معامله ممکن است بوسیلهٔ عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» بنابر آنچه گذشت از نظر تحلیلی و حقوقی عقد محقق نمیگردد مگر آنکه ارادهٔ حقیقیه طرفین بوسیلهٔ ارادهٔ انشائیه اعلام گردد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵

ب – نقش اراده انشائی در ایقاع –

ایقاع چنانکه گذشت عبارت از ارادهٔ یک نفر است که حقی را ایجاد یا اسقاط مینماید که هیچ‌کس از عمل مزبور متضرر نمیگردد، بنا بر این از نظر تحلیلی اراده ایقاعی احتیاج بموافقت دیگری ندارد، زیرا فرض آنست که کسی از آن متضرر نمیگردد و قانون هم موافقت دیگری را در ایقاع لازم ندانسته است.

اکنون پرسشی پیش می‌آید که آیا اطلاع دیگری نیز شرط آن نمیباشد؟ پاسخ آن منفی خواهد بود، زیرا قانون اطلاع دیگری را بر ایقاع لازم نشمرده و در هیچ‌یک از ایقاعات ایقاع‌کننده را ملزم باطلاع دادن بذینفع ندانسته است.

بنابراین از نظر تحلیلی در ایقاعات احتیاج بارادهٔ انشائی یعنی اعلام امر نیست مگر آنکه قانون در موارد معینه آن را لازم بداند، مانند طلاق که در ماده «۱۱۳۴» ق. م میگوید: «طلاق باید بصیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد».

شرائط اساسی تأثیر اراده

اشاره

اراده نمیتواند مؤثر قرار گیرد و مولد عمل قضائی باشد مگر آنکه شرائط دیگری پیوست آن شود. بعبارت دیگر: اراده استخوان‌بندی عمل قضائی را تشکیل میدهد و برای آنکه عمل قضائی، محقق گردد باید شرایط عمومی صحت را حائز باشد.

قانون مدنی در مادهٔ شرایط اساسی تأثیر اراده را در عقد یا ایقاع ذکر ننموده است، فقط مادهٔ «۱۹۰» ق. م ببعد شرایط اساسی برای صحت معامله را بیان مینماید. اعمال قضائی دیگر مانند عقودی که معامله نمیباشند مثل نکاح، وقف و یا قراردادها و همچنین ایقاع را باید از نظر وحدت ملاک مشمول مقررات مواد مزبور دانست.

مادهٔ «۱۹۰» ق. م: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است.

۱)- قصد طرفین و رضای آنها.

۲)- اهلیت طرفین.

۳)- موضوع معین که مورد معامله باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶

۴)- مشروعیت جهت معامله».

۱- قصد طرفین و رضای آنها-

قصد طرفین و رضای آنها همان اراده طرفین است که شرح آن بیان گردید.

۲- اهلیت طرفین معامله-

اشاره

چنانکه در جلد اول گذشت و بعداً در فصل شخصیت خواهد آمد، اهلیت عبارت از قابلیت شخص برای انجام عمل قضائی میباشد. اهلیت بر دو قسم است: اهلیت تمتع، اهلیت استیفاء.

الف- اهلیت تمتع-

اهلیت تمتع عبارت از قابلیت فرد برای دارا شدن حق و تکلیف است و آن همراه با شخصیت میباشد. بدستور ماده «۹۵۶» ق. م «اهلیت برای دارا بودن حقوق بازنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام میشود» ماده «۹۵۷» ق. م: «حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد، مشروط بر اینکه زنده متولد شود»

ب- اهلیت استیفاء-

اهلیت استیفاء قابلیت فرد برای اجراء و اعمال حق و تکلیف میباشد. شخص زمانی برای انجام عمل قضائی اهلیت پیدا مینماید که بتواند اراده کند، یعنی قصد انشاء بنماید و آن در صورتی است که عاقل و ممیز باشد، مگر آنکه انجام عمل قضائی مستقیم یا غیر مستقیم موجب تصرف در اموال و حقوق مالی او شود که در این صورت بدستور ماده «۲۱۲» ق. م باید بالغ، عاقل و رشید باشد، زیرا بدستور ماده «۱۲۰۷» ق. م:

«اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند:

۱- صغار.

۲- اشخاص غیر رشید.

۳- مجانین».

ماده «۱۲۰۸» ق. م: «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلائی نباشد» ماده «۱۲۰۹» ق. م: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۷

است مع ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام، رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود».

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد-

مورد عمل قضائی بایـد نزد کسـی که اراده مینمایـد معین باشـد یعنی مورد تردید نباشد، مانند آنکه کسـی بگوید: این خانه یا باغ را فروختم بیک میلیون ریال

۴- مشروعیت جهت معامله-

بدستور ماده «۲۱۷» ق. م: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است» مثلًا هرگاه کسـی برای خرید بنزین برود بمغازه فروش بنزین و بگوید ۲۰ لیتر بنزین میخواهم تا خانه فلان کس را آتش بزنم، این معامله باطل است اگر چه پشـیمان شود و آتش هم نزنـد، و هرگاه برود و بدون بیان جهت، بنزین بخرد و خانه فلان را هم آتش بزند آن معامله صحیح است. (شرح تفصیلی شرایط اساسی برای صحت معامله در جلد اول مطالعه شود)

اقسام عقود

اشاره

عقود باعتبار آثار و احکام مقرره بر دو قسمند: عقود معینه، عقود غیر معینه.

الف- عقود معینه-

عقود معینه قراردادهائی هستند که راجع بموضوعات معینه تحت شرائط خاصی منعقد میگردد. و آنها را قانون در مجموعهٔ خود یک بیک نام برده و موضوع و شرائط آن را بیان کرده است، مانند: بیع، معاوضه، اجاره، ودیعه، عاریه، مزارعه، نکاح و امثال آنها

ب- عقود غیر معینه

عقود غیر معینه قراردادهائی هسـتند که راجع بموضوعات معینه در شرائط خاص نمیباشند و طرفین آزاد هستند که راجع بهر موضوع تحت هر شـرایطی که زنـدگانی اجتماعی آنها ایجاب نمایـد قراردادهائی منعقد نمایند، عقود غیر معینه را قرارداد (بمعنی خاص) نیز میگویند، ماده «۱۰» ق. م میگویـد: «قراردادهای خصوصـی نسـبت بکسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صـریح

قانون نباشد. نافذ است». ماده «۹۷۵» ق. م میگوید: «محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطهٔ جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب میشود بموقع اجرا گذارد اگر چه اجراء

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۸

قوانین مزبور اصولا مجاز باشد».

شرایط عقود غیر معینه

اشاره

برای آنکه عقود غیر معینه یا قرارداد صحیح واقع شود باید دارای شرایط زیر باشد:

۱- دارای شرائط اساسی صحت معامله باشد.

۲- مخالف صریح قانون نباشد.

۳- بر خلاف اخلاق حسنه نباشد.

۴- مخالف با نظم عمومی نباشد.

۱- قرارداد باید دارای شرایط اساسی برای صحت معامله باشد

شرائط اساسی برای صحت معامله مذکور در ماده «۱۹۰» ق. م از نظر حفظ نظم اجتماعی است و از قوانین امری بشمار میرود و هر قراردادی باید دارای شرائط مزبور باشد و الا باطل خواهد بود.

۲- قرارداد باید مخالف صریح قانون نباشد-

قرارداد برای آنکه صحیح واقع گردد بدستور مادهٔ «۱۰» ق. م باید بر خلاف صریح قانون نباشد منظور از قانونی که قرار داد باید مخالف آن نباشد، قوانین آمره است زیرا قوانین آمره از نظر حفظ نظم اجتماعی وضع شده و افراد مکلف باجراء آن میباشند. قرارداد بر خلاف قوانین تفسیری موجب بطلان قرارداد نمیشود.

قوانین تفسیری و تعویضی مقرراتی هستند که در مورد سکوت در قرارداد، طبق آن عمل میشود. طرفین میتوانند بر خلاف مقررات مزبور هرگونه که بخواهند قرار دهند.

۳- قرارداد باید مخالف با اخلاق حسنه نباشد-

تصور مفهوم اخلاق حسنه اگر چه در ذهن آسان میباشد، ولی تطبیق آن با موضوعات خارج اغلب دشوار است. آنچه میتوان گفت، اخلاق حسنه اموری میباشد که افراد جامعهٔ رعایت آن را لازم بدانند و رفتار بر خلاف آن را تقبیح کنند اگر چه بدرجه نرسد که موجب تهییج احساسات جامع و افکار عمومی گردد.

اخلاق حسنه باعتبار زمان و مکان متفاوت است بدین معنی که ممکن است امری در زمانی یا مکانی بر خلاف اخلاق حسنه بشمار برود و همان امر در زمان و یا مکان دیگر موافق اخلاق حسنه و یا بر خلاف آن نباشد. بنابراین هرگاه کسی برای تبلیغ فروش و إن (حمامهای متحرک) با زن زیبائی قرارداد ببندد که روزی دو ساعت در وانی که بر کامیون قرار دارد بنشیند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۹

و آب بر تن خود بریزد، و آن کامیون را در خیابانها و معابر عمومی بگردانند. قرارداد مزبور در ایران بر خلاف اخلاق حسنه شناخته میشود و باطل میباشد و همچنین است هرگاه زن زیبائی را کسی اجیر کند که روزی چند ساعت با مایو (لباس شنا) پشت شیشهٔ مغازهٔ بایستد و تبلیغ از مایو محصول فلان کارخانه بافندگی بنماید. ملاک تشخیص آنکه کدام امر از اخلاق حسنه محسوب و کدام یک بر خلاف اخلاق حسنه است بنظر عرف میباشد و قانون آن امور را تعیین نکرده است. هرگاه امری که بر خلاف اخلاق حسنه بشمار میرود مورد منع قانونی قرار بگیرد، قرارداد نسبت بآن، بر خلاف قانون است. در رسیدگی قضائی تشخیص آنکه کدام امر بر خلاف اخلاق حسنه است با دادرس میباشد که با توجه باخلاق محیط و عادات اجتماعی ارزش اخلاقی آن را تعیین بنماید.

۴- قرارداد باید مخالف با نظم عمومی نباشد-

تصور مفهوم کلمهٔ نظم عمومی مانند مفهوم کلمهٔ اخلاق حسنه ساده و آسان میباشد ولی تطبیق آن با موضوعات خارج و دانستن مصادیقش مشکل است. آنچه میتوان در تعریف نظم عمومی گفت آنست که اموری بر خلاف نظم عمومی میباشند که ارتکاب آن ایجاد هیجان و تشنج اجتماعی مینماید و موجب اخلال نظم میگردد

تذکر- از آزادی اراده نه فقط در عقود غیر معینه میتوان استفاده نمود و قراردادهائی منعقد ساخت که خارج از عقود معینه باشد، بلکه میتوان بکمک قاعدهٔ مزبور در عقود معینه نیز تغییراتی داد و اموری را اضافه نمود و شرایطی را در آن درج کرد.

اقسام عقد باعتبار صحت و فساد

۱- عقد صحیح-

قانون برای هر یک از اعمال قضائی آثار مخصوصی را شناخته است.

آثار مزبور در صورتی موجود میگردد که عمل قضائی بطور کمال آنگونه که قانون مقرر داشته موجود گردد. بعبارت دیگر عمل قضائی در صورتی دارای آثار مخصوصه خواهد بود که تمامی ارکان و شرائط صحت را دارا باشد و الا هرگاه اصلا موجود نشود یا ناقص موجود گردد نمیتواند دارای آن آثار گردد.

شرائط اساسی برای صحت معامله را ماده «۱۹۰» ق. م تصریح نموده است.

مادهٔ «۱۹۰» ق. م: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۰

۱- قصد طرفین و رضای آنها.

۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله».

طبق ماده «۲۱۹» ق. م: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر اینکه برضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود»

۲- عقد غیر صحیح-

اشاره

و آن عقدیست که دارای آثار حقوقی مقرر نمیباشد، عقد غیر صحیح بر دو قسم است:

الف- عقد غیر نافذ-

اشاره

و آن عقدی است که غیر از رضا، تمامی شرائط اساسی برای صحت را دارا میباشد و باصطلاح فاقد رضا است. عقد مزبور بوسیله رضای مؤخر تکمیل شده و دارای آثار مخصوص بخود میگردد. این است که گفته میشود عقد مزبور چنانکه تنفیذ شود صحیح میگردد و چنانچه رد شود باطل خواهد بود و آن در موارد زیر است:

یک عقد فضولی-

و آن عقدیست که بوسیلهٔ غیر ذی سمت واقع شود. ماده «۲۴۷» ق. م: «معامله بمال غیر جز بعنوان ولایت یا وکالت نافذ نیست و لو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالك یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ میشود». در عقد فضولی چون اراده فاقد رضایت ذی سمت است دارای اثر مخصوص، نمیباشد.
بعبارت دیگر در عقد فضولی قصد انشاء بدون رضایت ذی‌سمت حاصل شده است. عقد مزبور پس از اعلام رضایت بصورت اجازه از طرف کسی که دارای سمت میباشد صحیح میگردد.
خواه شخص مزبور مالك باشد، یا وکیل او.

دو- عقدی که مبتنی بر اشتباه میباشد-

بمتابعت از قانون مدنی فرانسه طبق صریح ماده «۲۰۰» ق. م و مستنبط از ماده «۲۰۱» ق. م عقدی که مبتنی بر اشتباه مربوط بخود موضوع معامله یا اشتباه در شخص طرف معامله باشد غیر نافذ است و کسی که اشتباه نموده میتواند آن را تنفیذ نماید و چنانچه تنفیذ ننموده و رد کرد، آن عقد باطل میگردد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۱

سه- عقد مکره-

چنانکه گذشت عقدی که در اثر اکراه واقع شده باشد باعتبار فقدان رضای معتدل ناقص یا غیر نافذ است و کسی که مکره بوده میتواند آن را تنفیذ نماید (ماده «۱۹۹» ق. م ببعد). عقود غیر نافذ مادام که تنفیذ نگردند. مانند عقود باطله هیچ‌گونه اثری ندارند و بدین جهت ذی‌نفع میتواند در مقابل عقود غیر نافذ دفاع ببلا اثر بودن آن بنماید.
تنفیذ عقد بوسیلهٔ اعلام رضایت بعمل می‌آید و آن بهر لفظ و فعل یا اشارهٔ که کاشف از رضایت ذی‌سمت باشد حاصل میگردد.

ب- عقد باطل-

عقد باطل عقدی است که یکی از ارکان اساسی برای صحت معامله را فاقد باشد، از قبیل عقدی که یکی از طرفین قصد نداشته‌اند مانند عقد مست، خواب و مدهوش.
یا آنکه یکی از طرفین اهلیت برای معامله را نداشته باشد مانند معاملهٔ صغیر غیر ممیز. عقد باطل را عقد فاسد نیز میگویند.

عقد باطل بنابر مستنبط از ماده «۳۶۵» قانون مـدنی هیچ‌گونه اثر حقوقی ندارد و مانند آنست که عقدی واقع نشده است. ماده «۳۶۵» ق. م: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد» بنابراین کسی که مالی را در اثر عقد باطل دریافت داشته باید آن را بمالکش رد نماید.
این است که ماده «۳۶۶» ق. م میگوید: «هرگاه کسی ببیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را بصاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود»

۳– عقد قابل فسخ–

اشاره

عقد قابل فسخ عبارت از عقد صحیحی است که یکی از طرفین یا هر دو آنها بتواند آن را بر هم زند.
عقد قابل فسخ بر دو قسم است

الف– عقد جایز

و آن عقدی است که طبیعتاً قابل انحلال میباشد و هر یک از طرفین میتواند هر زمان بخواهد آن را بر هم زند مانند وکالت، ودیعه و عاریه.

ب– عقد لازم قابل فسخ

و آن عقدی است که طبیعتاً قابل انحلال نمیباشد ولی بجهتی از جهات حق فسخ در آن موجود است، چنانکه در عقد خیاری میباشد که در اثر توافق طرفین، شرط فسخ در آن برای یکی از طرفین یا هر دو آنها یا شخص ثالث بر قرار شده است.
یا آنکه برای جبران زیان وارده در اثر عیب یا غبن یا تدلیس، متضرر بتواند عقد را بر هم زند.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۲
بنابر آنچه گـذشت عقد غیر نافذ، عقد ناقصـی است که بتوان آن را تکمیل نموده و بوسیلهٔ اجازه آن را صـحیح گردانید چنانکه در مورد اکراه و فضولی و اشتباه است. عقـد قابل فسـخ عقدی است که صـحیحاً منعقد گردیده ولی کسـی که حق خیار بنفع او بر قرار شـده میتوانـد آن را بنفع خود برهم زنـد، بـدین جهت عقدی که در اثر عدم رضا (در مورد اکراه و فضولی و اشـتباه) غیر نافذ است، میتوان آن را رد یا قبول نمود و نمیتوان باستناد حق فسخ آن را برهم زد، زیرا عقد صحیح میتواند موجب ایجاد ضرر شود و مادام که عقد تمام نشده ضـرری متوجه کسـی نمیگردد تا حق فسخ بوجود بیاید. هرگاه معامله غیر نافذ مورد قبول قرار گرفت و تنفیذ گردید صحیـح میشود. در عقـد فضولی یـا مکره برای بر هم زدن عقـد کـافی است که مالـک بعـدم نفوذ و رد آن اسـتناد کنـد. لـذا هرگاه ذی‌سـمت فسـخ چنین عقـدی را در اثر عیب یا غبن اعلام بنمایـد آن معامله را ضـمناً تنفیـذ نموده است، زیرا نسبت بمعاملهٔ صـحیح میتوان دعوی انحلال کرد، بـدین جهت هرگاه معلوم شود که بجهتی از جهـات نمیتوان آن را فسـخ نمود، دعوی عـدم نفوذ معاملهٔ دیگر پذیرفته نمیشود.
بنـابر آنچه گفته شـد عقـد غیر نافـذ ناقص است و میتوان آن را بوسـیلهٔ رضای متأخر صـحیح نمود و یا بوسـیله رد متأخر آن را باطل گردانید، ولی عقد قابل فسخ صحیح و نافذ میباشد و قانون بجهت خاصی حق انحلال آن را بمتعاملین یا یکی از آنها داده است.

تبصره– عقد غیر صحیح در حقوق مدنی فرانسه

اشاره

قانون مـدنی فرانسه بطلان را دو قسم دانسـته: یکی بطلان ذاتی (nule (lanulite absolue)و دیگری بطلاـن نسبی la nulite (relaitve(annulable

الف– بطلان ذاتی–

بطلان ذاتی عقـد در صورتی است که تمامی شـرایط اساسـی برای صـحت معامله را دارا باشـد. ولی یکی از شـرایط لازم عمومی یا خصوصـی را فاقد، مانند آنکه عقد بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسـنه باشد، عقد مزبور بوسـیلهٔ تنفیذ مؤخر صحیح نمیگردد. هر ذی نفعی میتواند، بطلان آن را اعلام دارد و چنانچه در مقابلش سندی حاکی
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۳
از تحقق چنین معامله ابراز گردد میتواند ببطلان آن استناد کند.

ب– بطلان نسبی–

بطلاـن نسبی در عقـد صورتی است که بـا جمع بودن شـرائط اساسـی برای صـحت معـامله، شـرائطی که برای حفـظ منفعت یکی از متعـاملین است رعـایت نشـده باشـد. قانون برای حمایت شـخص مزبور باو اجازهٔ انحلال معامله را داده است که میتوانـد ابطال آن را بخواهد. بدین جهت است که گفته میشود چنین عقدی قابل ابطال elbalunna است. در مورد بطلان نسبی، عقد بخودی خود بلا اثر نمیباشد بلکه باید بوسیله دادگاه ابطال گردد و آن در دو مورد است:
اول– هرگـاه اراده در اثر اشـتباه یـا اکراه معلول باشـد (شـرح آن در عقـد مکره و عقـدی که در اثر اشـتباه نسـبت بماهیت موضوع و شخص طرف هرگاه شخصیت او علت عمده عقد باشد گذشت)
دوم– محجوریت– هرگاه کسـی که دارای اهلیت برای معامله نیست (ماننـد صـغیر ممیز) آن را منعقد سازد، معاملهٔ مزبور قابل ابطال است و کسـی که حمایت محجور بعهـدهٔ او است میتواند ابطال آن را از دادگاه بخواهد. عقد قابل ابطال بوسـیلهٔ تنفیذ مؤخر صـحیح میگردد.

ج– عقد غیر موجود– tnatsixenni etca,l

و آن در موردی است که عقد یکی از شرائط اساسی برای صحت معامله را فاقد باشد، مانند عقدی که بوسیله مجنون یا مست منعقد شـده باشـد که فاقـد اراده است، در این صورت ماننـد مورد بطلاـن ذاتی هر ذی نفع میتوانـد دعوی بطلان آن را بنمایـد و از دادگاه اعلام آن را بخواهد. و چنانچه سـندی در دادگاه بر علیه ذی‌نفع ابراز گردد که حکایت از چنین معامله بنماید، ذی‌نفع میتواند بطلان آن را استناد نماید. از نظر عمل عقد باطل و عقد غیر موجود فرقی ندارند، زیرا هر دو آنان بوسیلهٔ هر ذی‌نفع قابل اعتراض است.

اقسام عقود صحیحه

اشاره

رابطهٔ حقوقی که در اثر عقد صـحیح بین طرفین موجود میگردد چنانکه ماده «۱۸۴» ق. م میگوید متفاوت میباشد. ماده «۱۸۴» ق. م:

«عقود و معاملات باقسام ذیل منقسم میشوند:

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۴، ص: ۵۴

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۴

لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق» (از نظر تحلیل حقوقی تقسیم مزبور باعتبار نحوهٔ رابطه بین موضوع حق و متعلق آنست) شرح هر یک از اقسام عقود:

۱- عقد لازم و عقد جائز

اشاره

عقد باعتبار قابلیت و عدم قابلیت انحلال آن بدو دسته تقسیم میشود: عقد لازم و عقد جائز.

الف- عقد لازم-

ماده «۱۸۵» ق. م میگوید: «عقد لازم آنست که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه» طبیعت رابطهٔ که در اثر عقد لازم پیدا میشود طوری است که هیچ‌یک از طرفین عقد نمیتواند بدون رضای طرف دیگر آن را بر هم زند مانند نکاح، اجاره، بیع، وقف و امثال آنها. بنابراین آنان بانجام آن چیزی که در عقد تصریح شده ملزم میباشند، مگر در موارد معینه قانونی، و آن در موردی است که در اثر یکی از خیارات حق فسخ بیکی از طرفین یا هر دو آنها یا شخص ثالث داده شده باشد که در این صورت کسی که حق مزبور باو داده شده میتواند معامله را فسخ نماید. همچنین است در صورتی که طرفین عقد در تفاسخ و بر هم زدن آن توافق حاصل نمایند که آن را اقاله گویند. همچنانی که دو نفر بوسیلهٔ حاکمیت اراده میتوانند رابطهٔ حقوقی ایجاد نمایند، میتوانند بتراضی آن را بر هم زنند، زیرا این امر موجب تجاوز بحقوق دیگری نخواهد بود. بنابراین اقاله در عقودی ممکن خواهد بود که صرفاً برای نفع طرفین منعقد شده باشد مانند بیع، اجاره و امثال آن. ولی نکاح و وقف که دارای جنبهٔ اجتماعی است نمیتوان بوسیلهٔ تراضی طرفین بر هم زد و رابطهٔ حقوقی را منحل ساخت.

کلیهٔ عقود لازم هستند مگر آنکه قانون خلاف آن را تصریح نماید. ماده «۲۱۹» ق. م میگوید: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر اینکه برضای طرفین اقاله و یا بعلت قانونی فسخ شود» قاعده مزبور را در اصطلاح قاعدهٔ لزوم گویند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۵

ب- عقد جائز

اشاره

ماده «۱۸۶» قانون مدنی میگوید: «عقد جائز آنست که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند» رابطه‌ای که در اثر عقد جائز بین طرفین ایجاد میشود طوری است که به هریک از آنها اجازه میدهد هر زمان بخواهد بدون هیچ علت قانونی آن را بر

هم زنـد. عقـد جـائز طبیعـهٔ قابـل انحلال است. عقـد همیشه نسـبت بطرفین لازم و یا جائز نمیباشـد. بلکه همچنانکه ماده «۱۸۷» ق. م میگویـد: «عقـد ممکن است نسـبت بیک طرف لازم باشـد و نسـبت بطرف دیگر جائز». مانند عقد رهن طبق ماده «۷۸۷» قانون مدنی «نسبت بمرتهن جائز و نسبت براهن لازم است» بنابراین مرتهن میتوانـد هر وقت بخواهـد آن را برهم زنـد و طلبش بدون وثیقه باقی بمانـد ولی راهن نمیتوانـد قبـل از اینکه دین خود را ادا نمایـد و یـا بنحوی از انحاء قانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد. عقد رهن مانند عقود جائزه بفوت و جنون و یا سفه یکی از طرفین منحل نمیشود.

آنچه راجع بجـائز بودن عقـد رهن از طرف مرتهن گفته شـد تا قبل از مرداد ۱۳۲۰ است که مـادهٔ «۳۴» اصـلاحی قانون ثبت اسناد و املاک تصویب گردیـد. طبق مادهٔ مزبور عقـد رهن از عقود لازمه شـناخته شـده است و هیـچ‌یک از راهن و مرتهن نمیتواننـد بـدون رضایت یکدیگر عقد را بر هم زنند.

تبصره – عقد خیاری

ماده «۱۸۸» ق. م میگویـد: «عقـد خیاری آنست که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسـخ باشد» عقد خیاری نوعی از عقد لازمست که بوسـیلهٔ برقراری شـرط فسخ بمشروط له حق داده میشود که بتواند آن را بر هم زند. در عقد لازم هرگاه برای یک طرف حق فسـخ گـذارده شود، از یـک طرف قابـل انحلال میگردد، و هر گـاه برای طرفین حق فسـخ برقرار شود نسبت بطرفین قابل انحلال میشود، مانند عقد بیع و یا اجاره که در آن شرط فسخ در سر شش ماه برای یک طرف یا طرفین قید نمایند.

۲– عقد منجز و عقد معلق–

اشاره

عقد باعتبار زمان پیدایش آثار بر دو قسم است:

عقد منجز و عقد معلق

الف– عقد منجز

ماده «۱۸۹» ق. م میگوید: «عقد منجز آنست که تأثیر آن

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۶

بر حسب انشاء موقوف بامر دیگری نباشـد و الا معلق خواهد بود» هر عقدی دارای اثر مخصوصـی است که طرفین عقد برای بدسـت آوردن آن بانعقاد عقـد اقـدام مینماینـد که آن را مقتضاء عقد گویند. مثلا مقتضای عقد بیع ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع است و مقتضای عقد اجاره مالکیت منافع برای مستأجر و مالکیت مال الاجاره برای مالک است. در صورتی که عقد بدون هیچ‌گونه قیدی منعقد گردد، مقتضای آن بلا فاصله پس از عقد حاصل میشود، مثلا اگر کسی کتاب خود را بدیگری بفروشد و در عقـد بیع قیـدی ننمایـد، پس از تمام شـدن عقد بلافاصـله مشتری مالک کتاب میشود. در این صورت عقد علت تامه انتقال میباشد و پیدایش مقتضای عقد متوقف بر امر دیگری نیست. چنین عقدی را منجز گویند.

ب– عقد معلق–

چنـانکه از مفهوم ماده «۱۸۹» ق. م که عقـد منجز را تعریـف مینمایـد معلوم میشـود، عقـد معلق آنست که تـأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بامر دیگری باشد.

بنابر آنچه در عقد منجز گذشت هر عقدی دارای اثر مخصوصی است که بلافاصله پس از انعقاد عقد بوجود می آید، ولی طرفین عقد میتوانند بوسیلهٔ تعلیق، پیدایش آن را منوط بر وجود امر دیگری بنمایند. مثلا پدری میخواهد خانهٔ خود را به پسرش ببخشد ولی نمیخواهد که این بخشش بدون هیچ قیدی باشد و بلافاصله پسر مالك آن شود، بلکه میخواهد برای تشویق او بتحصیل دانش، خانه پس از گرفتن دیپلم لیسانس بملکیت پسر در آید، لذا خانه خود را بطور تعلیق باو هبه مینماید، بدین نحو که میگوید: خانه‌ام مال تو هرگاه آخر سال جاری دانشکده را تمام کردی و دیپلم لیسانس گرفتی و پسر قبول مینماید. با این بیان عقد هبه منعقد میشود و پدر خانه را بپسر خود انتقال داده است ولی نه بطور مطلق که انتقال بلافاصله پس از انعقاد عقد حاصل شود، و پسر مالك خانه گردد، بلکه هرگاه در آخر سال جاری پسر دیپلم لیسانس بگیرد خانه منتقل باو می‌شود و الا هرگاه در آخر سال در امتحانات رد شود مالك خانه نمیگردد. اینست که گفته شده اثر عقد معلق و موقوف بر امر دیگری است

۳- عقد معوض و عقد غیر معوض-

اشاره

عقد باعتبار مورد بر دو قسم میشود: عقد معوض و عقد غیر معوض.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۷

الف- عقد معوض-

اشاره

و آن عبارت از عقدی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد بانجام امری مینماید و یا مالی را میدهد در عوض مالی که از طرف دیگر میگیرد و یا در مقابل تعهدی که طرف دیگر بنفع او میکند.

در عقد معوض، علت دادن مال و یا انجام تعهد از ناحیه یك طرف، گرفتن مال و یا انجام تعهد از ناحیهٔ طرف دیگر است.

عقد معوض دارای دو مورد است که یکی عوض و دیگری معوض نامیده میشود، مانند بیع که دارای ثمن و مثمن میباشد و هر یک در مقابل دیگری قرار گرفته است. هرگاه منظور متعاملین در عقد معوض تعادل بین عوض و معوض نباشد بلکه عوض که در مقابل قرار داده میشود ناچیز باشد آن را عقد محاباتی گویند (محاباهٔ مصدر حابی میباشد یعنی آسان گرفتن) عقد معوض بنوبهٔ خود بر دو قسم است که نام آنها مصطلح حقوقیین اسلامی نیست:

اول- عقد معوض (بمعنی خاص) Le contrat commutatif

و آن عقد معوضی است که هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد بامری میکند و یا مالی را تملیك مینماید در عوض آنچه طرف باو تملیك و یا تعهد میکند، مانند بیع، اجاره و امثال آن. مثلا در بیع کلی بایع تعهد میکند مبیع را بمشتری بدهد در عوض ثمنی که مشتری باو میدهد.

دوم- عقد اتفاقی- Le contrat aleatoire

و آن عقد معوضی میباشد که عوض در آن عبارت از چیزی است که رسیدن یکی از طرفین بآن، بستگی ببخت و مهارت او در نتیجهٔ پیش آمد امر غیر محقق الوقوع دارد، مانند گروبندی و قمار زیرا در قمار هر یک از بازیکنان نمیداند پس از پایان امر چیزی

باید بدهد یا آنکه چیزی بدست می‌آورد، و در کروبندی نمیداند آنچه میدهد چیزی بدست خواهد آورد یا آنچه داده است عوضی ندارد.

این گونه عقود باعتبار آنکه خارج از روش تجاری و مخل نظم اجتماعی است باطل میباشند. ماده «۶۵۴» ق. م میگوید: «قمار و گروبندی باطل و دعاوی راجعه بآن مسموع

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۸

نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است».

در موارد معینه که مصالح اجتماعی ایجاب مینماید، قانون استثناء این گونه اعمال قضائی را اجازه میدهد. مثلا در ماده «۶۵۵» ق. م مقرر داشته که: «در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیر بازی، گروبندی جائز و مفاد مادهٔ قبل در مورد آنها رعایت نمیشود» امور دیگری هستند مانند بخت‌آزمائی برای امور خیریه و امثال آن که چنانچه مصالح اجتماعی اجراء آن را اقتضاء بنماید، باید بوسیلهٔ قانون مخصوصی اجازه داده شود.

ب- عقد غیر معوض-

و آن عبارت از عقدی است که یکی از طرفین مالی را بدیگری میدهد و یا تعهدی در مقابل او مینماید و طرف دیگر هم قبول میکند، چنانکه در هبه است که یکی مال خود را بدیگری می‌بخشد و دیگری آن را قبول مینماید. انتقال مال در هبه فقط از طرف واهب است بدون آنکه متهب عوض در مقابل داده باشد، علت انتقال در هبه، دارا گردانیدن متهب میباشد که علاقه و محبت واهب باو موجب شده است.

عقد غیر معوض طبیعتاً دارای یک مورد بیش نیست، و میتوان با درج نمودن شرط ضمن عقد مزبور، آن را بصورت عقد معوض در آورد چنانکه پدر خانه خود را که بپسر میدهد، با او شرط کند که پسر اتومبیل خود را بپدر بدهد. عقد مزبور اگر چه بصورت معوض است ولی از نظر تحلیلی بحالت اولیهٔ خود باقی و آثار ذاتی عقد معوض را بخود نمیگیرد، زیرا داشتن دو مورد (عوض و معوض) در عقد معوض رکن اساسی عقد مزبور است و در عقد غیر معوضی که شرط ضمن آن شده است، یکی از آن دو (که مورد عقد است) رکن اساسی میباشد و مورد دیگر (که مورد شرط است) جنبهٔ فرعی دارد.

۴- عقد تملیکی و عقد عهدی

اشاره

عقد باعتبار آنکه مالی تملیک گردد و یا تعهدی ایجاد شود بر دو قسم است: عقد تملیکی، عقد عهدی.

الف- عقد تملیکی-

و آن عبارت از عقدی است که بوسیلهٔ آن انتقال ملکیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۵۹

حاصل میگردد، یعنی مورد معامله از ملکیت یک طرف که ناقل میباشد خارج میگردد و در ملکیت طرف دیگر که منتقل الیه است داخل میشود، چنانکه در بیع خانه است که بانعقاد عقد بیع، خانه از بایع بمشتری تملیک میگردد و حق عینی فروشنده بر خانه، بخریدار میرسد. عقد تملیکی ممکن است معوض باشد مانند بیع عین خارجی و ممکن است غیر معوض باشد مانند هبه.

ب– عقد عهدی –

و آن عبارت از عقدی است که ایجاد حق دینی و تعهد برای یک طرف در مقابل طرف دیگر یا برای هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر مینماید. مثلا هرگاه کسی ببیع سلم یکصد تن گندم بدیگری بفروشد که پس از رسیدن محصول در اول مرداد ماه بپردازد، در اثر عقد، بایع یکصد تن گندم بمشتری مدیون شده و متعهد است که آن را در موعد مقرر باو بدهد. همچنین است هرگاه مقاطعه کاری تعهد بانجام عمل ساختمانی در مقابل یکصد هزار ریال بنماید که صاحب کار آن را در اقساط معینه باو بپردازد.

عقد عهدی یا تعهد که آن را در حقوق فرانسه L, obligation نامند در حقوق رومی و حقوق اروپائی فصل مهمی را تشکیل میدهد و مورد تحقیقات علمی بسیاری قرار گرفته است.

در قانون مدنی ایران به پیروی از قانون مدنی فرانسه باب مستقلی بعقود و تعهدات بطور کلی اختصاص داده شده است (ماده «۱۸۳» ق. م ببعد)

قانون مدنی، در ماده «۸۲۵» و «۸۲۶» در وصیت از تملیکی و عهدی نام برده است.

۵– عقد مطلق و عقد مشروط

اشاره

عقد باعتبار اضافه نمودن قید و شرط بر دو قسم است: عقد مطلق و عقد مشروط

الف– عقد مطلق –

و آن عقدی است که هیچ گونه شرط و قید در آن نشده باشد و آن را میتوان عقد ساده نامید. مثلا کسی خانه خود را بمبلغی بدون هیچ شرط و قیدی بدیگری میفروشد، یا مبلغی کسی از دیگری قرض مینماید.

ب– عقد مشروط –

و آن عقدی است که یکی از شروط (شرط نتیجه، شرط فعل شرط صفت) و یا قیدی در آن درج شده باشد. شرط لغة بمعنی عهد است و آن در اصطلاح حقوقی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۰

تعهد فرعی است که ضمن عقد اصلی قرار میگیرد.

مورد تعهد فرعی در شرط صفت با مورد تعهد اصلی در خارج متحد میباشد، ولی مورد هر یک از شرط فعل و شرط نتیجه، اغلب دارای وجود مستقلی در خارج میباشد و در اثر آنکه ضمن عقد دیگری بصورت شرط قرار گرفته تابع عقد اصلی شده است

۶– عقد تشریفاتی و عقد غیر تشریفاتی

اشاره

عقد باعتبار شرایط صوری بر دو قسم است: عقد تشریفاتی و عقد غیر تشریفاتی

الف– عقد تشریفاتی–

و آن عبارت از عقدی است که، علاوه بر اجتماع تمامی شرایط اساسی برای صحت معامله که در ماده «۱۹۰» ق. م ذکر گردیده و شرائط مختصه چنانچه از عقود معینه باشد، تشریفات صوری مخصوصی را لازم دارد تا بتواند دارای آثار قانونی شود.
عقود تشریفاتی در ملل قدیمه متداول بوده و بوسیلهٔ اداء الفاظ و عبارات مخصوص منعقد میگشت، و در بعض موارد حضور عدهٔ گواهان و آلات و ادوات دیگری مانند ترازو و چوب نیز لازم میبوده چنانکه در حقوق رومی است.
در قانون مدنی ایران عقود تشریفاتی که بدون انجام تشریفات باطل شناخته شود وجود ندارد. لزوم ثبت معاملات راجع باموال غیر منقول و همچنین ثبت هبه‌نامه، صلح‌نامه و شرکت نامه برای اثبات آن در مقامات صالحه است، نه آنکه بدون ثبت معامله صحیح شناخته نشود. ماده «۴۸» قانون ثبت اسناد و املاک ۳۱۰ مقرر میدارد: «اسنادی که در موارد بالا به ثبت نرسد در هیچ یک از ادارات دولتی و محاکم پذیرفته نخواهد شد». مگر آنکه گفته شود نپذیرفتن اسنادی که در موارد مزبوره بثبت نرسیده است، غیر مستقیم معامله را بلا اثر مینماید و عقدی که اثر قانونی ندارد در حکم باطل است، زیرا از حیث اثر با باطل یکسان میباشد.
از ایقاعات فقط طلاق تشریفاتی میباشد که بدستور ماده «۱۱۳۴» قانون مدنی، باید بصیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد. ثبت طلاق
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۱
در دفتر رسمی مانند ثبت نکاح از تشریفاتی است که تأثیر در صحت آن ندارد و عدم ثبت آن دو موجب جزاء کیفری میگردد.

ب– عقد غیر تشریفاتی–

و آن عقدی است که هرگاه قصد انشاء در آن، مقرون به چیزی باشد که دلالت بر قصد نماید صحیح شناخته میشود، و احتیاج بالفاظ و عبارات مخصوص و یا تشریفات خارجی دیگری ندارد، مانند بیع و اجاره منقول، عاریه، ودیعه، وکالت و امثال آن.

۷– عقد تجاری و عقد اجتماعی

اشاره

تقسیم مزبور در حقوق اسلام و حقوق غرب موجود نیست، ولی از نظر آنکه هر یک دارای احکام مخصوصی است بتقسیم مزبور مبادرت گردید.

الف– عقد تجاری–

و آن عقدی است که صرفاً از نظر مالی منعقد میگردد، مانند بیع، هبه، اجاره و امثال آن.
عقودی که از نظر احسان و مساعدت مانند عاریه، ودیعه و یا از نظر اطمینان منعقد میشود در حکم عقود تجاری بشمار میرود.
عقود تجاری را میتوان اقاله نمود، یعنی انحلال آن در صورت تراضی طرفین ممکن خواهد بود.

ب– عقد اجتماعی–

و آن عقدیست که دارای جنبهٔ اجتماعی میباشد و بدین جهت قانون طرفین را در انحلال آن آزاد نگذارده است، مانند وقف که پس از تحقق آن واقف نمیتواند آن را برهم بزند، همچنانکه طرفین نمیتوانند آن را اقاله نمایند و یا نکاح که انحلال آن فقط بوسیلهٔ

فسخ در موارد خاصه و یا طلاق ممکن خواهد بود.

۸- عقدی که بدون قبض محقق میگردد و عقدی که قبض شرط تحقق آنست

الف- عقدی که بدون قبض محقق میگردد-

عقود عموماً بوسیلهٔ توافق طرفین، یعنی ایجاب و قبول منعقد میشود، مانند بیع، اجاره و امثال آن. مثلًا در بیع پس از ایجاب از طرف بایع و قبول از طرف مشتری ملکیت مبیع بمشتری منتقل و ملکیت ثمن

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۲

ببایع واگذار میشود و احتیاج بقبض دادن مبیع بمشتری و ثمن ببایع ندارد. در اینگونه عقود کسی که مالی را انتقال داده است ملتزم بتسلیم آن خواهد بود.

ب- عقدی که قبض شرط تحقق آنست

و آنها عقودی هستند که بوسیلهٔ توافق ارادهٔ طرفین و قبض دادن مورد بطرف محقق میگردد، و چنانچه قبض داده نشود اثر مختص بآن عقد موجود نمیگردد. عقود مزبور عبارتند: از حق انتفاع ماده «۴۷» ق. م وقف ماده «۵۹» ق. م بیع صرف ماده «۳۶۴» ق. م رهن ماده «۷۷۲» ق. م هبه ماده «۷۹۸ «ق. م. بعضی از حقوقیین در عقود مزبور بر آنند که عقد بوسیلهٔ ایجاب و قبول محقق میشود ولی جائز است تا آنکه بقبض داده شود و بوسیلهٔ قبض لازم میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۳

قسمت سوم- موجبات زوال حق

اشاره

حق پس از آنکه بوسیلهٔ سببی از اسباب موجود گردید زائل نمیگردد، مگر بیکی از اسباب معینهٔ قانونی. طریق زوال در هر یک از اقسام حقوق مختلف است، لذا هر یک جداگانه مورد گفتگو قرار میگیرد.

۱- حقوق غیر مالی-

چنانکه گذشت حقوق غیر مالی حقوقی هستند که مستقیماً برای دارندهٔ آن قابل تقویم بپول نمیباشد، مانند حق ابوت، زوجیت، تولیت، وصایت و امثال آن.

حقوق مزبور را دارنده آن نمیتواند اسقاط نماید و بخودی خود نیز زائل نمیشود.

بعضی از حقوق غیر مالی مادام الحیات موجود است و فقط با فوت دارندهٔ آن زائل میگردد مانند بنوت، ابوت و امثال آن، و بعض دیگر از قبیل زوجیت بسبب خاصی که برای انحلال آن مقرر است مانند فسخ و طلاق زایل میشود

۲- حقوق مالی-

اشاره

حقوق مالی چنانکه گذشت حقی است که مستقیماً قابل تقویم بپول میباشد. حق مالی را دارندهٔ آن میتواند اسقاط نماید و بوسیلهٔ عمل قضائی و یا فوت بدیگری منتقل میشود

اقسام حقوق مالی-

اشاره

حق مالی بر دو قسم است: حق عینی و حق دینی.

الف- حق عینی-

اشاره

حق عینی حقی است که شخص نسبت بعین خارجی دارد.
حق عینی در موارد ذیل زائل میگردد:

یک- اعراض-

حق عینی بوسیله اعراض ساقط میگردد. اعراض عبارت از قصد سقوط حق از شیء خارجی است. مانند آنکه مالك قوطی کبریت، پس از استعمال چوبهای آن قوطی کبریت خالی خود را که نمی‌خواهد، بخیابان پرتاب و از آن صرفنظر کند. مال مزبور پس از اعراض در
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۴
ردیف اموال بلا مالك بشمار می‌آید و هرکس میتواند آن را تملك نماید.
حق عینی در اثر عدم استفاده دارنده حق زائل نمیگردد هر چند بطول انجامد.

دو- انتقال-

حق عینی بوسیله عمل قضائی مانند بیع و معاوضه میتواند بغیر شود و در اثر فوت مانند حقوق مالی دیگر بورثه منتقل میگردد. در این صورت حق منتقل الیه و وارث، حق جدیدی نمیباشد بلکه ادامهٔ همان حق ناقل و مورث است.

ب- حق دینی-

اشاره

حق دینی حقی است که کسی نسبت بدیگری دارد.
حق دینی در موارد ذیل زائل میگردد:

یک- ایفاء-

حق دینی در اثر ایفاء یعنی اداء و انجام آن ساقط میگردد، مانند آنکه کسی که یک هزار ریال مدیون است آن را بطلبکار بدهد و یا کسی که تعهد بساختن بنائی نموده آن را بنا کند.

دو- ابراء-

حق دینی بوسیلهٔ صرفنظر نمودن دارنده آن، ساقط میگردد، چنانکه کسی از دیگری یک هزار ریال طلب داشته باشد و از آن صرفنظر کند.

در اثر گذشتن مدتی و عدم مطالبه، حق دینی ساقط نمیگردد، ولی طبق مقررات مربوط بمرور زمان با گذشتن مدت معینی، دعوی دارنده حق با ایراد طرف بمرور زمان در دادگاه، پذیرفته نمیشود.

در مورد اقاله، تهاتر، تبدیل تعهد، مالکیت ما فی الذمه، نیز حق دینی ساقط میگردد موارد مزبور مانند ایفاء میباشد (مواد «۲۶۴» ق. م به بعد)

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۵

فصل دوم- در حقوق

باب اول

۱- تعریف حقوق

اشاره

چنانکه گذشت حقوق دارای دو معنی است: یکی جمع حق و آن اختیاری است که برای افراد در جامعه شناخته شده که میتوانند عملی را انجام دهند و میتوانند آن را ترک نمایند، که شرح آن بیان گردید. حقوق در معنی دیگر عبارت میباشد از مجموع قواعد الزامی که برای نظم روابط افراد و بهبودی وضعیت جامعه وضع گردیده است، چنانکه گفته میشود: حقوق فرانسه، حقوق تجارت و علم حقوق. استعمال اصطلاح مزبور در حقوق ایران پیروی از حقوق اروپا میباشد و در حقوق اسلام سابقه ندارد. بقواعد مزبور قوانین نیز گفته میشود. قوانین جمع قانون است و قانون کلمه‌ایست اصلا یونانی و بمعنی قاعده میباشد و از یونانی در زبان عربی داخل شده و معرب گردیده و سپس در زبان فارسی از زبان عربی داخل شده است. استعمال کلمهٔ قوانین در قواعد حقوقی، در حقوق اسلام و اروپا معمول نمیباشد.

انسان موجودی است که ساختمان جسمانی او ایجاب مینماید در اجتماع زندگانی کند و نمیتواند بتنهائی روزگار خود را بگذراند و از دیگران بر کنار بماند، زیرا انسان پا بعرصه وجود که میگذارد با ناتوانی جسمی که دارد بمساعدت پدر و مادر خود محتاج است و چون بسن رشد میرسد نمیتواند بتنهائی بامیال خود نائل گردد و نمو جسمی و روحی خود را تکمیل نماید، مگر با مبادلهٔ دائم فعالیت افراد دیگر از همجنسان خود. انسانی که بتواند منزوی از دیگران زندگانی نماید، فرضیه‌ای بیش نیست.

انسان دارای حس خود خواهی میباشد که او را بجلب منفعت و دفع ضرر از خود وادار میکند. در این امر انسان و حیوان مشترک میباشند. فعالیت هر فردی برای جلب منفعت با فعالیت افراد دیگر در این راه اصطکاک پیدا مینماید و تا آنجائی که بتواند کوشش میکند تا بر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۶

افراد دیگر غـالب گردد. برقراری نظم در جـامعه وجود مقرراتی را ایجاب مینمایـد که آزادی افراد را محـدود نموده و روش آنها را معین کند و همچنین تشکیلاتی را میخواهد که احتیاجات آنها را رفع نماید. وجود مقررات و تشکیلات، بدون وجود قوهٔ که بر افراد تفوق داشته باشد و آن تشکیلات را حمایت کنـد و آن مقررات را بر افراد تحمیل نماید بی‌تأثیر است. بنابراین هر جمعیت منظمی که یافت گردد، ناچار مقرراتی بر آن حکمفرمائی میکنـد. اینست که میتوان گفت حقوق عبارت است از قواعد الزامی که برای نظم روابط بین افراد جامعه و بهبودی وضـعیت آن، وضع گردیـده است. چنانکه از تعریف مـذکور در بالا معلوم میگردد، قواعـد حقوقی دارای خواص ذیل میباشد:

۱- علت غائی از وضع قوانین که برقراری نظم در روابط افراد با یکدیگر و بهبودی وضعیت اجتماعی آنان میباشد.

۲- قواعد مزبور بوسیله فرد یا مقامی که از طرف افراد برای این امر شناخته شده وضع میگردد.

۳- اجراء قواعد مزبور بوسیلهٔ قوهٔ حمایت میشود، تا افراد نتوانند از اطاعت آن سرپیچی کنند.

فرق بین حقوق، مذهب و اخلاق

برای برقراری نظم اجتماعی از طرف قوه حاکمه قوانینی وضع میگردد و افراد را وادار باطاعت از آن مینماید. تمامی روابط اجتماعی افراد مورد حکم قانون قرار نمیگیرد، بلکه بسـیاری از آنها بوسـیلهٔ قواعـد اخلاقی و مذهبی منظم گردیده است که افراد خود را پابند اطاعت از آن قواعـد میداننـد. عدم رعایت اینگونه قواعد در نظر قوهٔ مقننه موجب اخلال نظم اجتماعی نمیگردد و الا آن را بصورت قانون وضع مینماید.

اخلاق عبـارت از قواعـدی است که در طول دورانی از زنـدگانی بشـری بوسـیلهٔ افراد مورد احـترام قرار گرفته است و آنهـا خود را مجبور باطاعت از آن میداننـد و تخلف از آن موجب ناراحتی وجـدانی و تحریك افکار میگردد. قواعـد اخلاقی بر مبنای نیک و بد گذارده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۷

شده و مشخص آن فقط وجدان انسانی میباشد، که در مورد اخلاق عمومی بصورت وجدان عمومی در آمده است.

از نظر برقراری نظم در روابـط افراد، اخلاق و حقوق فرقی بـا یکـدیگر ندارنـد و افراد ملزم هسـتند هر یك از آنها را در مورد خود رعـایت بنماینـد. فرقی که آن دو با یکـدیگر دارنـد آنست که در مورد تخلف از قواعـد حقوقی قوهٔ حاکمه برای حمایت کسـی که حقش تضـییع شـده قیـام مینمایـد و در مورد تخلف از قواعـد اخلاقی حمـایت مـادی موجود نیست و فقـط متخلف مورد شـماتت و سرزنش دیگران قرار گیرد.

قواعـد مذهبی عبارت از قواعدیست که بوسـیلهٔ قوهٔ ما وراء طبیعت برای سـعادت بشـر وضع شده است. قواعد مذهبی علاوه بر آنکه مانند قواعد حقوقی برای برقراری نظم در روابط بین افراد میباشد، تکامل و سعادت ابدی را هدف اصلی خود قرار داده است

از نظر مـذهب اگر چه انسـان بوسیله عقل بر حیوانات برتری دارد و میتوانـد سود و زیان خود را تشـخیص دهـد، ولی آن عقل برای زنـدگانی فردی میتوانـد بکار رود و کافی برای رسانیـدن او بسعادت اجتماعی نیست و نمیتوانـد با بودن حس خود خواهی در افراد نظم اجتماعی را برقرار سازد لذا قوانینی از طرف خالق بشر بوسیلهٔ پیغمبران فرستاده شده است که افراد جامعه باید بی‌چون و چرا آن را بموقع اجرا گذارنـد و در صورت سـرپیچی بکیفرهای معینه مـذهبی دچار میگردند. کیفر در مورد تخلف از دسـتورات مذهبی از طرفی اخروی میباشد که متخلف پس از مرگ دچار آن میگردد و از طرف دیگر دنیوی است که بوسیلهٔ قوه حاکمه مذهبی حمایت میشود.

در ادوار متمادی، مـذهب حکومت را عملا در دست داشت و حکومتهای مـذهبی بـدست روحانیین میبود و دسـتورات مذهبی مانند قواعد حقوقی بوسیله قوهٔ مادی حمایت میشد.

پس از آنکه حکومتهـای مـذهبی سـپری گشـتند، دسـتورات مزبـور بصورت قواعـد اخلاقی در آمـد. در محیـط مـذهبی متخلفین با سرزنش و شماتت مؤمنین مواجه میگردند و مؤمنین هم از بیم مجازات اخروی از آن دستورات پیروی مینمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۸

بنابر آنچه گفته شـد فرق بین قواعد حقوقی، و مذهبی در کیفر میباشد که در قواعد حقوق مادی و در دسـتورات مذهبی، وجدانی و اخروی است.

۲- پیدایش حقوق

چنانکه گذشت حقوق موجود نمیگردد، مگر آنکه بوسـیلهٔ قوه مادی از آن حمایت شود. قوهٔ مادی زمانی از آن حمایت مینماید که آن را معتبر بدانـد. اعتبـار حقوق از طرف قوهٔ مادی بوسیله وضع آن بصورت قانون بعمل می‌آیـد، بـدین جهت آن را در اصـطلاح، قوانین موضوعه نامند، یعنی قوانینی که از طرف قوهٔ حاکمه وضع شده است.

مـدت زمانی تصور میشـد که حقوق مخلوق عقل انسانی میباشـد و مغزهای حقوقیین آن را بوجود آورده است. عقیدهٔ مزبور بوسـیلهٔ حقوق‌دانـان قرن هفـدهم و هیجـدهم میلاـدی حمـایت گردیـد و در کشورهـای مختلـف مکتبهـائی بنـام. L, eeole de droit naturel et de droit des gens

(مکتب حقوقی طبیعی و حقوق بشـر) ایجاد شد. فلاسـفه قرن هیجدهم این نظریه را نیز تأیید نمودند و بر آن شدند که عقل بشـر باو اجازه میدهـد، تا حقوق ایده‌آل و ثابت و بی‌نقصـی بوجود آورد که سـرمشق افراد قرار گیرد و وضـعیت موجود خود را با آن منطبق نمایند. این مکتب هیچ توجهی بمحیط اجتماعی که حقوق در آن باید اجرا گردد ندارد.

مکتب مزبور سرچشمه خود را از نظریه گرتیوس Grotius که کتاب خود را در سال ۱۶۲۵ میلادی منتشر نموده میگردد. گرتیوس بر آنست که انسان طبیعه اجتماعی و عاقل است و تمامی قواعـدی که برای نظم جامعه تعقل میکنـد موافق با طبیعت زیست اجتماعی افراد میباشـد. عقل بشـری حکم میکنـد که افراد بـدارائی یکـدیگر احترام بگذارنـد و تجاوز بآن ننماینـد، تعهـدات خود را در مقابل یکـدیگر انجام دهنـد، و هر گاه زیانی کسـی بـدیگری وارد می‌آورد جبران کنـد، و همچنین عقل بشـر کیفری که مجرم باید به بیند مقرر میـدارد و امثـال آن. این گـونه قواعـد اسـتخوان‌بندی حقـوق طبیعی را تشـکیل میدهـد. Hobbes فیلسوف انگلیسـی معاصر گریتوس بـالعکس بر آنست که انسـان در حـال طبیعی دارای غریزهٔ خود خواهی وحشـیانه است و بـدین جهت نسبت بهم‌نوع خود دارای خوی گرگ درنده است که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۶۹

موجب جنـگ با یکـدیگر میگردنـد، ولی عقل او را وادار کرده است که رفتار و کردار خود را تعـدیل نمایـد و تحت روش منظمی قرار دهد، زیرا هر فردی متوجه است که بوسـیلهٔ آرامش اجتماعی میتواند بسعادت خود برسد. پیروان گرتیوس و هبس موجد مکتب طبیعی و حقوق بشر شدند.

مونتسکیو در مقدمه کتاب روح القوانین، کوشش نموده ثابت کند که انسان بوسیلهٔ قوای دماغی خود راهنمائی نمیشود و قوانینی که وضع مینمایند بوسـیلهٔ طبیعت اشـیاء باو تلقین شده است. بعبارت دیگر قواعد حقوقی بوسـیلهٔ مجموع وضعیتهای مختلفی که انسان را احاطه نموده (از قبیل محیط طبیعی، وضـعیت خاك و موقعیت و وسعت آن، نحوهٔ زندگانی ساکنین در آن، مذهب، تمایلات آنها و

عادات) پیدایش یافته است.

نظریه منتسکیو در ابتدای قرن نوزدهم بوسیلهٔ مکتب تاریخی آلمان و پیروان آن تشریح و روشن گردید، مکتب مزبور کوشش فراوانی کرد تا بنمایاند حقوق محصول تاریخ میباشد و بوسیلهٔ روابط اجتماعی، احتیاجات اقتصادی، روحیه هر عصر، مبارزات طبقات برای دفاع از منافع مختلفه بوجود آمده است و حقوق محصول تفکرات بشری نیست.

تاریخ حقوق هر ملتی را که بنظر سطحی ورق بزنیم و تحولاتی که در آن روی داده مورد توجه قرار دهیم می‌بینیم که حقوق در سیر و تطور دائم است همانگونه که مظاهر دیگر اجتماعی از قبیل زبان، خط و امثال آن همیشه تغییر میکند. این سیر و تطور لحظهٔ متوقف نمیگردد و مادام که بشر موجود است او را دنبال مینماید. مکتب تاریخی بتدریج راه اغراق را پیمود تا حدی که بر آن شد، حقوق خود بخود در روابط افراد با یکدیگر تکوین میشود و اراده بشری در آن مداخله ندارد.

در اثر اصطکاک عقاید دو مکتب بالا، مکتب دیگری بوجود آمد که حقوق را محصول دماغ حقوقیین که تحت تأثیر عوامل محیط اجتماعی پرورش یافته میداند. آن عوامل عبارتند از: عادات، اخلاق، مذهب و وضعیت اقتصادی. از این راه حقوقیین سعی و کوشش نموده‌اند تا بوسیلهٔ اعمال عقل خود جامعه را بهبودی و ترقی سوق دهند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۰

۳- قوهٔ حاکمه

اشاره

قوه حاکمه بدست فرد یا افرادی است که بر جامعه حکومت میکنند. قوهٔ مزبور نسبت بوضعیت سیاسی جامعه فرق مینماید، چنانکه در حکومتهای قبائل رئیس قبیله میباشد، در حکومتهای مذهبی روحانیین هستند، در حکومتهای فردی رئیس حکومت و در حکومتهای ملی هیئت حاکمه که از طرف ملت نمایندگی دارند. بحث مفصل در این امر در خور حقوق اساسی است و گفتگوی در آن، ما را از موضوع دور مینماید. آنچه تذکرش لازم بنظر میرسد قوهٔ حاکمه در ایران است.

حکومت در ایران مشروطه است و بدستور اصل بیست و ششم متمم قانون اساسی:

«قوای مملکت ناشی از ملت است، طریقه استعمال آن قوی را قانون اساسی معین مینماید» قانون اساسی ایران اصل تفکیک قوا را پذیرفته و در اصل بیست و هفتم متمم قانون اساسی میگوید: «قوای مملکت بسه شعبه تجزیه میشود:

اول- قوه مقننه که مخصوص است بوضع و تهذیب قوانین و این قوه ناشی میشود از اعلا حضرت شاهنشاهی و مجلس شورای ملی و مجلس سنا و هر یک از این سه منشأ، حق انشاء قانون را دارد ولی استقرار آن موقوف است بعدم مخالفت با موازین شرعیه و تصویب مجلسین و توشیح بصحه همایونی، لکن وضع و تصویب قوانین راجعه بدخل و خرج مملکت از مختصات مجلس شورای ملی است.

شرح و تفسیر قوانین از وظایف مختصه مجلس شورای ملی است.

دوم- قوهٔ قضائیه و حکمیه که عبارت است از تمیز حقوق، و این قوه مخصوص است بمحاکم شرعیه در شرعیات و بمحاکم عدلیه در عرفیات.

سیم- قوهٔ اجرائیه که مخصوص پادشاه است، یعنی قوانین، و احکام بتوسط وزراء و مأمورین دولت بنام نامی اعلا حضرت همایونی اجراء میشود بترتیبی که قانون معین میکند»

اصل بیست و هشتم متمم قانون اساسی: «قوای ثلاثه مزبوره همیشه از یکدیگر ممتاز و منفصل خواهد بود»

قوه مقننه بر دو قسم است:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۱

اول- قوهٔ مقننه فوق العاده-

قوه مقننه فوق العـاده عبارت از مجلس مؤسـسان است که قوانین اساسـی مربوط بسازمان کشور را وضع مینمایـد. در ایران از ابتـدای مشروطیت تاکنون چهار مرتبه مجلس مؤسسان تشکیل شده است.

۱- در ذی‌قعده ۱۳۲۴ قمری که قانون اساسی را وضع نمود.

۲- در ۲۵ شعبان ۱۳۲۵ قمری که متمم قانون اساسی تصویب شد.

۳- در ۲۱ آذر ۱۳۰۴ شمسی که اصل ۳۶ و ۳۷ و ۳۸ قانون اساسی راجع بسلطنت تغییر یافت.

۴- در ۱۸ اردیبهشت ۱۳۲۸ شمسـی که چنـد اصل تغییر داده شد و در اصل الحاقی طرز تشـکیل مجلس مؤسـسان را برای بعد معین نمود که ذیلا متذکر میگردد.

اصل الحاقی متمم قانون اساسـی مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۲۸ شمسـی: «در هر موقعی که مجلس شورای ملی و مجلس سـنا هر یک جداگانه خواه مستقلًا خواه نظر بپیشنهاد دولت لزوم تجدید نظر در یک یا چند اصل معین از قانون اساسی یا متمم آن را باکثریت دو ثلث کلیه اعضـاء خود تصویب نماینـد و اعلا- حضـرت همـایون شاهنشـاهی نیز نظر مجلسـین را تأییـد فرماینـد، فرمان همایونی برای تشکیل مجلس مؤسسان و انتخابات اعضاء آن صادر میشود.

مجلس مؤسـسان عبـارت خواهـد بود از عـده‌ای که مسـاوی باشـد بـا مجموع عـدهٔ قانونی اعضاء مجلس شورای ملی و مجلس سـنا. انتخابات مجلس مؤسـسان طبق قانونی که بتصویب مجلسـین خواهد رسید بعمل خواهد آمد. اختیارات مجلس مزبور محدود خواهد بود بتجدیـد نظر در همـان اصـل یـا اصول بخصوصـی که مورد رأی مجلسـین و تأییـد اعلا- حضـرت همایون شاهنشاهی بوده است. تصـمیمات مجلس مؤسـسان بـاکثریت دو ثلث آراء کلیـهٔ اعضـاء اتخـاذ و پس از موافقت اعلا- حضـرت همـایون شاهنشاهی معتبر و مجری خواهد بود.

این اصل شامل هیـچ‌یک از اصول قانون اساسـی و متمم آن که مربوط بـدین مقـدس اسلام و مذهب رسـمی کشور که طریقهٔ حقهٔ جعفری اثنی‌عشریه میباشد و احکام آن، و یا مربوط

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۲

بسلطنت مشروطهٔ ایران است نمیگردد و اصول مزبور الی الابد غیر قابل تغییر است.

در مورد اصول چهار و پنج و شـش و هفت قانون اساسی و تفسیر مربوط باصل هفتم و همچنین در اصل هشت قانون اساسی و اصل چهـل و نه متمم آن با توجه بسابقه و قوانینی که نسـبت ببعضـی از این اصول وضع شـده است یک بار مجلس شورای ملی و مجلس سنا که پس از تصویب این اصل منعقد خواهند شد، بلافاصله پس از رسمیت یافتن مجلس در اصول مزبور تجدید نظر خواهند نمود و برای این منظـور مجلس واحـدی تحت ریـاست رئیس مجلس سـنا تشـکیل داده و اصـلاحات لازم را بـاکثریت دو ثلث آراء کلیهٔ اعضاء مجلسـین بعمل خواهد آورد تا پس از آنکه از طرف اعلا حضرت همایون شاهنشاهی تأیید گردید بصحه ملوکانه موشح شده معتبر و مجری خواهد بود»

دوم– قوهٔ مقننه عادی–

اشاره

طبق صریح اصل ۲۷ متمم قانون اساسی، قوهٔ مقننه ناشی از اعلا حضرت همایونی، مجلس شورای ملی و مجلس سنا میباشد و هر یک حق انشاء قانون را دارد ولی استقرار آن موقوف بتصویب مجلسین و توشیح بصحهٔ همایونی است. قانون ممکن است بوسیله دولت بمجلس پیشنهاد شود که آن را لایحه گویند. ممکن است قانون بوسیله یکی از مجلسین تهیه و مورد مذاکره قرار گیرد که آن را طرح نامند. در هر یک از دو صورت بالا ـ قانون پس از تصویب هر دو مجلس باید بتوشیح اعلا ـ حضرت همایونی برسد. توشیح عبارت از دستور اجراء قانون بوسیله اعلا حضرت همایونی میباشد. قوه مقننه عادی در وضع و تفسیر قوانین باید مقررات قانون اساسی را نصب العین خود قرار دهد و از حدود اختیاراتی که قانون مزبور باو داده است تجاوز ننماید.

حقوق طبیعی–

قوانینی که بوسیلهٔ قوه مقننه وضع میگردد باید ملایمت با طبع افرادی داشته باشد که بر آنان حکومت مینماید. چنانچه در قانونی این منظور، تأمین نشده باشد احترام افکار عمومی را فاقد خواهد بود و مردم زبان انتقاد می‌گشایند و آن را بر خلاف حق میدانند و میگویند رعایت عدالت در وضع آن نشده است و سعی مینمایند که از اجراء آن شانه خالی کنند. این امر نشان میدهد که بشر غیر از قوانین

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۳

موضوعه بوجود امر دیگری معتقد است که آن را حق میداند و قوانین موضوعه را با آن ترازو میسنجد. حقوقیین یونان آن را عدالت و عقل میدانستند رعایت آن را بر مقننین و همچنین بر دادرسان لازم میشمردند.

حقوقیین رومی معتقد بوجود حقوق طبیعی بودند که نسبت بتمامی افراد بشر عمومیت داشته و مختص بشهر روم نبوده است. در عصر کنونی نیز حقوقیین معتقد بوجود حقوقی غیر از حقوق موضوعه میباشند که آن را حقوق طبیعی نامند.

علمای علم اخلاق بر آنند که حق مزبور در همه وقت بر حقوق موضوعه برتری دارد.

در قسمت عمده‌ای از قرن نوزدهم میلادی حقوقدانان سعی داشتند ثابت کنند که حقوق طبیعی موجود میباشد که مبتنی بر حق و عدالت است و بر حقوق موضوعه مقدم میباشد.

حقوق طبیعی بنظر اینان مجموع حقوق فردی است که سرچشمه آزادیهای اقتصادی و سیاسی قرار گرفته و موجب محدودیت فعالیتهای دولت و آزادی او در وضع قوانین موضوعه شده است.

آنچه بنظر میرسد آنست که مغزهای افراد جامعه بدستورات مذاهب، اخلاق و عادات در قرون متمادی انس گرفته تا حدی که آن را حق و غیر قابل تغییر فرض نموده‌اند، و قوانین موضوعه را با آن میسنجند و هرگاه قوانین موضوعه موافقت با آن داشته باشد آن را حق و مطابق با عدالت میدانند و چنانچه بر خلاف آن مشاهده کنند آن را ظالمانه میشمارند و در نتیجه، تحملش بر آنها دشوار میگردد و ممکن است ایجاد انقلاب نماید و یا بمرور از گردونه اجتماع خارج شود، همچنانی که ممکن است پس از تحمل مشتقات بسیار و گذشتن چندین سال بآن عادت نمایند. بنابراین قوه مقننه نمیتواند چشم بسته قوانینی را وضع نماید و بر جامعه تحمیل کند، بلکه باید وضعیت جامعه را که از عوامل مختلفه تکوین شده است مورد نظر قرار دهد. آن عوامل عبارتند از: عادات، مذهب، اخلاق، وضعیت اقتصادی و وضعیت اجتماعی، هر یک از این عوامل قواعدی را در دسترس افراد جامعه گذارده‌اند که گردش زندگانی اجتماعی را اداره مینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۴

اموری که بر قوه مقننه رعایت آنها در وضع قانون لازم است عبارتند از:

الف- عادات قومی-

هر فرد باموری در اثر تکرار انس گرفته، چنانچه آن را ترک کند ناراحت میشود و گاه چندان بآن توجه دارد که نمیتواند خود را از ان بازدارد. اقوام نیز باموری انس گرفته‌اند که بنظر احترام بآن مینگرند و گاه چندان بآن مأنوس شده‌اند که سعادت خود را در آن جستجو میکنند و آن را مقدس میشمارند و در بعض امور بحد پرستش علاقه‌مند میباشند. سرچشمه این عادات گاه مذاهب قدیمه و گاه دیگر اوهام و تخیلات است که اقوام بدون توجه بمبدا آن را محترم میدارند. رفتار بر خلاف عادات قومی در بسیاری از موارد ایجاد تشنجات اجتماعی مینماید که گاه چندان عمیق خواهد بود که در مقابل آن هر قوه‌ای بزانو در می‌آید. بنابراین چون وضع قوانین برای برقراری نظم اجتماعی و بهبودی وضع جامعه میباشد، هیچ زمان قوهٔ مقننه قوانینی بر خلاف یکی از عادات قومی وضع نخواهد نمود تا موجب اضطراب و تشنج گردد، اگر چه آن عادت بالمال بزیان جامعه باشد. چون بهبود وضعیت جامعه نیز منظور دیگر از وضع قوانین است و باید اموری که بزیان جامعه است جلوگیری شود، لذا در اینگونه موارد همواره باید کوشید تا بوسیلهٔ تعلیمات علمی و تبلیغات از طرق مختلفه زمینه را برای جلوگیری از آن عادات و رسوم آماده کرد و سپس بوضع قانونی بر خلاف عادات قومی مبادرت نمود، اگر چه این امر احتیاج بمدت طولانی داشته باشد.

ب- دستورات مذهبی

دستورات مذهبی در ردیف عادات، مقام مهمی را در نظم روابط اجتماعی دارا است، زیرا افراد تحت فرمان روح ایمان و وجدان، خود را مطیع قوانین مذهبی میدانند و آن را صادر از خالق عالم و برتر از قوانین حقوقی میشمارند که بوسیلهٔ بشری مانند خود برای سعادت بشر وضع گردیده است، در ادوار متمادی اجتماعات بشری بوسیلهٔ قوانین مذهبی اداره میشده است و حکومتهای سیاسی که بعداً جانشین حکومتهای مذهبی شدند ناچار قوانین مذهبی را بنام قوانین عرفی خود پذیرفتند و افراد جامعه هم از تغییر نام چندان نهراسیدند.

در بعض ملل کنونی که روح ایمان در آنها بتدریج ضعیف شده، قوانین مذهبی جای

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۵

خود را بقوانین عرفی واگذار نموده است و کسانی که میان آنها علاقه‌مند بمذهب میباشند تکالیف مذهبی خود را جداگانه انجام میدهند.

نکتهٔ قابل توجه آنست مللی که رعایت اصول مذهبی را شعار خود میدانند، قوهٔ مقننه قوانین مذهبی را بصورت قوانین عرفی معرفی مینماید تا برای آنان قابل هضم باشد و ضمناً هم سعی مینماید که بوسیلهٔ بکار بردن حیله‌های مخصوصی از قبیل سکوت و یا ابهام در عبارت مواد قانونی، از حکومت بعض قوانین مذهبی سرپیچی کند و در بعض موارد هم توفیق حاصل مینماید. با اینگونه موارد در بحث تفصیلی حقوق مدنی ایران کم و بیش مواجه خواهید شد. نکتهٔ دیگر که توجه بآن لازم میباشد آنست که بسیاری از قوانین مذهبی در اثر طول زمان که در جامعه حکمفرمائی داشته، بصورت عادات ملی در آمده که افراد نه فقط آن را از نظر روح مذهبی رعایت مینمایند، بلکه بآن خو گرفته‌اند و مانند عادات قومی درآمده است.

قوانین مدنی ایران مخصوصاً قسمت احوال شخصیه بر پایه حقوق مذهب جعفری گذارده شده است، بدین معنی که تهیه کنندگان لایحه قانون مدنی مقررات مذهب جعفری را سر مشق قرار داده و فتاوی مشهور فقها را بصورت مواد قانونی در آورده و بوسیلهٔ قوهٔ

مقننه تصویب گردیده است. موجب روش مزبور آنست که اصل دوم متمم قانون اساسی در وضع قوانین رعایت مذهب جعفری را لازم دانسته است. اصل دوم متمم قانون اساسی: «مجلس مقدس شورای ملی که بتوجه و تأیید حضرت امام عصر عجل اللّه فرجه و بذل مرحمت اعلا حضرت شاهنشاه اسلام خلد اللّه سلطانه و مراقبت حجج اسلامیه کثر اللّه امثالهم و عامهٔ ملت ایران تأسیس شده است، باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیهٔ آن مخالفتی با قواعد مقدسهٔ اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیر الانام صلی اللّه علیه و آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامیه بر عهدهٔ علمای اعلام ادام اللّه برکات وجودهم بوده و هست لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیئتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند باین طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسامی بیست نفر از علما که دارای صفات مذکوره باشند معرفی بمجلس

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۶

شورای ملی بنمایند، پنج نفر از آنها را یا بیشتر بمقتضای عصر، اعضای مجلس شورای ملی باتفاق یا بحکم قرعه تعیین نموده بسمت عضویت بشناسند تا موادی که در مجلسین عنوان میشود بدقت مذاکره و غور رسی نموده هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیئت علماء در این باب مطاع و متبع خواهد بود. و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجهٔ عصر عجل اللّه فرجه تغییرپذیر نخواهد بود». هیئت علماء مذهبی مقرر در اصل بالا- برای نظارت و تشخیص مطابقت قوانین با مقررات مذهبی، در هیچ‌یک از ادوار تقنینیه انتخاب نشده است. علت این امر اشکالات عملی است که در اجراء آن موجود میباشد و این مختصر ایجاب ذکر آن را نمینماید.

ج- قواعد اخلاقی-

فلسفه هند و یونان که هم خود را مصروف تربیت روحی افراد نموده و تزکیهٔ روح را عامل اساسی نظم اجتماعی معرفی کرده‌اند، توانستند قواعدی را بافراد بیاموزند تا بوسیلهٔ اجراء آن بتوانند سعادت اجتماعی را بدست آورند. آن قواعد فلسفی که اکنون بصورت قوانین اخلاقی مورد عمل افراد جامعه است، نقش مهمی در آرامش اجتماع بازی میکند و کم و بیش توانسته است از خود خواهی افراد در اجتماع بکاهد و آن حس را تضعیف نماید. بنابراین قواعد اخلاقی همقدم با قوانین موضوعه هدف واحدی را تعقیب مینماید.

بسیاری از قواعد اخلاقی هستند که بقالب قوانین موضوعه در نیامده است، زیرا قوهٔ مقننه نخواسته حدود مداخلات خود را چندان توسعه بدهد که تمامی قواعد اخلاقی را لازم الاجرا بداند و برای متخلفین از آن جزاء مادی مقرر دارد، از آن قبیل است انفاق بحیوانات و دستگیری از ضعفا که بوسیله قواعد اخلاقی و قوانین مذهبی واجب شمرده شده است و قوانین موضوعه توجهی بآن نکرده‌اند. بالعکس در قوانین موضوعه بعض قواعدی یافت میشود که بر خلاف قوانین اخلاقی عالی شناخته میشود، مانند قوانین مربوط بمرور زمان که دادگاه با ایراد خوانده بمرور زمان چنانچه دعوی مشمول آن باشد رسیدگی بدعوی ننموده و در نتیجه این امر، حق خواهان تضییع میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۷

بعض قواعد اخلاقی یافت میشود که اصل در قوانین موضوعه قرار گرفته و در موارد بسیاری رعایت شده است، همچنانی که بسیاری از قواعد اخلاقی هستند که پایه و اساس قوانین مذهبی میباشد، از آن قبیل است: عدم تجاوز، بحقوق دیگران، عدم اضرار بغیر، ایفاء تعهدی که میشود و امثال آن.

د- وضعیت اقتصادی

ثروت طبق قواعدی در جامعه تولید و بین افراد توزیع میگردد. بعضی از این قواعد بمیل و ارادهٔ افرادی که تولید و توزیع را در دست دارند برای سهولت امر عمل میشود و بعضی دیگر هم بوسیلهٔ قوهٔ مقننه مقرر شده است. هر زمان که وضعیت اقتصادی کشور تغییر مینماید، ناسازگاری بین قوانین موضوعه که وضعیت سابق را اداره مینموده با وضعیت جدید هویدا میگردد. در این صورت لازم است قوانین نیز تا آنجائی که ممکن است تفسیر و یا تغییر داده شود، تا هم آهنگی که در خور وضعیت اقتصادی موجود است بدست آید. این امر بخوبی مشهود میگردد، چنانچه بحرانی در وضعیت اقتصادی کشور پیش آید.

و طوفان عمیقی در وضعیت اجتماعی آن کشور روی دهد و وضعیت سیاسی را متشنج گرداند بطوری که قوهٔ مقننه ناچار شود بعجلهٔ هر چه تمامتر چاره‌جوئی نموده و بوسیله وضع قوانین جدیدی تولید و توزیع را تحت نظارت دولت قرار دهد و از بحران جلوگیری کند تا بتواند نظم جامعه را حفظ بنماید. وضعیت اقتصادی در اجتماعات کنونی یکی از مهمترین عوامل مؤثر در قوانین موضوعه بشمار میرود و قوهٔ مقننه اگر هم بتواند از رعایت عادات، قواعد مذهبی یا اخلاقی بنحوی سرپیچی کند، در مقابل عامل اقتصادی سر تعظیم فرود آورده رعایت آن را بر خود لازم میداند، زیرا آن تنها عامل قوی است که هیچ قوهٔ در مقابلش نمیتواند ایستادگی کند و ممکن است اختلال آن اساس نظم جامعه را بر هم زند.

۴– انتشار قانون

اشاره

قانون پس از آنکه بتصویب مجلس سنا و شورای ملی رسید بصحه ملوکانه موشح میگردد. در این موقع مرحله قانون‌گذاری خاتمه پیدا مینماید، ولی لازم الاجراء نمیباشد، یعنی افراد ملزم باطاعت از آن نیستند، تا آنکه در روزنامه رسمی منتشر شود و مدت معینه بگذرد، زیرا نمیتوان کسی را بدون آنکه آگهی از قانونی داشته باشد مسئول دانست، چه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۸

این امر عقاب بلا بیان است و عقاب بلا بیان عقلا قبیح میباشد. بنابراین برای آنکه افراد از مفاد قوانین آگاه گردند تا پیروی از آن بنمایند بدستور ماده «۱» قانون مدنی: «قوانین باید در ظرف سه روز از تاریخ توشیح بصحه ملوکانه منتشر شود». منظور ماده از انتشار آگاه نمودن افراد از وضع قوانین میباشد.

انتشار قوانین بهر وسیله از قبیل اعلان و الصاق بدیوار یا گفتن از رادیو آن را لازم- الاجرا نمینماید. بلکه بدستور ماده «۳» ق. م: «انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی بعمل آید». منظور از روزنامه رسمی روزنامهٔ است که از طرف دولت چاپ میشود و یا آنکه دولت آن را بعنوان روزنامهٔ درج کنندهٔ قوانین معرفی بنماید، خواه هزینهٔ آن از بودجهٔ کشور داده شود یا روزنامه ملی باشد و دولت قوانین خود را برای انتشار باو بدهد. بنظر میرسد که روزنامه‌ای که انتشار قوانین را عهده‌دار میباشد باید تیراژ آن آن قدر زیاد باشد که بتمامی نقاط ایران برسد و ساکنین آن بتوانند از مفاد قوانین مندرجه آگهی یابند.

زمان لازم الاجرا بودن قوانین–

بدستور ماده «۲» ق. م: «قوانین در طهران ده روز پس از انتشار و در ولایات بعد از انقضاء مدت مزبور باضافه یک روز برای هر شش فرسخ مسافت تا طهران لازم الاجراء است، مگر اینکه خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر کرده باشد».

مدتی که در ماده بالا- برای لازم الاجرا بودن قوانین پس از انتشار در روزنامه رسمی در نظر گرفته شد، کافی است تا تمام افراد

کشور از مفاد آن قوانین آگاه گردند. تعیین مدت هر شش فرسخ یک روز برای افراد خارج از تهران که در ولایات هستند از نظر رعایت ساکنین قراء و قصبات و شهرستانهای دور افتاده است که اغلب بوسیلهٔ حیوانات از اسب و قاطر و الاغ بآن نقاط مسافرت مینمایند، تا آنان نیز از مفاد قوانین آگاه گردند.

دو امر راجع بزمان لازم الاجراء بودن قوانین باید تذکر داده شود:

الف- قانون در تمامی کشور ایران در یک روز اجرا نمیشود، بلکه در بعض از قسمتهای کشور زودتر و در بعض دیگر دیرتر اجرا میگردد، لذا دادرس هرگاه بخواهد تاریخ

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۷۹

اجراء قانون را در هر محلی بداند باید مسافت از طهران تا مرکز آن ولایت را احتساب نموده و برای هر شش فرسخ، یک روز در نظر بگیرد.

بنابراین تاریخ اجراء قوانین در قصبات و قراء واقع در هر یک از ولایات تابع مرکز ولایت مزبور است، زیرا در ماده احتساب مسافت از تهران با ولایات را در نظر گرفته شده است

ب- قانون، تاریخ لازم الاجراء بودن قوانین را نسبت به ایرانیانی که در خارج از کشور هستند متذکر نشده است. بنظر میرسد که نمیتوان بوسیلهٔ وحدت ملاک مسافت محل خارج از کشور را تا طهران در نظر گرفت و برای هر شش فرسخ یک روز احتساب نمود، بلکه عدالت اقتضا دارد مدت اجراء قانون را نسبت بدورترین نقطه سر حدی ایران منظور داشت.

آنچه گفته شد در صورتیست که در قانون تاریخ اجرای آن معین نشده باشد و الا چنانچه نظر بمصالحی تاریخ اجراء قانون زودتر یا دیرتر از تاریخ مذکور در مادهٔ بالا تعیین گردد از تاریخ تعیین شده آن، قانون لازم الاجراء خواهد بود.

تبصره- ماده «۹» قانون مدنی: «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است» بنظر میرسد که معاهدات و قراردادها از دو نظر در حکم قانون میباشد: یکی از نظر لازم الاجرا بودن و احترامی که تمامی افراد باید بآن بگذارند و رعایت مفاد آن را بنمایند و دیگر تاریخ اجراء آن که طبق ماده «۲» ق، م باید احتساب شود، مگر آنکه تاریخ اجراء در آن ذکر شده باشد.

۵- تفسیر قانون

اشاره

بعضی از قوانین مبهم میباشند و مفهوم و یا حدود آن معلوم نیست، لذا برای بدست آوردن منظور و رفع ابهام باید آن قانون تفسیر گردد.

تفسیری که از قانون میشود دارای ارزش حقوقی نیست، مگر آنکه متابعت از آن را قانون لازم بداند و آن در موردی است که تفسیر بوسیلهٔ مقامات رسمی بعمل آید. تفسیری که بوسیلهٔ مقامات رسمی میشود بر دو دسته است:

الف- تفسیر قانونی-

و آن تفسیری است که بوسیلهٔ قوهٔ مقننه از قانونی که قبلًا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۰

بتصویب رسیده بعمل آید.

قانونی که بعنوان تفسیر قانون دیگر تصویب میگردد، در حقیقت جنبهٔ توضیحی دارد و مبین قانون تفسیر شده میباشد و منظور و حدود قانون مزبور را تعیین مینماید. بعبارت دیگر اثرات قوانین تفسیری نسبت بما قبل خود است یعنی تاریخ اجراء آن همان تاریخ اجراء قانون تفسیر شده میباشد.

تفسیر قانون در عمل نادر است، و نوعاً قوه مقننه بجای آنکه بوسیلهٔ قانون جدیدی از قانون سابق رفع ابهام کند، مستقلًا وضع قانون کرده و صریحاً یا ضمناً قانون سابق را نسخ مینماید و از فوائد تفسیر میگذرد.

در ایران طبق اصل «۲۷» متمم قانون اساسی، تفسیر قوانین عادی بوسیلهٔ مجلس شورای ملی بعمل می‌آید، بدون آنکه مجلس سنا در آن مداخلهٔ کند.

قانون تفسیری مانند قوانین عادی بصحه ملوکانه توشیح و در روزنامه رسمی طبق ماد «۳» قانون مدنی انتشار می یابد.

چنانکه از قسمت اول اصل «۲۷» متمم قانون اساسی استنباط میشود، مجلس شورای ملی فقط میتواند قوانین عادی را تفسیر بنماید و نسبت بقانون اساسی چنین حقی باو داده نشده است و ماده دیگری هم در قانون اساسی ایران یافت نمیشود که مرجعی را برای تفسیر قانون اساسی صالح بداند. بنابراین طبق اصل کلی باید بر آن بود، تنها مرجعی که میتواند قانون اساسی را تفسیر کند مجلس مؤسسان است و آنچه تاکنون مجلس شورای ملی از بعض مواد قانون اساسی تفسیر کرده در اثر اشتباهی بود که در معنی اصل بالا روی داده است.

ب- تفسیر قضائی-

و آن تفسیری است که از مواد قانونی بوسیله دادگاهها در مقام صدور رأی در دعاوی بعمل می‌آید. ارزش تفسیر قضائی از قانون، فقط نسبت بدعوائیست که دربارهٔ آن رای صادر شده است. مثلا ارزش تفسیر قضائی دادگاه نخستین و پژوهشی از قانون فقط در قضیهٔ مطروحه‌ای میباشد که نسبت بآن رأی صادر کرده است، یعنی دادگاه بوسیلهٔ تفسیر خود در رأیی که نسبت بمورد دعوا داده است بآن قوهٔ قضیهٔ محکوم بها اعطا نموده و رأی مزبور

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۱

بین طرفین معتبر است همچنین است ارزش تفسیر شعب دیوان کشور در مورد رأیی که صادر مینماید، ولی چنانچه رأی بوسیلهٔ مجمع عمومی دیوان کشور داده شود بدستور ذیل ماده «۵۷۶» قانون آئین دادرسی مدنی، دادگاهی که رسیدگی بدعوی از طرف دیوان کشور بآن ارجاع شده مکلف است در دعوی مزبور از نظر مجمع عمومی تبعیت نمایـد و بر خلاف موارد دیگر در این مورد آزادی تفسیر را نخواهد داشت.

در بسیاری از کشورهای کنونی تفاسیر قضائی دادگاهها (نخستین، پژوهشی، فرجامی و اختصاصی) در مجموعه‌هائی جمع‌آوری و در دست رس عموم گذارده شده و هر ساله بتدریج مجلداتی از آراء دادگاهها که در آن سال صادر شده است منتشر میگردد. در این گونه کشورها آگاهی از آراء دادگاهها در بارهٔ تفسیر مواد بسیار آسان است، ولی در کشورهائی که این پیشرفت را در امور قضائی ننموده‌اند و آراء را آنگونه که شایسته است جمع‌آوری نمینمایند، اطلاع بر آراء دادگاهها در بارهٔ تفسیر مواد، دشوار و مشکل است و دادرسان خود نیز روش ثابتی در تفسیر قانون ندارند، زیرا آنچه عموماً موجب ثبات در تفسیر قانون میگردد، دست رسی داشتن بآراء دادگاهها است و الا- هرگاه آراء سابق آنها در دسترس دادرس در موقع صدور رأی نباشد، ناچار بنظر خود تفسیری از قانون مینماید و گاهی هم نظریه حقوقدانان را مورد مطالعهٔ قرار میدهد و از آن پیروی میکند

تذکر- تفسیر شخصی-

در مقابل دو تفسیر رسمی مذکور در بالا، تفسیر دانشمندان علم حقوق از قوانین میباشد که در مؤلفات خود بیان می‌کنند و گاه فروض حقوقی را تصور و حل مینمایند که دادگاهها در عمل کمتر با آن مواجه میشوند و گاه دیگر تفاسیر قضائی دادگاهها را مورد انتقاد قرار داده و اشتباهات دادرسان را گوش زد میکنند. تفسیر مزبور را تفسیر شخصی مینامند.

تفسیر شخصی هیچ‌گونه ارزش رسمی ندارد، ولی میتواند راهنمای پرارزش برای دادرسان در مقام صدور رأی قرار گیرد، همچنانکه میتواند در مقام تغییر و اصلاح و وضع قوانین کمک شایانی بقوهٔ مقننه کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۲

تبصره- جهل بقانون

اشاره

پس از آنکه قانون طبق مواد «۱» و «۳» ق. م. در روزنامهٔ رسمی انتشار یافت و مدت مقرر در ماده «۲» ق. م. قانون مدنی منقضی گردید لازم الاجراء میگردد. لازمهٔ این امر آنست که قانون نسبت بتمامی افرادی که برای آنها وضع شده شامل گردد، اگر چه در حقیقت عدهٔ هم جاهل بوجود قانون باشند.

این امارهٔ قانونی که در زبان فرانسهٔ Nul n, est cense ignorer la loi میگویند اگر چه در هیچ‌یک از مواد قانونی ذکر نگردیده، ولی یک اصل بدیهی حقوقی بشمار میرود که مورد موافقت همهٔ حقوقدانان قرار گرفته است و حقوقدانان رومی میگویند (Nemo censetur ignorare legem) امارهٔ قانونی مزبور مبتنی بر این عقیده است که با در نظر گرفتن وسائل لازم برای انتشار قانون و مدت کافی برای اطلاع افراد، هر کس که از آن آگهی نیافته مقصر میباشد و دعوی جهل از او پذیرفته نخواهد شد، تا آنجائی که میگویند، جهل بحکم، رفع مسئولیت نمیکند.

اشکالی که موجب تردید در پذیرفتن امارهٔ مزبور بطور اطلاق میشود، چند امر است که ذیلًا متذکر میگردد.

۱- روزنامهٔ رسمی که قوانین در آن درج میشود بمقدار کافی منتشر نمیشود و در دسترس همه نمیتواند قرار گیرد مخصوصاً در قراء و قصبات دور افتادهٔ از مرکز.

۲- در ایران که تقریباً بیش از صدی نود مردم آن بی‌سواد هستند نمیتوانند از مفاد قوانین که فقط در روزنامه رسمی منتشر میشود آگاه کردند، علاوه بر آنکه فهم قوانین احتیاج باطلاعات و فرهنگ عمومی بیشتری دارد که داشتن سواد یعنی قدرت خواندن روزنامهٔ رسمی بتنهائی کافی نمیباشد. بنابراین با توجه بوضعیت مردم ایران و طریق انتشار قانون چنانکه در ماده «۲» ق. م مذکور است. باید بر آن بود که دعوی جهل بقانون در دادگاه پذیرفته شود و با اثبات آنکه در دانستن قانون مقصر نبوده است مسئول شناخته نگردد، مگر آنکه گفته شود که مسئولیت افراد در مقابل قانون فرع بر علم آنان نیست، یعنی نظم عمومی اقتضا مینماید که افرد در مقابل قانون مسئول شناخته شوند، اگر چه از وجود و یا مفاد آن بی‌اطلاع باشند و گمان نمیکنم از نظر مدنی بتوان بطور مطلق از این عقیده پیروی نمود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۳

پرفسور رسل Rossel در شرح قانون مدنی سویس جلد اول چاپ دوم ص ۵۲ حکایت مینماید که، م. ل بریدل M. L. Bridel پیشنهاد نموده که دفتر اطلاعات قضائی مجانی تأسیس شود تا افراد بتوانند هر موضوعی را بخواهند از آن دفتر پرسش نمایند.

رسل میگوید: نظریات حقوقی و قضائی کنونی بر آنست که قانون پس از آنکه منتشر گردید هیچ‌کس نباید جاهل بآن باشد، و منافع اجتماعی ایجاب مینماید که قانون، بدون در نظر گرفتن اهمال و سوء امیال افراد، اجراء شود و اصولًا امارهٔ قانونی هر دلیل خلافی را رد مینماید، مگر در سه مورد:

۱- هرگاه قوهٔ قهریه موجب قطع رابطه شده باشد و مانع گردد که قانون باطلاع بعض افراد برسد.
۲- هرگاه موضوع قانون، حمایت و یا کمک از کسانی باشد که در اثر اشتباه یا حسن نیت عملی نموده‌اند، چنانکه در ماده «۲۳» قانون تعهدات سویس به بعد است که فرق بین اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی نمیگذارد.
۳- نسبت بکسانی که در خارج از کشور هستند، هرگاه امارهٔ قانونی شامل افرادی باشد که در کشور سکونت دارند. با پیشنهاد بریدل بتأسیس دفتر اطلاعات قضائی مجانی بهتر است پیشنهاد مادهٔ در قانون بشود که بقوهٔ قضائیه اجازه دهد جهل بقانون را در موردی که جهل بارز و قابل عفو است مورد توجه قرار دهند. برای مقننین با این امر موافق نیستند ولی امید دارد که هرگاه دادگاهها در رسیدگی بامری بیابند که اشتباه اساسی روی داده است فرق بین شبههٔ حکمیه و شبههٔ موضوعیه نگذارند
م. آ مانژر M. A. Manger در کتاب خود، عمل بامارهٔ قانونی مذکور در بالا را شدیداً تخطئه کرده و بر آن است که این فرضیه غیر از بقایای دوران بربریت چیز دیگری نیست، و در یک عصر قانون‌گذاری در ملل مترقی مورد نظر قرار گرفته که قابل مقایسه با دوران گذشته نمیباشد. عمل دولت سوئیس بآنکه بهر یک از اتباع کشور خود یک جلد قانون مدنی قبل از اجراء آن داده کافی نیست که فرضیهٔ کهنه و بی‌انصافانه عملی شود.
نه فقط کسی که از علم و دانش بی‌بهره است و بیم آن دارد که هرگاه امری را ترک کند
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۴
حق خود را از دست میدهد، بلکه اطمینان ندارد که بر خلاف عدالت محکوم گردد، زیرا او در محضر دادگاه دارای هیچگونه اسلحه‌ای که از خود دفاع بنماید نیست. بر خلاف آنچه در حقوق مدنی در مورد جهل بقانون گفته شده، در حقوق کیفری از نظر نظم عمومی جهل بقانون را موجب رفع مسئولیت نمیدانند و دلیل اثبات جهل از کسی پذیرفته نمیشود، مگر استثناء در مواردی که قانون علم را شرط مجرمیت دانسته باشد.
بنظر میرسد از نظر تحلیل عقلی باید بر آن بود که چنانچه جهل بقانون مدنی در اثر تقصیر شخص جاهل باشد، یعنی تسامح و اهمال در بدست آوردن حکم قانونی نموده است، جاهل مزبور در مقابل قانون مسئول میباشد که او را جاهل مقصر میگویند. ولی هرگاه جاهل در بدست آوردن حکم قانون اهمال ننموده باشد، مسئول نخواهد بود که او را جاهل قاصر گویند.
بنظر میرسد، باعتبار مورد، باید بین اقسام احکام قانونی فرق گذارد و جاهل مقصر را در احکام تکلیفی مسئول ندانست و در احکام وضعی مسئول شناخت.

در حقوق مدنی احکام باعتبار مورد بر دو قسمند: احکام وضعی، احکام تکلیفی.

۱- حکم تکلیفی-

حکم تکلیفی چنانکه از نام آن معلوم است عبارت از الزام بانجام امر یا ترک آن میباشد که نتیجهٔ ایجاد تکلیف مثبت یا منفی برای افراد مینماید. حکم تکلیفی مثبت، مانند حکم مذکور در ماده «۱۱۷۸» ق. م که میگوید: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانائی خود بتربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند».
حکم تکلیفی منفی، مانند حکم مزبور در ماده «۲۷۶» ق. م که میگوید: «مدیون نمیتواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف در آن شده است در مقام وفاء بعهد تأدیه نماید».
بعضی از حقوقیین اجازه در انجام و ترک امری را نیز از اقسام احکام تکلیفی شمرده‌اند، مانند اجازه مذکور در ماده «۱۱۱۱» ق. م که میگوید: «زن میتواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه بمحکمه رجوع کند، در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را بدادن آن محکوم خواهد کرد» و ماده «۱۱۳۳» ق. م که میگوید: «مرد میتواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد».

و مادهٔ «۱۱۴۸» ق. م که میگوید: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۵

اجازه رجوع در طلاق رجعی و همچنین اجازه رجوع واهب در هبه حکم است، و زوج و واهب میتوانند از اجازهٔ قانونی استفاده نموده از آن رجوع بنمایند و یا آنکه استفاده نکنند و بحال خود بگذارند.

۲- حکم وضعی-

اشاره

و آن عبارت است از وضعیت اعتباری در شیء که بنحوی از انحاء در شیء دیگری تأثیر مینماید، مانند سببیت، شرطیت، مانعیت و علیت و امثال آن.

الف- سببیت-

و آن وضعیت اعتباری است در شیء که در ایجاد شیء دیگری تأثیر مینماید، مانند وضعیت اعتباری حیازت، در حیازت اشیاء مباحه. تاثیر حیازت در تملک اشیاء مباحه، باعتبار سببیتی است که قانون برای عمل مزبور شناخته است. ماده «۱۴۰» ق. م.

میگوید: «تملک حاصل میشود:

۱- باحیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه.

۲- بوسیلهٔ عقود و تعهدات.

۳- بوسیلهٔ اخذ بشفعه.

۴- بارث».

ب- شرطیت-

و آن وضعیت اعتباری است در شیء که با وجود آن، سبب در ایجاد شیء دیگری تأثیر میکند، مانند وضعیتی که در زنده متولد شدن طفل در حین فوت مورث اعتبار شده است که قرابت سبب ارث بردن از متوفی میگردد. ماده «۸۷۵» ق. م میگوید:

«شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث میبرد که نطفهٔ او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد».

ج- مانعیت-

و آن وضعیت اعتباری است در شیء که از تأثیر سبب جلوگیری مینماید، مانند وضعیتی که در قتل مورث اعتبار شده که جلوگیری از ارث بردن وارثی که قاتل است مینماید. مادهٔ «۸۸۰» ق. م میگوید: «قتل از موانع ارث است ...»

د- علیت-

و آن وضعیت اعتباری است در شیء که با پیدایش آن، شیء دیگری بوجود می‌آید. علت ممکن است بسیط و یا مرکب از اجزائی باشد. علت بسیط مانند قصد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۶

انشاء ابراء (ارادهٔ حقیقی) که علت اسقاط حق دینی میگردد. چنانکه ماده «۱۹۱» ق. م میگوید: «عقد محقق میشود بقصد انشاء بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند».

علت مرکب مانند قصد انشاء هبه (ارادهٔ حقیقی) و قبض دادن مورد هبه که علت تملیک مال موهوب میگردد. چنانکه ماده «۷۹۸» ق. م میگوید: «هبه واقع نمیشود مگر با قبول و قبض متهب ...»

ه- صحت-

و آن وضعیت اعتباری است در شیئی که بآن اعتبار دارای آثار مخصوص حقوقی میگردد، مانند وضعیت موجود در ابراء ذمهٔ میت که موجب سقوط دین او میگردد. ماده «۲۹۱» ق. میگوید: «ابراء ذمهٔ میت از دین صحیح است».

- فساد-

و آن وضعیت اعتباری است در شیء که باعتبار مزبور نمیتواند آثار مخصوص حقوقی را دارا گردد، مانند وضعیت موجود در تأدیه دین بکسی که اهلیت ندارد، مذکور در ماده «۲۷۴» ق. م که میگوید: «اگر متعهد له اهلیت قبض نداشته باشد تادیه دو وجه او معتبر نخواهد بود». معتبر نبودن تادیه دین حاکی از فاسد بودن آن میباشد. وضعیت موجود در معامله شیء معین که بعنوان جنس خاص فروخته شده مذکور در ماده «۳۵۳» ق. م که میگوید: «هرگاه چیز معین بعنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت بآن بعض باطل است و نسبت بما بقی مشتری حق فسخ دارد».

ز- عدم نفوذ-

و آن وضعیت اعتباری است در عمل قضائی که با پیوست شدن رضایت دارای آثار مخصوص حقوقی میگردد، مانند عقد فضولی و مکره که بوسیلهٔ رضای مالک تنفیذ میشود، چنانکه ماده «۳۴۶» ق. م میگوید: «عقد بیع باید مقرون برضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست». و ماده «۳۴۲» ق. م که میگوید: «بیع فضولی نافذ نیست مگر بعد از اجازهٔ مالک، بطوری که در معاملات فضولی مذکور است».

آثار امور بالا «شرطیت، مانعیت، سببیت، علیت، صحت، فساد و عدم نفوذ) در عالم حقوق،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۷

اعتباری است، یعنی قانونگذار از نظر حفظ نظم اجتماعی تأثیر آنها را اعتبار نموده و افراد نمیتوانند از آثار آنها جلوگیری بنمایند، و بدین جهت آنها قابل اسقاط و نقل و انتقال نیستند.

چنانکه شوهر در طلاق رجعی نمیتواند حق رجوع در عده را از خود سلب کند که هرگاه رجوع بنماید عملش بلااثر باشد، ولی میتواند ملزم شود که از حق رجوع خود استفاده نکند و چنانچه استفاده بنماید مبلغی بعنوان وجه التزام بپردازد، و همچنین شوهر نمیتواند آن را بدیگری واگذار بنماید باین معنی که حق رجوع را مانند اموال خود بدیگری بدهد و دیگری دارای حق مزبور شود. تفویض حق رجوع بغیر، وکالت در رجوع نیست که صحت آن مورد اختلاف فقهاء میباشد و بنظر نگارنده اشکالی در توکیل آن نیست.

بنابر آنچه در جهل بحکم گذشت، کسی که عمل قضائی انجام دهد و جاهل باشد بآنکه فلان قاعدهٔ حقوقی، شامل مورد مزبور و یا شامل نتایج و آثار آن میگردد، مرتکب اشتباه حکمی شده است و اشتباه مزبور اراده را معلول ساخته است. بنابراین شبهه حکمی در

ردیف شبهه موضوعی میباشد و هرگاه ارزش و اعتبار عمل قضائی که در آن اشتباه روی داده مورد نظر قرار بگیرد باید آن اشتباه را مؤثر دانست.

تذکر – جهل همگانی –

در بعض موارد ممکن است بجهتی از جهات تمامی افراد جاهل بقانونی باشند که باید آن را اجرا نمایند. این امر ممکن است در موردی پیش آید که قانون برای منطقهٔ دور از مرکز وضع گردد، یا اجراء قانون در هر ناحیه بعهده دولت واگذار شده باشد. مثلًا طبق ماده «۴۷» ق. ثبت اسناد و املاک، هرگاه وزارت دادگستری لازم بداند میتواند دفتر اسناد رسمی تأسیس بنماید و ثبت صلح‌نامه، هبه‌نامه و شرکت‌نامه را اجباری نماید و بدستور ماده «۴۸» قانون ثبت، از آن تاریخ در هیچ‌یک از دادگاهها و ادارات اسنادی که باید طبق ماده بالا ثبت گردد پذیرفته نمیشود. بنابراین هرگاه وزارت دادگستری بدستور ماده «۴۷» ق. ثبت، در منطقهٔ دور دستی ثبت اسناد بالا را اجباری گرداند و در روزنامه اعلام کند و اهل آن منطقه از این امر آگاه نگردند، بنظر میرسد که جهل مزبور باید مورد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۸

توجه دادرس قرار گیرد اگر چه دادرسان کمتر توجهی باین امر مینمایند.

باب دوم – اقسام حقوق

اشاره

قواعد حقوقی باعتبار موضوع باقسام ذیل منقسم میشود:

از نظر حدود حکومت قانون بر یک کشور، ممکن است آن را بدو قسمت ابتدائی تقسیم نمود: داخلی یا ملی، خارجی یا بین المللی.

اول – حقوق داخلی یا ملی

اشاره

حقوق داخلی یا ملی عبارت از قواعدی است که در یک کشور حکومت میکند.

اقسام حقوق داخلی یا ملی- حقوق داخلی یا ملی از دیر زمانی دارای یک تقسیم اساسی بوده است و آن تقسیم حقوق بخصوصی و عمومی میباشد.

۱– حقوق خصوصی –

اشاره

و آن عبارت از قواعدی است که در روابط افراد با یکدیگر از نظر نفع آنان حکومت میکند.

حقوق عمومی چنانکه شرح آن بعداً خواهد آمد قواعدی است که راجع بتشکیلات کشور و فعالیتها و خدمات عمومی دولت میباشد.

از نظر حفظ نظم جامعه منافع اجتماعی بر منافع افراد مقدم میباشد و بدین جهت در مورد تعارض بین حقوق عمومی و خصوصی در مرحلهٔ قانون‌گذاری، حقوق عمومی بر حقوق خصوصی برتری داده شده است.

در ادوار تاریخی حقوق خصوصی قبل از حقوق عمومی بوجود آمده مورد مطالعات علمی قرار گرفت و بدین جهت در حقوق خصوصی تحقیقات عمیقی انباشته شده که مبنای حقوق عمومی قرار گرفته است.

در حقوق خصوصی اصول و قواعدی مشاهده میشود که علم حقوق بر آن بنا شده و تمامی اقسام حقوق خصوصی بر طبق آن قواعد تنظیم گردیده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۸۹

اقسام حقوق خصوصی عبارت است از:

الف- حقوق مدنی-

اصطلاح مزبور که از حقوق اروپا گرفته شده سرچشمهٔ خود را از حقوق رومی میگیرد و ترجمهٔ کلمهٔ Jus civile میباشد.

حقوق مدنی نزد رومیان بحقوق رومی‌ها (حقوق کویریت) گفته میشده و در مقابل آن حقوق بشر Jus gentium بوده که شامل تمامی افراد رومی و غیر رومی میشده است. بتدریج اصطلاح حقوق مدنی معنی خود را تغییر داده و بمعنی حقوق خصوصی استعمال شده و رفته رفته در معنی کنونی متداول گردید.

حقوق مدنی در اصطلاح کنونی عبارت است از قواعد حقوقی که در روابط عادی افراد با یکدیگر حکومت میکند. بنابراین حقوق مدنی در امور خانواده، دارائی، قراردادها، ارث و امثال آن گفتگو مینماید.

ب- حقوق آئین دادرسی مدنی-

اشاره

و آن قواعدی است که روش افراد را برای بدست آوردن حقوق مدنی و یا دفاع از آن در مقابل دادگاه بیان مینماید. بدین جهت میتوان گفت حقوق آئین دادرسی مدنی قسمت مکمل قانون مدنی است، زیرا بدون آن صاحب حق نمیتواند حمایت از حقوق خود را از قوه حاکمه بخواهد.

در اجتماعات علاوه بر روابط عمومی که افراد با یکدیگر دارند. روابط مخصوصی بین دستجاتی از صاحبان حرفه‌ها و یا صنعتها موجود است که قوانین مخصوصی برای هر یک از آن‌ها وضع شده است، از آن قبیل است:

یک- حقوق تجارت-

حقوق مزبور روابط بین تجار و مقررات مربوط بامور تجاری را بیان مینماید، مانند شرکتها، چک، برات، سفته و امثال آن.

دو- حقوق کشاورزی-

حقوق مزبور مربوط بتوسعه و بهبودی کشاورزی و استفادهٔ از اراضی و روابط بین مالکین و کشاورزان میباشد.

سه- حقوق صنعتی-

حقوق مزبور امور مربوط بصنعتگران و صنایع را بیان مینماید.

چهار- حقوق کار-

حقوق مزبور روابط بین کارگر و کارفرما را بیان مینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۰

قوانین خصوصی دیگری نیز موجود است و با پیشرفت تمدن بر عدهٔ آنها افزوده میشود.

۲- حقوق عمومی-

اشاره

حقوق عمومی عبارت از قوانینی است که سازمان دولت و روابط بین دولت و افراد را معین میکند. بعبارت دیگر حقوق عمومی قواعدی است که افراد را از نظر نفع عمومی اداره مینماید.

اقسام حقوق عمومی عبارت است از:

الف- حقوق اساسی-

و آن قواعدی است که سازمان اساسی و قوای مملکت و حدود اختیارات هر یک را معین مینماید. حقوق مزبور بوسیلهٔ نمایندگان فوق العاده که از طرف ملت انتخاب میشود و مجلس مخصوصی را بنام مجلس مؤسسان تشکیل میدهند وضع میگردد.

ب- حقوق اداری-

اشاره

و آن قواعدی است که راجع بسازمانهای وزارت خانه‌ها و ادارات و استخدام کارمندان و روابط بین آنها و افراد کشور میباشد.

بعض از قوانین هستند که جزء مقررات حقوق عمومی میباشد، ولی از نظر تماس زیادی که با افراد دارد و قواعد آن در روابط بین افراد رعایت میگردد بستگی بحقوق خصوصی دارد، مانند حقوق کیفری.

حقوق کیفری

حقوق کیفری قواعدی است که اعمال مخالف انتظامات عمومی را بیان مینماید و مجازاتی که در خور آن‌ها است معین میکند. آئین دادرسی کیفری نیز از متعلقات آن محسوب میگردد.

دوم- حقوق بین المللی یا خارجی

اشاره

حقوق بین المللی عبارت از قواعدی است که روابط بین ملل مختلفه را بیان مینماید و آن نیز بنوبهٔ خود بر دو قسمت تقسیم میگردد: عمومی، خصوصی.

الف- حقوق بین الملل عمومی-

و آن عبارت از قواعدی است که روابط بین ملل مختلفه را در زمان صلح و جنگ معین میکند. حقوق بین الملل عمومی در بین اقسام حقوق از قسمت جزائی محروم است و بیشتر شباهت بقواعد اخلاقی دارد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۱

ب- حقوق بین الملل خصوصی-

و آن قواعدی است که روابط بین افراد کشور را با افراد کشورهای دیگر یا دولت آن کشورها معین مینماید.

باب سوم- آثار حقوقی قوانین

اشاره

قوانین یا حقوق موضوعه چنانکه گذشت موجودی است مانند موجودات مادی که در زمان و مکان زندگانی مینماید، بدین جهت آثار حقوقی قوانین در دو مبحث شرح داده میشود:

۱- حدود حکومت قانون در زمان

اشاره

حقوق مانند حیوانات و نباتات دارای حیات است که متولد میشود و پس از آنکه مدتی زندگانی مینماید میمیرد. دوران حیات قانون که دوران حکومت قانون نامیده میشود، از تاریخ لازم الاجراء بودن قانون که زمان تولد آن است شروع میشود و تا تاریخ لازم الاجرا شدن قانون ناسخ ادامه دارد و بوسیلهٔ آن نابود میگردد.
قانون دارای مراحل ذیل میباشد:

الف- وضع قانون-

وضع قانون عبارت از تصویب پیشنهاد یا طرح از طرف قوهٔ مقننه است و آن اولین مرحله پیدایش حقوقی قانون میباشد. تصویب قانون کافی برای آنکه لازم الاجرا گردد نخواهد بود، بلکه باید بتوشیح همایونی رسیده و دستور اجراء آن صادر شود، و پس از انتشار در روزنامهٔ رسمی و گذشتن مدت معینه در ماده «۲» ق. م لازم الاجرا میگردد. گاه ممکن است بجهتی از جهات تاریخ لازم الاجرا گشتن قانون در خود قانون تعیین و یا آنکه بعهدهٔ قوهٔ مجریه گذارده شود.

ب- نسخ قانون-

اشاره

نسخ در لغت عرب بمعنی ازاله و ابطال میباشد و در اصطلاح حقوقی رفع حکم قانونی است بوسیلهٔ قانون دیگری که بعداً تصویب شده باشد. قانون سابق را منسوخ و لاحق را ناسخ گویند. نسخ قانون مانند تصویب آن بوسیلهٔ قوهٔ مقننه بعمل می‌آید و باید بتوشیح همایونی برسد و در روزنامه رسمی منتشر گردد و پس از گذشتن مدت معینه در ماده «۲» ق. م. لازم الاجرا خواهد بود، زیرا نسخ بوسیلهٔ قانون بعمل می‌آید و قانون

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۲

مادام که منتشر نشود و مدت معینه نگذرد قابل اجرا نمیگردد. در تاریخ اجرای قانون ناسخ، دوران زندگانی قانون منسوخ خاتمه پیدا مینمایند.

بعض از قوانین هستند که راجع بامر معین میباشند، مانند قوانین بودجه و متمم آن که مربوط بدخل و خرج تمامی کشور یا بعض تشکیلات دولت برای مدت یک سال یا کمتر است، و بعض از قوانین موقت میباشد، یعنی دوران حکومت آن مدت معینی است که در خود قانون ذکر شده است، مانند قانون حکومت نظامی که مدت آن در هر مورد در خود قانون ذکر میگردد. در هر یک از دو صورت بالا دوران حکومت قانون از حدود معینه تجاوز نمیکند و حکومتش بخودی خود پس از انجام امر و یا انقضاء مدت معینه بدون آنکه نسخ گردد سپری میشود.

قوانین عموماً برای امور کلی و بدون مدت وضع میگردد، اینگونه قوانین دائمی میباشند و مادام که نسخ نشود حکومت خود را ادامه میدهد.

نسخ بر دو قسم است: صریح و ضمنی:

یک – نسخ صریح –

و آن در موردی است که در قانون مؤخر صریحاً قانون سابق نسخ شده باشد. چنانکه در آخرین ماده بسیاری از قوانین دیده میشود که تصریح شده است، فلان قانون نسخ میگردد.

دو – نسخ ضمنی –

و آن در موردی است که قانون مؤخر نسبت بموضوع قانون مقدم حکمی را بیان نماید که با حکم سابق تضاد داشته باشد و نتوان بهر دو قانون در یک زمان عمل نمود.

در صورتی که دو قانون که با یکدیگر تعارض دارند یکی عام و دیگری خاص باشد، بطریق ذیل عمل میشود:

۱- در صورتی که تاریخ تصویب قانون خاص مؤخر بر قانون عام باشد، قانون خاص تا حدودی که با یکدیگر تعارض دارند قانون عام را نسخ نموده و بقیه آن بحکم خود باقی میماند. یعنی دائرهٔ عام بوسیلهٔ قانون خاص محدود میگردد. مثلًا ماده «۲۱۰» و «۲۱۱» قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷) بر آنست که متعاملین باید اهلیت داشته باشند و آن در صورتی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۳

است که بالغ، عاقل و رشید باشند. مادهٔ «۱۲۱۲» و «۱۲۱۴» در جلد دوم قانون مدنی (مصوب ۱۳۱۴) مقرر داشته که صغیر ممیز و غیر رشید میتوانند قبول تملک بلا عوض بنمایند. دو دسته مواد با یکدیگر تعارض دارند. برای رفع تعارض گفته میشود که اهلیت یعنی داشتن بلوغ، عقل و رشد برای متعاملین لازم است، مگر در صورتی که تملک بلاعوض باشد که در این صورت صغیر ممیز و غیر

رشید میتوانند آن را قبول نمایند.

۲- در صورتی که تاریخ تصویب قانون عام، مؤخر بر تاریخ تصویب قانون خاص باشد، در وضع قانون عام ممکن است یکی از دو نظر ذیل را مقنن داشته است:

الف- قانون عام قانون خاص را نسخ نموده و حکومت آن را برطرف ساخته است، زیرا فرض آنست که مقنن با توجه بقانون خاص سابق، قانون عام را وضع نموده و هرگاه در نظر داشت که حکومت قانون خاص باقی بماند. عقلا باید در ذیل قانون عام، این امر را بیان نماید.

ب- قانون عام قانون خاص را نسخ ننموده است، بلکه حکومت عام در غیر مورد خاص میباشد.

برای بدست آوردن منظور مقنن بیکی از دو امر بالا، میتوان از دقت در مفاد دو قانون عام و خاص، از حیث موضوع و حکم آن کمک خواست و بدین وسیله نوعاً نظر مقنن معلوم میگردد.

چون دوران حکومت قانون معلوم گردید، اشکال دیگری باید حل شود و آن دانستن تأثیر قانون جدید در اموری میباشد که طبق قانون سابق که منسوخ است انجام شده و یا اموری که بر آن مترتب میگردد و هنوز انجام نشده است. مثلا هرگاه دعوائی راجع بوصیتی در دادگاه مطرح باشد که در زمان حکومت قانون سابق تنظیم شده است، جا دارد تردید شود که آیا نسبت بآن، قانون زمان وصیت باید رعایت شود، یا قانون زمان فوت موصی، یا قانونی که در زمان صدور حکم موجود است، برای حل این امر قاعدهٔ عدم تأثیر قانون در ما قبل باید سرمشق قرار داده شود.

قاعدهٔ عدم تأثیر قانون در ما قبل-

قاعدهٔ مزبور که در اصطلاح حقوقی قاعدهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۴

عدم عطف بما سبق نیز نامیده میشود، حدود حکم فرمائی قوانین را در زمان معین مینماید.

قانون مدنی قاعدهٔ مزبور را در ماده «۴» بیان کرده است. ماده «۴» ق. م: «اثر قانون نسبت بآتیه است و قانون نسبت بما قبل خود اثر ندارد، مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت باین موضوع اتخاذ شده باشد». بنابراین قاعده، هر قانونی ناظر باموری است که پس از تاریخ اجراء آن قانون موجود میگردد و نسبت باموری که طبق قانون سابق انجام شده است تأثیر نخواهد داشت.

قاعدهٔ عدم عطف بما سبق برای جلوگیری از آنست که افراد از بیم الغاء آثار اعمال قضائی گذشته بوسیلهٔ وضع قانون جدید، دست از کارهای خود بکشند و در نتیجهٔ آن، در فعالیتهای اجتماعی و اقتصادی رکود پیش آید.

چنانکه ماده «۴» ق. م تصریح مینماید قاعدهٔ مزبور قضائی است، یعنی راهنمای دادرسان در تطبیق قانون با موارد خارج است که حدود اجراء قانون را در زمان در نظر داشته باشند و از قواعد اساسی بشمار نرفته است که اختیار قوهٔ مقننه را محدود نماید، و اجازه ندهد قوانینی وضع نماید که آثار آن را بما قبل سرایت دهد، بلکه مقنن صراحهٔ در ذیل مادهٔ بالا، برای خود حق وضع قوانینی که سرایت بما قبل نماید گوشزد میکند.

نکته‌ای که باید توجه داشت آنست که قانون جدید اگر چه حکمفرمائی خود را پس از لازم الاجرا شدن شروع مینماید و تمامی امور را تحت اختیار میگیرد، ولی نمیتواند در حقوقی که افراد طبق قانون سابق بدست آورده‌اند حکومت نماید، حقوق مزبور را حقوق مکتسبه نامند.

حقوق مکتسبه

حقوق مکتسبه که آن را حقوق ثابته نیز گویند، چنانکه از نام آن معلوم میباشد حقوقی است که برای افراد در زمان حکومت قانون سابق ایجاد شده است.

اینگونه حقوق بـا نسخ قـانون موجـد حق زائـل نمیگردد. بالعکس حقوق محتمله که هنوز موجود نشـده و ممکن است بعـداً موجود گردد. اگر چه سبب آن پیـدایش یـافته باشـد، که تـابع مقررات قـانون جدیـد خواهـد بود. مثلا قبل از قانون راجع بر شـده متعاملین مصوب ۱۳ شهریور

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۵

۱۳۱۳ در ایران قـانون مصوبی که اهلیت متعاملین را معین نمایـد موجود نبود و طبق قوانین اسـلامی عمل میشـده است، و کسانی که بسن بلوغ شرعی (۱۵ سـال در پسـر و ۹ سال در دختر) رسیـده بودنـد میتوانسـتند معامله بنماینـد. سـپس قانون راجع برشـد متعاملین گذشت و کسانی که بسن هیجده سال تمام نرسیده غیر رشید محسوب گردیدند.

قـانون راجع برشـد متعـاملین نمیتوانـد در معاملاـتی که قبلاـ طبق مقررات قانون اسـلام بوسـیلهٔ کسانی که کمتر از هیجـده سال تمام داشـته‌اند واقع شـده است خللی وارد آورد، زیرا طبق قاعـده عـدم عطف بمـا سـبق، قانون مزبور نمیتوانـد وضـعیت حقوقی معاملات گذشته را تغییر دهد.

حقوقی که اشـخاص بوسـیله معاملات سابق دارا شده‌اند از حقوق مکتسـبه آنان بشمار میرود، ولی اشخاص مزبور که در زمان قانون راجع برشـد متعاملین هیجـده سال تمام ندارنـد، پس از تصویب قانون مزبور غیر رشـید میگردنـد و دیگر نمیتوانند در اموال و حقوق مالی خود تصرف نمایند، اگر چه قبل از آن میتوانستند، زیرا رشد از حقوق ثابتهٔ آن اشخاص نمیباشد.

چنانکه گـذشت عدم تأثیر قانون در ما قبل و رعایت حقوق ثابته افراد از نظر حفظ نظم اجتماعی و جلوگیری از رکود بازار اقتصادی و فعالیتهای افراد است. بنابراین هرگاه در مواردی قوهٔ مقننه متوجه شود، رعایت حقوق مکتسـبه که بعض افراد در نتیجـهٔ اجراء قانون سـابق بـدست آورده‌انـد، مانع از برقراری نظم عمومی خواهـد بود، در قانون جدیـد تصـریح بتأثیر قانون مزبور نسـبت بزمان گذشـته خواهد نمود و حقوقی که بوسیلهٔ قانون سابق بوجود آمده و از حقوق مکتسبه است ملغی مینماید.

۲- حدود حکومت قانون در مکان

اشاره

حکـومت قـانون در مکـان از دو نظر مورد توجه قرار میگیرد: کشوری که قـانون در آن حکومت مینمایـد که آن را حکومت محلی قانون مینامند و اشخاصی که قانون نسبت بآنها حکومت میکند که آن را حکومت شخصی قانون گفته‌اند.

الف- حکومت محلی قانون La territorialite du droit

قانون در کشوری که برای آن وضع شده است حکومت مینماید، زیرا حکومت قانون تابع قدرت حکومتی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۶

میباشد که آن را وضع کرده است و آن بسرحدات سیاسـی کشور خاتمه میپذیرد. بنابراین قانون نسبت بتمامی اشخاص و اموالی که در کشور موجود هستند اجرا میگردد. قاعدهٔ مزبور اکنون مورد عمل است.

ب- حکومت شخصی قانون La personnalite du droit

اشاره

حکومت شخصی قانون مبتنی بر تابعیت و انتساب فرد بیک جمعیت میباشد. بنابر قاعدهٔ مزبور هر فرد تابع قوانین ملی خود است، اگر چه در خارج از کشور اقامت داشته باشد. این قاعده که قوانین را بسته بطبیعت افراد میداند بر آنست که قوانین همواره با افراد همراه است و از آنان منفک نمیگردد.

عقیده مزبور در حقوق ملل قدیمه اسلام، رم، ژرمن سابقه دارد.

اجراء دو قاعدهٔ مذکور در بالا (حکومت محلی قانون و حکومت شخصی قانون) در مورد کسانی که در کشورهای بیگانه زندگانی میکنند تعارض پیدا مینماید، زیرا شخص مزبور باید از طرفی تابع قانون کشوری باشد که در آنست و از طرف دیگر تابع قانون کشور متبوع خود باشد، و یک فرد نمیتواند در یک زمان تابع دو قانون محلی و شخصی قرار گیرد، لذا دائرهٔ حکومت هر یک از دو قاعده بجهاتی که ذیلا دیده میشود محدود گردیده است.

قاعدهٔ محلی بودن قانون و همچنین شخصی بودن قانون، هیچ زمان بطور مطلق اجرا نگردیده و بتناسب مختلفی تلفیق شده است،

حقوقیین قرون وسطی دو دسته از قوانین را با یکدیگر فرق گذارده‌اند.

یک – قوانین عینی Ies status persoanelds

که بر اموال حکمفرمائی میکند و قاعده حکومت محلی قانون نسبت بآنها اجرا میگردد.

دو – قوانین شخصی – les status personnels

که مربوط بوضعیت‌های افراد است و قاعدهٔ حکومت شخصی قانون نسبت بآن اجرا میشود.

اجراء نظریه)status (فرق بین قوانین عینی و شخصی) مذکور در بالا. در مواردی که موضوع بسیط و از مصادیق عینی بودن و یا شخصی بودن قوانین است بسی آسان میباشد، ولی در مواردی که امری مرکب از عینی و شخصی است، باید وضعیتها را از یکدیگر تفکیک نمود و هر یک را

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۷

تابع مقررات مربوط بخود دانست. مثلاـ هرگاه سندی در خارج از کشوری تنظیم گردد و در کشور مورد رسیدگی دادگاه قرار گیرد، آن سند زمانی معتبر خواهد بود که صورت سند طبق مقررات محل تنظیم سند باشد و اهلیت طرفین معامله طبق قانون کشور متبوع آنان.

رعایت قوانین کشورهای مختلفه نسبت بیک فرد ممکن است موجب اصطکاک آن قوانین با یکدیگر شود که موضوع حقوق بین الملل خصوصی قرار میگیرد.

مقننین ایران چنانکه ذیلا دیده میشود با نظریه status موافق هستند و بین دو قاعده شخصی بودن و محلی بودن قوانین تلفیق کرده‌اند.

الف – محلی بودن قوانین

اشاره

قوانین در تمامی خاک کشوری که برای آن وضع گردیده دارای قوهٔ اجرائی است، و قوهٔ مزبور به سرحدات کشور پایان می‌یابد،

زیرا قوهٔ اجرائی قانون منوط بحق حاکمیت دولتی است که از آن حمایت مینمایـد و آن محـدود بحدود سیاسـی کشور میباشد. برای روشن شدن این امر، هر یک از اقسام قوانین جداگانه مورد دقت قرار میگیرد:

یک – قوانین راجع بحق حاکمیت

قـوانین راجـع بحـق حـاکمیت عبـارت است از: قـوانین کیفری، پلیسـی و انتظامـات عمـومی و همچنین است قوانین راجع بعوارض و مالیاتهـا و امثال آنها، قوانین مزبور که راجع باعمال حق حاکمیت دولت است، فقط میتوانـد در خاک کشوری اجرا گردد که دولت آن دارای حـق حـاکمیت است و اجراء آن در پشت سـرحدات کشـور تجـاوز بحق حـاکمیت دولتهـای بیگـانه خواهـد بود و این امر منافات با حق استقلال آن کشورها دارد.

دو – قوانین راجع باشخاص

اشاره

قوانین ایران شامـل کلیه اشخاصـی است که در خـاک ایران هسـتند، اگر چه از اتبـاع دول بیگـانه باشـند (خواه آنـان در ایران اقامت داشته یا سکونت و یا آنکه سیاح باشند و یا بعنوان ترانزیت از خاک ایران بگذرند).

قانون مدنی طبق ماده «۵» مقرر میدارد: «کلیهٔ سکنهٔ ایران اعم از اتباع داخله و خارجه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۸

مطیع قوانین ایران خواهنـد بود، مگر در مواردی که قـانون اسـتثناء کرده باشـد». چنـانکه در ذیـل ماده بالا تصـریح گردیـده بعض از قوانین ایران بجهتی از جهـات شامـل اتباع بیگانه در ایران نمیگردد. این است که ماده «۹۶۱» ق. م میگویـد: «جز در موارد ذیل اتباع خارجه نیز از حقوق مدنی متمتع خواهند بود:

۱- در مورد حقوقی که قانون آن را صراحتاً منحصر باتباع ایران نموده و یا آن را صراحتاً از اتباع خارجه سلب کرده است.

۲- در مورد حقوق مربوط باحوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده.

۳- در مورد حقوق مخصوصه که صرفاً از نقطه نظر جامعه ایرانی ایجاد شده باشد».

باری طبق محلی بودن قوانین، بیگانگانی که ساکن ایران هسـتند از حقوق مدنی برخوردار میباشـند مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. و آنها عبارتند از:

۱- حقوقی که قانون صراحهٔ منحصر باتباع ایران نموده است.

۲- حقوقی که قـانون صـراحهٔ از اتباع خارجه سـلب کرده است،ماننـد عـدم تملک املاک مزروعی و غیر منقول که بیش از مقـدار معین باشد (مستفاد از قانون مصوب ۱۶ مرداد ۱۳۱۰) این امر برای جلوگیری از نفوذ سیاسـی بیگانگان میباشد که سوابق تاریخی در بعضـی کشورهای خارجه دارد که با خریداری املاک بسیاری در یک ناحیه از کشور، آن را بصورت مستعمره در آورده و بتدریج آن قسـمت را تجزیه نمودهانـد. این گـونه محـدودیت در بسـیاری از کشورهـای دیگر نیز موجود است. همچنین است عـدم اشـتغال ببعض انواع تجارت، صـنعت و حرفه. این محدودیت از نظر آنست که بیگانگان در اثر اشـتغال بکار، ایجاد بیکاری برای اتباع دولتی مینماینـد که در آن سـکونت دارنـد و وضـعیت اقتصـادی را متزلزل میسازنـد. محـدودیت مزبور تقریبـاً در تمامی کشورهای اروپا و بسیاری از کشورهای دیگر جهان موجود است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۹۹

۳- در مـورد حقـوق مربوط بـاحوال شخصـی که قـانون دولت متبوع تبعه خـارجه آن را قبول نکرده است، ماننـد نکـاح دوم (تعـدد

زوجـات) و آزاد بودن شوهر در طلـاق زن خود، زیرا اینگونه قوانین نوعـاً بر خلـاف اخلـاق حسـنه و نظم عمومی و عـادات ملی در کشورهای خارجه بشمار میرود و دولت ایران از نظر اصول اجتماعی رعایت آن را مینماید.

استثناء مزبور در موردیست که (طبق قرارداد و عهـدنامه بین دولت ایران و دولت بیگانه و یا نزاکت بین المللی قانون مربوط باحوال شخصیه دولت متبوع تبعه خارجه نسبت بآنها اجرا نگردد).

رعایت قوانین احوال شخصـیه دولت بیگانه نسبت باتباع آن که در ایران هسـتند بدستور ماده «۷» ق. م «اتبـاع خارجه مقیم در خاک ایران از حیـث مسائـل مربـوطه بـاحوال شخصـیه و اهلیت خـود و همچنین از حیث حقـوق ارثیه در حـدود معاهـدات مطیـع قـوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

شرح مادهٔ بالا در ماده مزبور دو امر باید مورد توجه قرار گیرد:

یک- اتباع کشور بیگانه که در ایران هستند، در قوانین مربوط باحوال شخصیه تابع قوانین دولت متبوع خود هستند.

دو- مقامـات صالحـهٔ ایران در حـدود معاهـدات، اتبـاع بیگـانه را در قـوانین مربوط بـاحوال شخصـیه و حقوق ارثیه تـابع قوانین خود میدانند.

یـک- اتبـاع کشور بیگـانه در مسائـل مربوط بـاحوال شخصـیه تـابع قوانین دولت متبوع خود هسـتند. حقوق ایران از نظریه status پیروی نموده است. و نسـبت باتباع کشور بیگانه که در ایران هسـتند، قوانین دولت متبوع آنان را در احوال شخصیه رعایت مینماید، همچنانی که متقابلا قوانین راجع باحوال شخصیه خود را نسبت بتمامی ایرانیان موجود در کشورهای بیگانه لازم الاجراء میداند.

قوانین مربوط باحوال شخصیه قوانینی هستند که باعتبار شخصیت فرد وضع گردیده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۰

و موضوع آن افراد میباشـند، مانند قوانین راجع باهلیت، طلاق، نکاح و امثال آن و همچنین است قواعد مربوط بتوارث. زیرا تأسیس مزبور باعتبـار خویشاونـدی بین وارث و مورث است اگر چه تقسیم ترکه طبق مقررات قـانون کشوری است که عمـل تقسیم انجـام میگیرد وصیت نیز مانند ارث تأسیسی است که باعتبار شخصیت وصی برقرار شده است.

در مقابل قوانین مربوط باحوال شخصـیه، قوانین مربوط باموال هسـتند. قوانین مزبور باعتبار طبیعت مال وضع شـده و موضوع آن مال است مانند مالکیت، تصرف، انتقالات و امثال آن که در وضع قوانین مزبور مال مستقیماً مورد حکم قانونی قرار گرفته است.

بنابر آنچه گذشت مسائل مربوط باحوال شخصیه بر دو قسمند: مسائل مربوط باحوال شخصیه (بمعنی خاص) و مسائل مربوط بحقوق ارثیه که شرح هر یک ذیلًا بیان میگردد.

۱- مسائل مربوط باحوال شخصیه

مسائل مربوط باحوال شخصـیه عبارت از مسائلی است که مربوط بشخص فرد میباشد مانند نکاح، و طلاق، حضانت، ولایت، اهلیت، فرزندخوانـدگی و امثـال آن، مـال در مـورد اینگـونه قـوانین ممکـن اسـت بعنـوان تبعی مـورد نظر قرار گیرد. بنـابراین در نکـاح بین بیگانگان، شرائط و موانع نکاح مقرر در قوانین دولت متبوع آنان رعایت میشود. همچنانی که طلاق در موردی که قوانین آنها اجازه میدهـد بعمل می‌آیـد و هرگاه قوانین آنان رسیدگی دادگاه را در این امر لازم بداند دادگاههای دادگستری باید بآن امر رسیدگی بنماینـد و در همان مواردی که قوانین دولت متبوع آنان اجازه میدهد حکم طلاق صادر کند. بیگانگان زمانی حق حضانت و ولایت را دارا خواهنـد بود که قـانون دولت متبوع بیگانگـان، حق مزبور را برای آنهـا شـناخته باشـد. همچنین است اهلیت بیگانگان چنانکه ماده «۹۶۲» ق. م. میگویـد: «تشـخیص اهلیت هر کس برای معـامله کردن بر حسب قـانون دولت متبوع او خواهـد بود، مع ذلک اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۱

انجام دهد، در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است، آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد، در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد.

حکم اخیر نسبت باعمال حقوقی که مربوط بحقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی بوده و یا مربوط بنقل و انتقال اموال غیر منقول واقع در خارج ایران میباشد شامل نخواهد بود». بنابراین تبعه خارجه که طبق قانون دولت متبوع خود در ۱۵ سالگی تمام دارای اهلیت میگردد، میتواند در سن مزبور در ایران معامله نماید، اگر چه قانون مدنی ایران سن اهلیت برای معامله را ۱۸ سال تمام میداند. قانون مدنی در مادهٔ بالا استثناء به بیگانگانی که طبق قانون ایران دارای اهلیت هستند اجازه انجام عمل قضائی میدهد، اگر چه قانون دولت متبوع، آنها را دارای اهلیت نشناسد. مثلا هرگاه کسی که تبعه دولت سویس است، که ماده «۱۴» قانون مدنی سویس ۲۱ سالگی را سن رشد میداند، در ایران در ۱۹ سالگی معاملهٔ نسبت بخانه طهران خود بنماید، چون قانون مدنی ایران ۱۸ ساله را رشید میداند، معاملهٔ او در نظر قانون ایران صحیح شناخته میشود، اگر چه دولت سویس آن را باطل بداند.

چنانکه ذیل مادهٔ «۹۶۲» ق. م تصریح مینماید «... حکم اخیر نسبت باعمال حقوقی که مربوط بحقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی بوده و یا مربوط بنقل و انتقال اموال غیر منقول واقع در خارج ایران میباشد شامل نخواهد بود». بنابراین در اعمال حقوقی بیگانگان نسبت بامور سه‌گانه زیر باید رعایت اهلیت قانون دولت متبوع آنان بشود:

۱- اعمال حقوقی مربوط بحقوق خانوادگی.

۲- اعمال حقوقی مربوط بحقوق ارثی.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۲

۳- اعمال حقوقی مربوط باموال غیر منقول واقع در خارج ایران.

۲- مسائل مربوط بحقوق ارثیه-

اشاره

حقوق ارثیه عبارت است از امور مربوط بتوارث از حیث تعیین وارث و مقدار سهم الارث و مقداری که متوفی میتواند وصیت نماید. این است که مادهٔ «۹۶۷» ق. م میگوید: «ترکه منقول یا غیر منقول اتباع خارجه که در ایران واقع است فقط از حیث قوانین اصلیه، از قبیل قوانین مربوطه بتعیین وارث و مقدار سهم الارث آنها و تشخیص قسمتی که متوفی میتوانسته است بموجب وصیت تملیک نماید، تابع قانون دولت متبوع متوفی خواهد بود». ولی از جهات دیگر، مانند مالیات بر ارث، طریق تقسیم ترکه، تابع مقررات قانون ایران میباشد. ماده «۸» ق. م: «اموال غیر منقول که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا میکنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود».

دو- مقامات صالحه ایران در حدود معاهدات، قوانین مربوط باحوال شخصیه و حقوق ارثیه دولت بیگانه را نسبت باتباع آن رعایت مینماید.

طبق صریح ماده «۷» قانون مدنی، اتباع کشورهای بیگانه در ایران در صورتی تابع قوانین احوال شخصیه و حقوق ارثیه دولت متبوع خود هستند که بین دولت ایران و دولت متبوع آنها معاهده‌ای در این موضوع گذشته باشد. هرگاه چنین قراردادی منعقد نشده باشد، اتباع دولت بیگانه تابع قوانین مدنی ایران خواهند بود، مگر در موردی که قانون دولت متبوع تبعهٔ خارجه آن را قبول نکرده

است که در این صورت قانون دولت متبوع آنها رعایت میگردد، مانند نکاح دوم (تعدد زوجات)، آزادی شوهر در طلاق دادن زن خود و امثال آن. (شق ۱ ماده «۹۶۱» ق. م)

یکی از قواعد اخلاقی که حفظ نظم اجتماعی را عهده‌دار است، رعایت احترام افراد نسبت بیکدیگر میباشد. قاعدهٔ اخلاقی مزبور نه فقط بین افراد رعایت میشود، بلکه خانواده‌ها حتی در قراء و قصبات و همچنین قبایل و ملل با یکدیگر نیز آن را مراعات مینمایند، تا بین آنها

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۳

بدین وسیله حسن تفاهم ایجاد گردد و جلوگیری از اختلافات و منازعات کند. در روابط بین المللی این امر را نزاکت بین المللی مینامند. نزاکت بین المللی ایجاب مینماید که هرگاه قراردادی بین دولت ایران و دولت بیگانه موجود نباشد، قوانین دولت مزبور نسبت باحوال شخصیه و حقوق ارثیه اتباع آن دولت رعایت شود.

این امر در صورتی است که نسبت باتباع ایران در کشور بیگانه نیز عمل مزبور انجام شده و یا آنکه سابقه تا آن زمان پیش نیامده باشد و الا هرگاه در کشور بیگانه نسبت باتباع ایران قوانین آن کشور اجرا شده است، موردی برای رعایت نزاکت بین المللی باقی نمیماند، زیرا دولت بیگانه مبادرت بعمل خلاف اخلاق نموده است. بنابر صریح مادهٔ «۷» قانون مدنی، در صورتی که معاهدهٔ بین دولت ایران و دولت بیگانه در موضوع رعایت احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت اتباع یکدیگر منعقد شده باشد، دادگاه‌های ایران نمیتواند حتی با توافق طرفین دعوی، طبق قانون مدنی ایران نسبت باتباع بیگانه رأی دهند.

دادگاه پس از اطلاع بر تابعیت طرفین دعوی، از دولت بیگانه، مکلف است راجع بوجود معاهده تحقیقات لازم بعمل آورد و چنانچه قراردادی موجود باشد و یا نزاکت بین المللی ایجاب نماید که نسبت بطرفین دعوی قوانین دولت متبوع آنها رعایت شود، دادگاه خود مکلف است که به قوانین آنها آگاهی یابد تا آن را اجراء نماید. بنابراین هرگاه یکی از زوجینی که آنها فرانسوی میباشند. بدادگاه ایران مراجعه نماید و درخواست طلاق کند، دادگاه مکلف است که با مراجعه بقوانین فرانسه، طبق آن رأی صادر نماید.

تذکر- ماده «۷» ق. م موضوع حکم خود را اتباع خارجه مقیم ایران قرار داده است و نسبت بکسانی که در ایران سکونت دارند و یا از خاک ایران عبور مینمایند ساکت است.

از نظر وحدت ملاک میتوان حکم ماده بالا را نسبت بکلیه اتباع خارجه که در خاک ایران هستند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۴

سرایت داد. همچنانکه میتوان کلمه مقیم را تفسیر نموده و معنی لغوی آن را در نظر گرفت.

رعایت قوانین احوال شخصیه و حقوق ارثیه بیگانگانی که تبعه کشورهای مختلف میباشند.

اشاره

چنانکه گذشت بدستور مادهٔ «۷» ق. م، رعایت قوانین احوال شخصیه و حقوق ارثیه بیگانگانی که در ایرانند لازم میباشد. در صورتی که طرفین قضیه تابع یک کشور باشند، قانون کشور آنان رعایت میگردد، مانند مورد نکاح یا طلاق زوجین فرانسوی یا زوجین انگلیسی، و مورد ارث که وراث و مورث ایتالیائی یا روسی باشند. اما در صورتی که طرفین قضیه بیگانگانی باشند، که دارای تابعیت مختلف هستند، مانند مورد نکاح یا طلاق شوهر فرانسوی و زن آلمانی یا مورد وراثت یک پسر آلمانی از پدر آمریکائی و امثال آن، بطریق ذیل عمل میشود:

۱- در روابط بین زوجین-

ماده «۹۶۳» ق. م میگوید: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود» (منظور از روابط شخصی بین زوجین حقوق ناشی از زوجیت مانند ریاست خانواده، نفقه، حق سکنی، فسخ نکاح و طلاق و امثال آنست و منظور از روابط مالی بین زوجین، روابط مالی است که در اثر نکاح ایجاد شده است مانند مهر، جهیزیه، نفقه، و امثال آن.

زیرا چنانچه قوانین دو کشور مختلف باشد رعایت آن قوانین نسبت بیک مورد ممکن نخواهد بود و باید قوانین یکی از آن دو کشور را مراعات نمود و چون شوهر رئیس خانواده است و اداره امور مربوط بخانواده را عهده‌دار میباشد، قوانین دولت کشور متبوع او اجرا میشود. قاعده مزبور از بقایای طریقه پدری است که در بسیاری از موارد مرد را بر زن برتری داده است.

۲- در روابط بین ابوین و اولاد

ماده «۹۶۴» ق. م: «روابط بین ابوین و اولاد تابع

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۵

قانون دولت متبوع پدر است، مگر اینکه نسبت طفل فقط بمادر مسلم باشد که در این صورت روابط بین طفل و مادر او تابع قانون دولت متبوع مادر خواهد بود».

منظور از روابط بین ابوین و اولاد نگاهداری و تربیت، ولایت، حق انفاق، توارث و امثال آنست. مادهٔ مزبور دارای دو قسمت است:

۱- در صورتی که پدر و مادر طفل هر دو معلوم و دارای تابعیت مختلف باشند، روابط بین ابوین و اولاد آنها تابع قوانین دولت متبوع پدر است.

۲- در صورتی که پدر طفل معلوم نباشد و انتساب او بمادر مسلم باشد، قوانین دولت متبوع مادر نسبت بطفل رعایت میگردد.

۳- در ولایت و نصب قیم-

ماده «۹۶۵» ق. م میگوید. «ولایت قانونی و نصب قیم بر طبق قوانین دولت متبوع مولی علیه خواهد بود». زیرا وضع مقررات ولایت و قیمومت برای حفاظت دارائی مولی علیه است و مولی علیه نقش اساسی را دارا میباشد. منظور از ولایت قانونی، شناختن سمت کسانیست که عنوان ولایت را دارند و حقوقی که ولی نسبت بادارهٔ اموال مولی علیه دارد و منظور از نصب قیم انتصاب کسانی است که بسمت قیمومت باید انتخاب شود، مثلاً چنانچه صغیر فرانسوی باشد، طبق مقررات قانون مزبور شورای خانوادگی و قیم اداره امور او را عهده دار خواهند بود. اما طریق نصب قیم و جریان امر بوسیلهٔ دادگاه از احوال شخصیه بشمار نمیآید تا بیگانگان در ایران تابع آن باشند بلکه طبق قانون ایران بعمل می‌آید.

سه- قوانین راجع باموال

اشاره

قانون ایران کلیه اموال منقول و غیر منقول را تابع کشوری دانسته که آن اموال در آن موجود هستند. ماده «۹۶۶» ق. م میگوید: «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول یا غیر منقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع میباشند،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۶

مع ذلک حمل و نقل شدن شیء منقول از مملکتی بمملکت دیگر نمیتواند بحقوقی که ممکن است اشخاص مطابق قانون محل وقوع اولی شیء نسبت بآن تحصیل کرده باشند خللی وارد آورد». ماده مزبور دارای دو قسمت است:

قسمت اول- تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول یا غیر منقول، تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع میباشد.

اشاره

در قسمت مزبور سه کلمه است که محتاج بتوضیح میباشد:

۱- تصرف

منظور از تصرف اعمالی است که مالک باعتبار حق مالکیتی که دارد در ملک خود اعمال مینماید، مانند تصرفات مادی از قبیل بنا و تعمیر بنا و حفر چاه و امثال آن و همچنین است حدود تصرفات و اعمال قضائی (باعتبار شرایط اساسی و صوری) از نقل و انتقال بوسیلهٔ عقود از قبیل: بیع، اجاره، صلح، هبه و امثال آن. بنابراین مقداری را که یکی از بیگانگان میتواند وصیت نماید بدستور ماده «۹۶۷» ق، م: تابع قوانین دولت متبوع آن بیگانه خواهد بود.

۲- مالکیت-

مالکیت عبارت از رابطهٔ حقوقی میباشد که بین شخص و عین خارجی موجود است و باو اجازه میدهد هرگونه تصرفی را در مال خود بنماید. بنابراین حدود مالکیت اتباع خارجه باعتبار فضا و قرار و حقوق مجاور نسبت بمجاور و نمائات آن نسبت باموال موجود در ایران، تابع قوانین ایران میباشد.

۳- سایر حقوق-

منظور از سایر حقوق، حقوق عینی میباشد که ممکن است کسی بر شیء دارا باشد، مانند حق انتفاع، ارتفاق، وثیقه و امثال آن. علت آنکه تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء، خواه منقول باشد یا غیر منقول، تابع کشوری است که آن اشیاء در آن کشور واقع میباشد، آنست که اموال غیر منقول جزء از کشور است و اموال منقول هم باعتبار وجود آن در کشور چنانچه تابع قوانین کشور بیگانه باشد از استقلال داخلی کشوری که در آن موجود است میکاهد. بنابراین طریق پیدایش و زوال مالکیت در اموال

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۷

و سایر حقوق مربوطه بآن و همچنین حدود تصرف مالک و صاحب حقوق عینی تابع کشوری میباشد که مال در آن موجود است، اگر چه مالک آن خارجی باشد مگر آنچه مربوط بقوانین احوال شخصیه و حقوق ارثیه است مانند ارث وصیت که جزء حقوق ارثیه میباشد.

چنانکه از اطلاق ماده بالا فهمیده میشود، قانون مدنی ایران اموال موجود در کشور بیگانه را از حیث تصرف و مالکیت و سایر حقوق تابع قوانین آن کشور دانسته، اگر چه مالک آن ایرانی باشد.

قسمت دوم- حمل و نقل کردن مال منقول از مملکتی بمملکت دیگر نمیتواند بحقوقی که ممکن است اشخاص مطابق قانون محل وقوع اولی مال نسبت بآن تحصیل کرده باشند خللی وارد آورد،

زیرا حقوق مزبور از حقوق ثابته بشمار میرود. مثلا هرگاه شخص اطریشی نسبت بمال منقولی که در فرانسه و متعلق بیک نفر آلمانی

است طبق مقررات محلی حق وثیقه پیدا نموده باشد و مالک، آن مال را بجهتی از جهات بکشور ایران بیاورد، حق وثیقهٔ مزبور بحال خود باقی خواهد ماند.

تذکر- قبل از آنکه قانون مدنی جلد اول باجازهٔ مادهٔ واحده در ۱۳۰۷ وضع گردد، بیگانگان در ایران مزایائی برای خود قائل بودند و عملًا تا آنجائی که میتوانستند اموال خود را تابع قوانین ایران نمیدانستند تا آنکه قانون مدنی جلد اول وضع شد و در ماده «۸» آن مقرر گردید که: «اموال غیر منقول که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا میکنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود». مادهٔ مزبور اگر چه از هر جهت، اموال غیر منقول را تابع قوانین ایران دانسته است ولی با توجه بآنکه طبق اصول بین المللی قوانینی که باعتبار غیر منقول بودن مال وضع شده است تابع قوانین محلی و آنچه باعتبار شخصیت مالک وضع گردیده مانند: ارث، وصیت تابع قوانین دولت متبوع مالک میباشد، باید بر آن بود که منظور ماده از کلمهٔ (از هر جهت) فقط جهات مربوطه بغیر منقول بودن مال است نه جهات دیگر. پس از آنکه جلد دوم قانون مدنی در ۱۳۱۳ تصویب گردید بوسیلهٔ ماده «۹۶۷» ماده «۸» توضیح داده شد و رفع اجمال از آن گردید، مادهٔ «۹۶۷» ق. م: «ترکه منقول یا غیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۸

منقول اتباع خارجه که در ایران واقع است فقط از حیث قوانین اصلیه از قبیل قوانین مربوطه بتعیین وراث و مقدار سهم الارث آنها و تشخیص قسمتی که متوفی میتوانسته است بموجب وصیت تملیک نماید تابع قانون دولت متبوع متوفی خواهد بود»

چهار - قوانین راجع بتعهدات ناشی از عقود

بدستور مادهٔ «۹۶۸» ق. م: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدین آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». بنابراین هرگاه در ایران یک نفر فرانسوی در مقابل یک نفر سویسی ضمانت از دین یک نفر آلمانی بنماید، بدستور مادهٔ «۶۸۴» ق. م دین از ذمهٔ مدیون بذمه ضامن منتقل میگردد و ذمه مدیون اصلی طبق ماده «۶۹۸» ق. م بری میشود، مگر آنکه در عقد تصریح کنند که طبق قانون فرانسه یا سویس ضمان تضامنی میباشد.

پنج - قوانین راجع بشکل اسناد

چنانکه ماده «۱۲۸۴» ق. م تعریف مینماید: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد».

اسناد رسمی در ایران دارای اقسام مختلفی است اسناد اداری، اسناد اداره ثبت اسناد و املاک، اسناد قضائی و هر یک از آنها تابع مقررات مخصوصی از حیث ثبت و امضائات و آنچه در آن نوشته میشود و مقامی که صلاحیت تنظیم آن را دارد میباشد اسناد عادی نوشته‌ایست که دارای امضاء یا علامت (مهر، انگشت) از طرف کسی که سند باو منسوب است میباشد.

بدستور ماده «۹۶۹» ق. م: «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود میباشد». قاعدهٔ مزبور اصلی است که در حقوق بین المللی مسلم و همگی آن را پذیرفته‌اند، مثل رومی میگوید:.)locus regit actum(. بنابراین هرگاه سندی در کشور خارجی مطابق مقررات آن کشور از حیث شکل تنظیم شده باشد، مقامات دولتی ایران آن را میپذیرد و همان اعتباری را بآن میدهد که کشور خارجی که سند در آنجا تنظیم شده آن اعتبار را میدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۰۹

این است که مادهٔ «۱۲۹۵» ق. م میگوید: «محاکم ایران باسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا میباشد مشروط بر اینکه:

اولا- اسناد مزبوره بعلتی از علل قانونی از اعتبار نیفتاده باشد.

ثانیا- مفاد آنها مخالف با قوانین مربوطه بنظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد.

ثالثا- کشوری که اسناد در آنجا تنظیم شده بموجب قوانین خود یا عهود اسناد تنظیم شده در ایران را نیز معتبر بشناسد.

رابعا- نماینده سیاسی یا قنسولی ایران در کشوری که سند در آنجا تنظیم شده یا نماینده سیاسی و یا قنسولی کشور مزبور در ایران تصدیق کرده باشد که سند موافق قوانین محل تنظیم یافته است». برای آنکه مقامات دولت ایران بدانند که اسناد تنظیمی در کشور خارجه مطابق مقررات آن کشور تنظیم شده است باید بوسیلهٔ نمایندهٔ دولت مزبور این امر صریحاً گواهی گردد و گواهی مزبور بوسیلهٔ مقامات صالحه ایران تصدیق شود. مادهٔ «۱۲۹۶» ق. م میگوید: «هرگاه موافقت اسناد مزبور در مادهٔ قبل با قوانین محل تنظیم خود بتوسط نمایندهٔ سیاسی یا قنسولی خارجه در ایران تصدیق شده باشد، قبول شدن سند در محاکم ایران متوقف بر این است که وزارت امور خارجه و یا در خارج تهران حکام ایالات و ولایات امضاء نماینده خارجه را تصدیق کرده باشند». پذیرش اسناد تنظیمی در خارجه بوسیلهٔ مقامات صلاحیتدار ایران در صورتیست که موضوع آن عقود و معاملات راجع باموال غیر منقول واقع در ایران نباشد و الا آن اسناد اعتبار قانونی را نخواهد داشت، زیرا معاملات و عقود راجع باموال غیر منقول باید بوسیله سند رسمی تنظیمی در دفتر اسناد رسمی باشد. ماده «۴۶» قانون ثبت: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:

۱- کلیه عقود و معاملات راجع بعین یا منافع املاکی که قبلا در دفتر املاک ثبت شده باشد.

۲- کلیه معاملات راجع بحقوقی که قبلا در دفتر املاک ثبت شده است»

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۰

بنابراین کلیه عقود و معاملات راجع باموال غیر منقول باید ثبت گردد. ثبت اسناد مزبور مطابق مقررات مخصوص در دفاتر اسناد رسمی بعمل می‌آید و تنظیم آن در خارج از کشور ممکن نخواهد بود و الا چنانچه اینگونه عقود و معاملات بوسیلهٔ سند عادی یا سند رسمی تنظیمی در خارجه باشد بدستور مادهٔ «۴۸» ق. ثبت پذیرفته نمیشود. مادهٔ «۴۸» قانون ثبت:

«سندی که مطابق مواد فوق باید بثبت برسد و بثبت نرسیده در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد».

شش- قوانین راجع بآئین دادرسی

ماده «۹۷۱» ق. م: «دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه باصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه میشود، مطرح بودن همان دعوی در محکمهٔ اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود». ماده مزبور دارای دو قسمت است.

۱- دعاوی از حیث صلاحیت و همچنین قوانین راجعه بآئین دادرسی تابع قانون محلی میباشد که دعوی در آنجا اقامه میشود. زیرا مرجع این قوانین مربوط بادارهٔ امور کشور میباشد و نمیتوان قوانین کشور دیگر را در آن مداخله داد.

۲- مطرح بودن دعوائی در دادگاه کشور بیگانه مانع از اقامهٔ همان دعوی در دادگاههای ایران نخواهد بود.

تذکر- مادهٔ «۹۷۴» ق. م: «مقررات مادهٔ «۷» و مواد «۹۶۲» تا «۹۷۴» این قانون تا حدی بموقع اجرا گذارده میشود که مخالف عهود بین المللی که دولت ایران آن را امضاء کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد».

ب- شخصی بودن قوانین

چنانکه گذشت نظریه شخصی بودن قوانین باعتبار بستگی نژادی و ملیت افراد است که در همه جا آنها را همراهی میکند و از افراد قابل انفکاک نمیباشد. بنابراین نظریه، کلیه ایرانیان، تابع قوانین ملی خود هستند، اگر چه در خارج از کشور باشند. این است که ماده «۶» ق. م میگوید: «قوانین مربوطه باحوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص وارث در مورد کلیه اتباع ایران و لو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود». بنابراین

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۱

یک نفر دختر تبعهٔ ایران میتواند پس از پانزده سالگی و یا با اعطاء معافیت از شرط سن پس از سیزده سالگی در کشور سویس شوهر کند، و نکاح او از نظر قانون ایران صحیح میباشد.

اگر چه قانون سویس هیجده سال تمام را سن ازدواج قرار داده است. قوانین کشورهای خارجی نیز مانند قانون ایران در احوال شخصیه و حقوق ارثیه بیگانگان، رعایت قانون دولت متبوع آنها را مینماید.

چنانکه گذشت قانون مدنی ایران طبق ماده «۷» ق. م شخصی بودن قوانین را در احوال شخصیه و حقوق ارثیه برای بیگانگانی که در ایران هستند شناخته و آنان را طبق معاهدات تابع قانون دولت متبوع خود دانسته است. ماده «۷» ق. م: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه باحوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

ماده «۹۶۲» ق. م: «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود، مع ذلک اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است، آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد.

حکم اخیر نسبت باعمال حقوقی که مربوط بحقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی بوده و یا مربوط بنقل و انتقال اموال غیر منقول واقع در خارج ایران میباشد شامل نخواهد بود»

تبصره- ماده «۹۷۳» ق. م: «اگر قانون خارجهٔ که باید مطابق مادهٔ «۷» جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد بقانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف برعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله بقانون ایران شده باشد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۲

ماده «۹۷۴» ق. م: «مقررات ماده «۷» و مواد ۹۶۲ تا «۹۷۴» این قانون تا حدی بموقع اجرا گذارده میشود که مخالف عهود بین المللی که دولت ایران آن را امضاء کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد» ماده «۹۷۵» ق. م: «محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطهٔ جریحه کردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب میشود بموقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولا مجاز باشد».

مثلا- چنانچه طبق مقررات قانون مدنی فرانسه با اجازهٔ رئیس جمهور نکاحی بین عمو و خواهر زاده و یا خاله و خواهرزاده فرانسوی واقع شده باشد، دادگاههای ایران نمیتوانند آن را ترتیب اثر دهند، زیرا چنین ازدواجی بر خلاف اخلاق حسنه در کشور ما بشمار میرود.

تبصره- وظائف مأمورین دول خارجه در اجراء عقد نکاح

۱- ماده «۹۷۰» ق. میگوید: «مأمورین سیاسی یا قنسولی دول خارجه در ایران وقتی میتوانند باجرای عقد نکاح مبادرت نمایند که طرفین عقد هر دو تبعهٔ دولت متبوع آنها بوده و قوانین دولت مزبور نیز این اجازه را بآنها داده باشد، در هر حال نکاح باید در دفاتر سجل احوال ثبت شود». وقوع و ثبت ازدواج و طلاق در دفتر رسمی ازدواج و طلاق طبق ماده «۱» قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ برای تمامی افراد الزامی است و الا- عاقد و طرفین بکیفر مخصوص خواهند رسید. ماده بالا استثناء اجازه اجراء عقد نکاح را بمأمورین سیاسی و قنسولی داده در صورتی که زوجین هر دو تبعه دولت آنها باشند و الا هرگاه یکی از آنها تبعه دولت ایران یا آنکه هر دو

تبعه خارجه ولی هر یک تبعه کشوری باشد باید طبق قانون ازدواج، نکاح آنان در دفاتر ازدواج واقع و ثبت گردد. راجع بطلاق اتباع بیگانه مادهٔ موجود نیست، بنظر میرسد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۳

که بنابر مستنبط از ملاک مادهٔ بالا باید بر آن بود که طلاق مانند نکاح ممکن است بوسیلهٔ مأمورین سیاسی و یا قنسولی دول خارجه انجام شود و در دفاتر سجل احوال ثبت گردد.

قانون ایران اجازه اجرای عقد نکاح اتباع بیگانه را بوسیلهٔ مأمورین سیاسی یا قنسولی دول متبوع آنها منوط بوجود قرارداد و معاهده بین دولت ایران و دولت بیگانه و یا عمل متقابل قرار نداده است. بنابراین هر گاه در کشور ایران اجرای عقد بیگانگان بوسیلهٔ مقامات سیاسی یا قنسولی آنها بعمل آید، دولت ایران نمیتواند مأمورین آن دولت را از اجرای عقد نکاح بازدارد و بآن ترتیب اثر حقوقی ندهد.

خاتمه- مقرراتی که در حکم قانون هستند

قوانین بتنهائی برای حفظ نظم اجتماعی کشور کافی نیست، اگر چه در این امر اخلاق و عادات از کمکهای خود کوتاهی ننمایند. مأمورینی هم که عهده دار اجراء قوانین هستند در بسیاری از موارد بمشکلاتی در عمل بر میخورند که حل آن از قدرت آنان خارج است و چنانچه قادر هم باشند روشهای مختلفی ایجاد میگردد که بی‌نظمی اداری بوجود خواهد آورد. بنابراین برای برقراری نظم اجتماعی مقررات دیگری لازم است که بوسیلهٔ آن دولت بتواند امور کشور را منظم و حکمفرمائی خود را اعمال بنماید. مقررات مزبور عبارتند از:

۱- قراردادها- برای تنظیم روابط بین المللی (یعنی روابط بین دولت ایران و دول بیگانه یا روابط هر یک از دولت ایران و دولت بیگانه با اتباع یکدیگر) معاهدات و قراردادهائی بین دولت ایران و دول بیگانه منعقد میگردد که رعایت آن بر هر یک از طرفین متعاهدین و اتباع آنها لازم میباشد. این است که مادهٔ «۹» ق. م میگوید:

«مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است».

قراردادها و معاهدات مانند قانون بوسیلهٔ مجلسین تصویب و توشیح میگردند و در روزنامهٔ رسمی طبق مادهٔ «۳» ق. م. انتشار می‌یابد.

۲- آئین‌نامه‌ها و مقرراتی که طبق دستور قانونی بوسیلهٔ دولت یا یکی از مقامات دیگر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۴

تنظیم میگردد- در بعض قوانین بدولت و مقامات رسمی دیگر اجازه داده میشود که برای اجرای آن قوانین، آئین‌نامه و مقرراتی تهیه و بموقع اجرا گذارند. اینگونه آئین‌نامه‌ها و مقررات که بدستور قانون تنظیم میشود در حکم قانون هستند و احتیاج بتوشیح و انتشار ندارد. اجازه تنظیم آئین‌نامه‌ها و مقررات بدولت یا مقامات صالحه تفویض حق قانون‌گذاری بآنها نمیباشد.

۳- تصویب نامه و آئین‌نامه و مقررات و بخش نامه‌هائی که دولت یا ادارات و مقامات صالحه برای اجرای قوانین صادر مینماید- صدور این گونه امور احتیاج باجازهٔ قانون ندارد، زیرا مأمور نمودن دولت باجرای قوانین ضمناً اجازه صدور این گونه مقررات نیز باو میباشد، چه بدون اینگونه مقررات، اجراء قوانین مواجه با اشکالات میگردد.

اینگونه دستورات نسبت بکسانی که مأمور اجرای قوانین هستند در حدود قانون لازم الاجراء است.

باب چهارم- حقوق از نظر تحلیلی

اشاره

چنانکه گذشت حقوق عبارت از مجموع قواعدی است که برای نظم روابط اجتماعی و بهبود وضعیت آنان برقرار شده است.

قاعدهٔ حقوقی

اشاره

قاعده حقوقی عبارت از قضیه‌ای است مرکب از موضوع و حکم. موضوع قضیه کلی است و حکمی که بر موضوع بار میگردد ممکن است مثبت و یا منفی باشد.

مثال مثبت–

مادهٔ «۳۰» ق. م: «هر مالکی نسبت بما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» موضوع در قضیه بالا (هر مالک) است که کلی میباشد و (حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد) حکم قضیه است.

مثال منفی–

ماده «۳۱» ق. م: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمیتوان بیرون

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۵

کرد، مگر بحکم قانون» موضوع در قضیهٔ بالا (هیچ مالی) است که کلی میباشد و (نمیتوان از تصرف صاحب آن بیرون کرد) حکم قضیه است. بسیاری از قواعد حقوقی بصورت ماده در مجموعه قانون دیده میشود، مانند دو قاعدهٔ مذکور در بالا، و عده‌ای از قواعد حقوقی در مجموعهٔ قانون بیان نگردیده ولی مسائلی بصورت مواد تذکر داده شده است که مبتنی بر آن قواعد میباشند و میتوان آن قواعد را از آن مواد بدست آورد. مثلا قاعدهٔ لا ضرر (هیچ‌کس بدیگری ضرری نباید وارد آورد و الا باید آن را جبران کند) در هیچ‌یک از مواد تصریح نشده است ولی میتوان از مواد مختلفی مانند مواد «۱۰۰» «۱۳۲» «۳۲۸» «۳۳۱» ق. م آن را استنباط نمود.
قواعد حقوقی بر پایه و اساس مطالعات عمیق علمی و اجتماعی قرار گرفته است و استخوان‌بندی علم حقوق را تشکیل میدهد. تمامی مسائل حقوقی که بصورت مواد در مجموعهٔ قوانین جمع‌آوری شده بر محور قواعد مزبور دور میزنند. در مجموعهٔ قوانین مسائلی یافت میشود که با هیچ‌یک از قواعد حقوقی تطبیق نمینماید. اینگونه مسائل استثنائاتی هستند که بجهتی از جهات: اجتماعی، تاریخی، اقتصادی و اخلاقی وضع گردیده است.
بسیاری از آنها در مقررات مربوط باحوال شخصیه و حقوق ارثیه بچشم میخورد.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۴، ص: ۱۱۵

مسأله حقوقی

مسأله حقوقی عبارت از قضیه حقوقی است که حکم موضوع خاصی را در بر دارد، موضوع مزبور نیز بنوبهٔ خود کلی است. هر قاعدهٔ حقوقی شامل بسیاری از مسائل حقوقی میباشد.

مثلا مادهٔ «۳۶۵» ق. م که میگوید: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد». مسأله حقوقی است که موضوع آن (بیع فاسد) است و حکم آن (اثر نداشتن در تملک) میباشد. مسئلهٔ مزبور یکی از مسائل قاعدهٔ حقوقی (عمل قضائی فاسد اثر حقوقی ندارد) است. این قاعده در هیچ‌یک از مواد قانونی دیده نمیشود، ولی از مواد عدیده استنباط میگردد. من جمله مادهٔ «۳۶۵» مذکور در بالا.

ممکن است یک یا چند مسأله در یک ماده بیان گردد مانند مادهٔ «۱۱۰۹» ق. م که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۶

میگوید: «نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است، مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد، لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت». آن مسائل عبارتند از:

۱- نفقهٔ مطلقهٔ رجعیه بعهدهٔ شوهر است:

۲- در صورتی که طلاق رجعی در حال نشوز زن واقع شده باشد، مطلقه حق نفقه زمان عده را ندارد.

۳- در عدهٔ فسخ نکاح و عدهٔ طلاق بائن زن حق نفقه ندارد.

۴- در صورتی که نکاح زن حامله فسخ گردد و یا زن حامله طلاق بائن داده شود تا زمان حمل زن حق نفقه دارد.

از نظر تحلیلی هر یک از قواعد و مسائل حقوقی دارای چهار رکن است: موضوع، حکم، رابطه و جزاء، مثلا ماده «۱۰۵۹» ق. م که میگوید: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جائز نیست» یکی از مسائل حقوقی را بیان مینماید که موضوع آن (نکاح مسلمه با غیر مسلم) و حکم آن (جائز نیست) میباشد. رابطهٔ بین حکم و موضوع امر معنوی و تصوری میباشد که مورد اعتبار قانون قرار گرفته است. جزاء آن بطلان و فساد چنین نکاحی است که از نحوهٔ بیان و عنوان فصلی که مادهٔ مزبور تحت آن عنوان قرار گرفته استنباط میشود. جزاء نوعاً در ماده‌ای که قاعدهٔ یا مسأله را بیان مینماید ذکر شده است، ولی گاه حکم در ماده‌ای و جزاء آن در مادهٔ دیگری قرار دارد و در بعض موارد هم جزاء تصریح نشده و باید آن را استنباط نمود.

در صورتی که مادهٔ قانونی جزاء نداشته باشد و نیز نتوان جزاء آن را از مواد دیگر استنباط نمود، آن ماده صرفاً دستور ارشادی و اخلاقی است و از نظر حقوقی تذکری بیش نیست، مانند ذیل مادهٔ «۱۱۷۷» ق. م که میگوید: «... طفل باید مطیع ابوین خود بوده و در هر سنی که باشد باید بآنها احترام کند». زیرا احترام اولاد بپدر رعایت عاداتی میباشد که در رابطهٔ خانوادگی لازم شمرده شده است. و تخلف از آن هیچ‌گونه جزائی ندارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۷

جزاء

اشاره

جزاء عبارت از نتیجهٔ است که از طرف قانون در مورد تخلف از قاعدهٔ حقوقی مقرر شده است. بعبارت دیگر جزاء واکنش عدم رعایت قانون از طرف افراد میباشد و بزیان متخلف از قانون بر قرار شده است که در موارد سرپیچی بوسیلهٔ قوای عمومی بر متخلف

تحمیل میگردد.

علت غائی از قرار دادن جزاء در قوانین، الزام افراد باطاعت از آن قوانین است و لا چنانچه آنها اطاعت از آن مینمودنـد احتیاج بجزاء پیدا نمیشد. بنابراین جزاء باید طوری باشد که افراد از بیم آن رعایت قوانین را بنمایند

اقسام جزاء-

اشاره

جزاء باعتبار اقسام مختلفهٔ حقوق متفاوت است. هر قسمی از حقوق:

مدنی، کیفری، اداری، دارای جزاء متناسب با آن است که بطور اختصار بیان میگردد.

جزاء مدنی-

اشاره

واکنشی است که در مورد تخلف از قوانین مدنی مقرر شده است.

جزاء مدنی بر دو نوع میباشد:

الف- اجبار-

شخصـی که تکلیف خود را انجام نمیدهد بوسیلهٔ قوای عمومی اجبار بانجام آن میگردد و آن طریقهٔ مستقیم جزاء مدنی میباشد مانند اجبار باجراء حکم دادگاه در صورت عدم اجراء آن بوسیلهٔ محکوم علیه.

ب- عودت دادن وضعیت اولیه-

در صورتی که کسـی عملی را انجـام دهـد که موجب تجاوز بحق دیگری شود، قانون سـعی دارد تزلزلی را که در وضـعیت حقوقی ایجاد شده تا آنجائی که ممکن است بحالت اولیه خود عودت دهد، مانند مورد تخریب دیوار غیر، کشتن حیوان دیگری و امثال آن.

چنانچه نتوان حالت اولیه را بر قرار ساخت بوسیلهٔ تأدیه خسارت باید وضعیت اقتصادی که متزلزل شده است جبران گردد.

از این قبیـل است موارد: بطلان، فسـخ، زیرا در مورد بطلان اثر حقوقی بر آن بار نمیگردد و در مورد فسـخ عقـد بحالت اولیه عودت داده میشود.

جزاء در موارد کیفری و اداری-

واکنش مثبـتی اسـت کـه بوسـیلهٔ قـانون نسبت بمجرم و متخلـف اجرا میگردد، خـواه این امر در نتیجـهٔ آن باشـد که بر هم زدن نظم اجتماعی چندان شدید

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۸

است که جبران زیـان مالی کافی برای برقراری نظم اجتماعی نمیباشـد یا آنکه زیان اصـلا جبران‌پـذیر نیست و یا بالاخره کیفر مجرم برای جلوگیری از تکرار و پیش آمد مجدد تخلف میباشد.

اخذ جرائم در موارد تأخیر در تأدیه مالیات و یا گرفتن اجازهٔ رانندگی از رانندهٔ متخلف و امثال آن در ردیف جزاء کیفری است.

باب پنجم – اقسام قوانین

اول – تقسیم قوانین باعتبار موضوع –

اشاره

قوانین باعتبار موضوع دارای تقسیمات زیادی است که بعضی از آنها ذیلا تذکر داده میشود.

۱ – تقسیم قوانین، بقوانین راجع باحوال شخصیه، قوانین راجع باموال، قوانین راجع بتعهدات، قوانین راجع بحق تألیف یا تصنیف و اختراع

الف- قوانین راجع باحوال شخصیه، قوانینی است که امور مربوط بتشکیل خانواده و روابط بین افراد را معین مینماید، از قبیل: نکاح، طلاق، ولایت، قیمومت و امثال آن.

ب- قوانین راجع باموال، قوانینی است که اسباب تملک و حدود آن و حقوق عینی و همچنین اسباب زوال ملکیت و زوال حقوق عینی را بیان مینماید.

ج- قوانین راجع بتعهدات، قوانینی است که اسباب پیدایش تعهد و سقوط آن را بیان میکند.

د- قوانین راجع بحق تألیف و تصنیف و اختراع و امثال آن، قوانینی است که اسباب پیدایش آن حقوق و زوال آن را متذکر میگردد.

۲ – تقسیم قوانین بقوانین ماهوی و قوانین شکلی

الف- قوانین ماهوی، قوانینی است که شرایط اساسی تحقق یکی از اعمال قضائی را متذکر میگردد، مانند مادۀ «۱۹۰» ق. م. که شرایط اساسی برای صحت معامله را میشمارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۱۹

ب- قوانین شکلی، قوانینی است که شرایط پیدایش عمل قضائی را در خارج بیان مینماید، مانند مادۀ «۱۱۳۴» ق. م که میگوید: «طلاق باید بصیغۀ طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد». مادۀ «۴۶» قانون ثبت که ثبت کلیه معاملات و عقود راجع باموال غیر منقول را در دفتر اسناد رسمی لازم میشمارد. مادۀ «۴۷» قانون ثبت که ثبت صلحنامه، هبه‌نامه و شرکت نامه را در دفتر اسناد رسمی لازم میداند.

دوم – تقسیم قوانین باعتبار حکم

قوانین باعتبار نوع حکم بر سه دسته‌اند:

۱ – قوانین امری –

و آنها قوانینی هستند که از نظر نظم اجتماعی بر قرار شده است و افراد باید طبق آن رفتار نمایند و نمیتوانند از آن سرپیچی کنند، مانند مقررات راجع بولایت بر صغیر و انفاق بر اقرباء و امثال آن. قوانین مزبور تکالیفی برای افراد معینی بجهتی از جهات بر قرار داشته که دارندگان حق نمیتوانند آن را اسقاط نمایند، زیرا جنبۀ اجتماعی آن امور نمیگذارد تحت آزادی ارادۀ افراد قرار گیرد. از آن قبیل است شرطیت مانعیت، سببیت، علیت، بطلان و امثال آن.

۲– قوانین اختیاری–

و آنها قوانینی هستند که افراد را نسبت بانجام و عدم انجام عملی آزاد گذارده‌اند، مانند قوانین مربوط بمعاملات، وصیت و امثال آن که افراد میتوانند آزادانه آن را انجام داده یا ترک نمایند. موضوع اینگونه قوانین، حقوقی است که بنفع افراد باعتبار آزادی فردی شناخته شده است و اجبار بانجام و یا نهی از آن منافات با آزادی فردی خواهد داشت.

۳– قوانین نهیی–

و آنها قوانینی هستند که ارتکاب آن از نظر نظم اجتماعی و یا اخلاق حسنه ممنوع است و چنانچه موضوع قانون از امور مدنی باشد عمل باطل و اثر قانونی ندارد و چنانچه از امور کیفری باشد مجازات معینی برای مرتکب آن مقرر است. مثال مدنی مادهٔ «۹۵۹» ق. م که میگوید: «هیچ‌کس نمیتواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۰

تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». مادهٔ «۶۹۰» ق. م: «هیچ‌کس نمیتواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرفنظر نماید ...». بنابراین کسی که در مقابل دیگری از خود سلب حق تمتع بطور کلی بنماید و یا سلب حریت کند عقد مزبور باطل و بلا اثر است، تقسیمات مزبور در تمامی رشته‌های حقوق یافت میشود.

قوانین باعتبار حکم از نظر دیگر بر دو قسمند: امری– تفسیری.

۱– قوانین امری–

قوانینی امری قواعدی هستند که افراد در روابط خود با یکدیگر ملزم برعایت آن میباشند، زیرا قوانین از نظر حفظ نظم اجتماعی بر قرار شده است، بدین جهت آن قوانین را امری گویند، خواه حکم قضیه مثبت و امر بانجام عمل باشد، مانند شرایط اساسی برای صحت معاملات مذکور در مادهٔ «۱۹۰» ق. م. و یا حکم قضیه منفی یعنی نهی از انجام عمل باشد مانند موانع نکاح مذکور در مواد «۱۰۴۵» ق. م. ببعد. قوانین حقوق عمومی از این قبیل میباشند. ولی در حقوق خصوصی قسمتی از قوانین امری هستند، و قسمت دیگری بسته باراده افراد و تابع حاکمیت اراده قرار گرفته است که تفسیری نامند.

۲– قوانین تفسیری–

قوانین تفسیری قواعدی هستند که برای راهنمائی افراد در اموری که از آزادی اراده خود استفاده ننموده‌اند وضع شده است.
چنانکه گذشت قانون آزادی افراد را تا آنجائی که بآزادی دیگران لطمه وارد آورد و یا نظم اجتماعی را بر هم زند، محدود نموده و آنها را بانجام اموری الزام و از امور دیگری منع مینماید. در بقیه امور افراد دارای آزادی کامل هستند و هر گونه که بخواهند میتوانند از آن استفاده نمایند، از آن قبیل است آزادی قرارداد مذکور در مادهٔ «۱۰» ق. م. بدستور مادهٔ مزبور افراد کاملا دارای آزادی اراده هستند که هر قرار دادی را که بر خلاف صریح قانون نباشد منعقد نمایند. قرارداد مزبور در صورتی که بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد نسبت بآنها الزام‌آور است. در اینگونه قراردادها از نظر حفظ نظم اجتماعی باید شرایط عمومی برای صحت معامله که در مادهٔ «۱۹۰» ق. م ببعد بیان شده مراعات شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۱

بسیار اتفاق می‌افتد که متعاملین در انعقاد قرارداد، رعایت شرایط اساسی برای صحت معامله را مینمایند و امور فرعی آن را مسکوت میگذارنـد. در قانون برای جلوگیری از اختلافی که ممکن است در این امور بین طرفین پیش آیـد مقرراتی وضع شـده است که طبق آن رفتار مینمایند، مانند تعیین زمان و محل تسلیم مورد معامله و همچنین تعیین مسئول تأدیهٔ هزینهٔ تسلیم آن، چنانچه طرفین معامله در قرارداد آن را معین ننمایند. این امور فقط در مواردی میباشد که مربوط بمنافع طرفین قرارداد است و جنبهٔ عمومی را در بر ندارد. چنانکه گذشت، موضوع علم حقوق قواعدی است که روابط بین افراد را که با همکاری یکدیگر در راه پیشرفت و سعادت خود در جامعه میکوشـند، تنظیم میگردانـد. در اثر پیچیـدگی امور اجتماعی، اقتصادی و تراکم روابط افراد با یکـدیگر، اجراء قواعـد حقوقی احتیاج باعمال نظر و دقتهای خاصـی دارد و بدین جهت مورد مطالعه و گفتگو قرار گرفته است و در نتیجه این امر متخصصـینی پیدا شده‌انـد و کتابهـای متعـددی نوشـته‌اند قواعـد حقوقی باعتباراتی برشـته‌های مختلفی از قبیل حقوق عمومی، (حقوق اساسـی، حقوق اداری) حقوق خصوصی (حقوق مدنی، حقوق کیفری، حقوق تجاری و امثال آن) تقسیم میگردد.
علـم حقـوق چنـدان توسـعه پیـدا نمـوده کـه هر یـک از رشـته‌های آن، بجهـات مختلفـهٔ مـورد مطـالعه قرار گرفتـه اسـت و هر یک متخصصـینی جـداگانه پیدا نموده که نمیتواند یک نفر بر همهٔ آنها احاطه داشـته باشد و چون این کتاب در حقوق مدنی نوشـته شده بدین جهت جهات مختلفه حقوق مدنی را در باب ششم مورد مثال قرار میدهیم.

باب ششم– جهات مختلفه حقوق

اشاره

حقوق مـدنی ماننـد اقسام دیگر حقوق از جهات مختلفی مورد مطالعـهٔ حقوقیین قرار گرفته است. مهم‌ترین آنها عبارتند از: تاریخی، حقوقی، تطبیقی، فلسفی، قضائی. برای
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۲
روشن شدن فرق بین جهات مختلف، یکی از مسائل حقوق مدنی بطور مثال مورد مطالعه قرار میگیرد:
مسأله لزوم نگاهداشتن عده برای زوجه در مورد طلاق و فوت زوج، مذکور در مواد ذیل:
مادهٔ «۱۱۵۱» قـانون مـدنی: «عـده طلاـق و فسـخ نکـاح سه طهر است، مگر اینکه زن با اقتضای سن، عادت زنانگی نبینـد که در این صورت عده او سه ماه است».
ماده «۱۱۵۳» قانون مدنی: «عده طلاق و عده فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد زن حامله تا وضع حمل است».
ماده «۱۱۵۴» ق، م: «عـده وفـات چه در دائم و چه در منقطع در هر حـال چهار ماه و ده روز است، مگر آنکه زن حامله باشـد که در این صورت عـدهٔ وفـات تا موقع وضع حمل است، مشـروط بر اینکه فاصـلهٔ بین فوت زوج و وضع حمل از چهار ماده و ده روز بیشتر باشد و الا مدت همان چهار ماده و ده روز خواهد بود».
ماده «۱۱۵۵» ق، م: «زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشـده و همچنین زن یـائسه نه عـدهٔ طلاق دارد و نه عـدهٔ فسـخ نکاح، ولی عده وفات در هر دو مورد باید رعایت شود».
اینک بحث بطور اختصار از جهات مختلفه در مواد مذکور در بالا:

۱– جهت تاریخی–

در تاریخ علم حقوق از منشأ پیدایش و سیر تکامل حقوق موضوعه و عواملی که در پیدایش آن مؤثر واقع شده است گفتگو میشود.
از جهت تاریخی باید گفته شود که قواعد مذکور در مواد بالا سرچشمه خود را از حقوق جعفری (امامیه) بدون هیچ‌گونه تغییری گرفته است و سپس باید تحقیق نمود که قبل از اسلام عده بچه وضعیت بوده است، اسلام آن را تأسیس نموده یا آنکه بدین نحو موجود بوده و اسلام آن را امضاء کرده است و هرگاه چنین است قبل از آن دوره بچه صورت بوده است؟.
در بسیاری از موارد مانند مورد مزبور نمیتوان سیر تاریخی قهقرائی نمود، یعنی تاریخ را بعقب ورق زده و از راههای پرپیچ‌وخم گذشته تا بمنشأ آن رسید، زیرا اطلاعات

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۳

تاریخی کافی در دست نیست، ولی میتوان از علم اجتماع یاری خواست و تا آنجائی که حدس یارائی بنماید بحقیقت نزدیک شد.
از نظر علم اجتماع میتوان حدس زد که در ادوار قدیمه هر زنی جزء خانواده خود و متعلق برئیس خانواده بوده و هرگاه از خانواده اخراج میشده عده نداشته است، چنانکه آثار آن در حقوق رومی مشهود است که زن میتوانسته پس از رهائی بلافاصله شوهر دوم اختیار کند، ولی در مورد وفات زوج، در اثر آنکه زن دچار حزن و اندوه میشده و عزاداری مینموده مدتی شوهر نمیکرده است و در بعضی ملل هم تمامی عمر را بیوه میمانده چنانکه هنوز این امر بصورت عرف در بسیاری از اعراب باقی است. بدین استدلال میتوان حدس زد که عده وفات برای عزاداری پیدایش یافت، چنانکه در حقوق رومی در قانون اگوست دو ماده مدت مزبور را (tempus lugendi) مدت گریستن نامند، در دوره امپراطوری عده وفات و طلاق ۱۲ ماه بوده است.
بحث تاریخی در حقوق هر یک از ملل اشکالات بسیاری را در بر دارد، زیرا معمول تاریخ‌نویسان نبوده که در نوشتجات خود وضعیت حقوقی ملتی را که تاریخ آن را می‌نویسند یادآور شوند، بلکه بذکر وقایع مهم اکتفاء مینمودند و بندرت میتوان در شرح وقایع مزبور بنکات حقوقی برخورد نمود، زیرا حقوقدانان پیشین در تحقیقات علمی خود توجه بتاریخ حقوق نداشتند و موضوعات حقوقی را از نظر اجتماعی و فلسفی و حقوقی تحلیل و بحث مینمودند، بر خلاف آنچه اکنون متداول است که تاریخ حقوق یکی از رشته‌های تدریس در بسیاری از دانشکده‌های حقوق کشورها قرار گرفته است و دستهٔ از حقوقدانان تحقیقات علمی حقوقی خود را بر تاریخ حقوق قرار داده‌اند.
تنها حقوق ملتی که از نظر تاریخی اکنون دارای ارزش است و میتواند در حدود سیزده قرن تغییرات و تحولات مهمه را بیان کند حقوق رومی است.

۲- جهت حقوقی-

مطالعه از جهت حقوقی عبارت است از تحقیق در اصول و قواعدی که قوانین موضوعه بر آن استوار میباشد.
برای فهم قوانین موضوعه هر کشوری، ناچار باید حقوق ملتی را که قوانین موضوعه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۴

از آن سرچشمه میگیرد دانست، زیرا در حقوق مزبور میتوان از قواعد و اصولی که پایه قوانین موضوعه قرار گرفته آگاه گشت.
بنابراین برای فهم قانون مدنی ایران باید فقه جعفری (امامیه) را مورد مطالعه قرارداد و در قسمت تعهدات که از حقوق فرانسه پیروی شده، حقوق مدنی فرانسه و حقوق رومی را که مادر حقوق مدنی فرانسه است بررسی نمود.
فائدهٔ مستقیم مطالعهٔ حقوق از جهت حقوقی، در مقام قانون‌گذاری است، مقننین در این مطالعه عوامل اجتماعی محیط خود را در نظر میگیرند و درجهٔ تأثیر و توارد عوامل عدیده و تعارض بین آنان را از نظر دور نمیدارند.

۳- جهت تطبیقی-

حقوق تطبیقی عبارت است از مطالعه و تحقیق در قوانین موضوعهٔ کشورهای مختلف و سنجش بین آنها و تعیین موارد متشابه و متفاوت، بمنظور دانستن قانونی که بیشتر میتواند منافع اجتماعی را تأمین بنماید، مثلا عدهٔ زوجه را که مورد مثال بوده از نظر تطبیقی با قانون فرانسه میسنجیم:

ماده «۲۲۸» و ماده «۲۹۶» قانون مدنی فرانسه بزن بیوه اجازه میدهد که پس از سیصد روز از تاریخ انحلال نکاح، شوهر دیگر بنماید. عدهٔ زنی که شوهر او مرده است سیصد روز میباشد، مگر آنکه پس از فوت شوهر، زن وضع حمل نماید که در این صورت عده منقضی میشود. (مستفاد از ماده «۲۲۸» و «۲۹۶» و قانون نهم دسامبر ۱۹۲۲).

عدهٔ طلاق در صورتی که بدون تفرقهٔ ابدان حاصل شده باشد نیز سیصد روز است.

(مستفاد از مادهٔ «۲۹۶» و قانون نهم دسامبر ۱۹۲۲) ولی در صورتی که طلاق پس از تفرقه ابدان حاصل شود (یعنی پس از گذشتن سه سال مدت تفرقه ابدان) بلافاصله زن میتواند شوهر دوم بنماید (ماده «۳۱۰» و «۲۹۷» قانون مدنی فرانسه).

در قانون مدنی ایران در صورتی که زن عادت زنانگی ببیند و سه طهر از او بگذرد، معلوم میشود که حامله نمیباشد. بنابراین موجبی برای نگاه داشتن عده بیش از سه طهر ندارد و در صورتی که عادت زنانگی نبیند با گذشتن سه ماه هرگاه زن مطلقه آبستن باشد معلوم

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۵

میشود و باید تا وضع حمل عده نگاهدارد، و هرگاه حامله نباشد موجبی برای نگاهداری عده تا سیصد روز نخواهد داشت، آنگونه که قانون مدنی فرانسه مقرر نموده است. همچنین در صورتی که بین زن و شوهر نزدیکی حاصل نشده و یا زن یائسه باشد که از نظر طبیعی حامله شدنش ممکن نیست، موجبی برای نگاهداری عده موجود نیست.

در قانون ایران نگاهداشتن عده فقط از نظر عدم اختلاط نسب میباشد و بطریق مذکور در بالا منظور حاصل میشود. ولی در قانون مدنی فرانسه که برای عده حد اکثر مدت حمل (سیصد روز) در نظر گرفته شده است، علاوه بر جلوگیری از اختلاط نسب، احترام نکاح سابق نیز رعایت میشود.

با توجه بفلسفه دو قانون بالا، برتری قانون مدنی ایران بنظر ثابت میرسد. اما عدهٔ وفات که در قانون مدنی ایران چهار ماه و ده روز تعیین شده است، از نظر عادات اجتماعی ایران برای احترام زوج متوفی کافی میباشد و در صورتی که زوجهٔ متوفی آبستن باشد در این مدت نیز معلوم میشود و تا وضع حمل عده نگاه میدارد و در صورتی که حامله نباشد موجبی برای نگاهداشتن عده بیش از مدت مزبور موجود نیست و تحمل بیش از آن مدت، تحمیلی بر زن خواهد بود.

۴- جهت فلسفی-

مطالعه حقوق از جهت فلسفی، عبارت است از تحقیق در علت وضع قوانین موضوعه و سنجش سود و زیان اجتماعی آن و پیدا کردن طرح بهتری که بیشتر بتواند منافع اجتماعی افراد را تأمین بنماید.

۵- جهت قضائی-

اشاره

مطالعه حقوق از جهت قضائی عبارت است از فهمیدن معانی مواد قانونی و دانستن قواعد و اصولی که قوانین موضوعهٔ کشوری مبتنی بر آن میباشد، تا آنکه بتوان بدین وسیله حکم مسائل حقوقی که در روابط اجتماعی پیش می‌آید بدست آورد و آن رشتهٔ تخصصی وکلای دادگستری و دادرسان میباشد که در رسیدگی قضائی بکار میبرند.

در این کتاب از دو نقطهٔ نظر قانون مدنی ایران مورد بررسی قرار میگیرد: از جهت حقوقی و از جهت قضائی.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۶

اموری که دانستن آن در بررسی حقوقی و قضائی لازم است

۱- زبان فارسی و آشنائی بدستور زبان-

مجموعهٔ قانون مدنی بزبان فارسی با رعایت قواعد ادبی نوشته شده است و بدین جهت کسی که میخواهد معانی مواد را بفهمد ناچار باید زبان فارسی را بداند و آشنائی بدستور زبان مزبور داشته باشد.

۲- زبان حقوقی-

علم حقوق مانند علوم دیگر دارای اصطلاحات مختص بخود است که در معانی مخصوصی استعمال میشود. بعضی از آنان با معنی لغوی تناسب دارد و بعضی دیگر بی‌تناسب است و باعتبار خاصی در آن معنی استعمال شده است. زبان فارسی که اکنون بآن تکلم مینمائیم بی‌نیاز از بکار بردن اصطلاحات حقوقی زبان بیگانه نمیباشد و اصطلاحات حقوقی زبان فارسی که در دسترس است بسیار ناچیز میباشد.

در اثر نفوذ اسلام در کشور ایران، استعمال لغات زبان عرب متداول شده و بجهاتی که بیان گردید حقوق مدنی قواعد حقوق اسلام را اقتباس نموده است، لذا در علم حقوق مدنی ایران اصطلاحات حقوقی اسلامی استعمال میشود و در قسمتهائی که از حقوق اروپائی اقتباس شده چون تاکنون اصطلاحاتی بزبان عربی یا فارسی برای آن معمول نشده است هر نویسنده بنظر خود کلمهٔ مترادفی در فارسی یا عربی می‌یابد و استعمال مینماید و گاه دیگر همان کلمه خارجی را استعمال میکند.

اصطلاحات مخصوص هر علم یا فنی، الفبای آن علم و فن بشمار میرود و استعمال آنها در غیر موردی که برای آن معمول شده دور از روش علمی است، همچنانکه وضع و یا استعمال اصطلاح جدیدی بجای اصطلاح متداول دور از منطق عقل است.

۳- تاریخ حقوق مدنی-

تاریخ حقوق مدنی بزرگترین راهنما برای حل مسائل آن بشمار میرود، زیرا نمیتوان قواعد حقوقی و همچنین به ارزش آن که اکنون مورد احترام است پی برد، مگر آنکه آگاه گردید که حقوق مدنی قبل از آنکه بصورت کنونی در آید بچه وضعیتی بوده و چه چیز سبب پیدایش آن شده است.

حقوق مانند موجودات زنده متولد شده و زندگانی مینماید و در سیر وجودی خود

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۷

تغییر شکل میدهد، تا آنجائی که بعضی از حقوقیین گفته‌اند: حقوق کنونی مملو از گذشته و آبستن آینده است. برای بررسی در حقوق مدنی ایران باید حقوق اسلام و حقوق رومی که منشأ تعهدات میباشد دانست. کتب حقوق اسلام عموما بزبان عربی تدوین

یافته و چند کتابی هم که بزبان فارسی نوشته شده مختصر و عاری از استدلال است، لذا کسی که میخواهد مطالعه دقیق در حقوق مدنی بنماید ناچار باید زبان عربی را بداند و بتواند از کتب حقوقی اسلامی استفاده نماید.
آشنا شدن بحقوق اروپا برای دانستن مبانی تعهدات از مطالعه کتب حقوقی مللی بدست می‌آید که سرچشمهٔ خود را از حقوق رومی گرفته‌اند مانند حقوق فرانسه و سویس و ایطالیا، بلژیک و امثال آنها. تا کنون در این موضوع کتبی بزبان فارسی نوشته نشده است و آنچه ترجمه شده و تألیف گردید کافی نمیباشد. بنابراین کسی که میخواهد تعهدات را بفهمد باید یکی از زبان‌های مللی که حقوق آنان بر حقوق رومی استوار است بداند و بتواند از کتب آنان استفاده کند و چنانچه بتواند حقوق رومی را مورد مطالعه قرار دهد، بیشتر بمبانی حقوق اروپائی آشنا میشود.

۴- اقتصاد سیاسی-

اقتصاد سیاسی از رشته‌های علم حقوق بشمار نمیرود، ولی بستگی بسیار نزدیکی با آن دارد که هر یک از آن دو در پیشرفت خود همان قدر احتیاج بدیگری دارد که دیگری بآن احتیاج دارد، لذا مقنن نمیتواند بدون توجه بوضعیت اقتصادی جامعهٔ که میدان تاخت‌وتاز حقوقی او است کورکورانه قوانین وضع نماید یا دادرس قوانین را تفسیر کند، زیرا در عمل این قوانین مستقیم یا غیر مستقیم با وضعیت مالی افراد اصطکاک پیدا مینماید.
این است که در دانشکده‌های حقوق (در قسمت قضائی) علاوه بر رشته‌های حقوقی علم اقتصاد نیز تدریس میشود.

۵- علم اجتماع-

بجهاتی که در بالا ذکر گردید حقوقدانان باید بعلم اجتماع نیز آشنائی کامل داشته باشند، زیرا قوانین همانگونه که تحت تأثیر عوامل اجتماعی گذشته بوجود آمده است چندان در وضعیت اجتماعی آینده تأثیر مینماید که آن را تغییر میدهد و میتواند جامعه را بانحطاط یا بترقی راهنمائی کند.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۸
بنابراین مقنن و همچنین دادرس باید اجتماعی را که عرصه جولان قوانین او است بشناسد و آن بدون دانستن علم اجتماع ممکن نخواهد بود، بالعکس باید گفت کسی که بخواهد جامعه را عمیقانه بشناسد باید قوانینی که در آن اجرا میگردد تا اندازهٔ بداند. این است که علم اجتماع یکی از رشته‌های آموزش در دانشکده‌های حقوق قرار گرفته است.

۶- کلیات و اصول علم حقوق-

کلیات علم حقوق چنانکه از نام آن فهمیده میشود قضایای کلی است که تمامی فصول حقوقی یا بعضی از قسمت‌ها بر آن مبتنی است چنانکه کسی بخواهد علم حقوق را عمیق بداند باید کلیات علم حقوق را بطور تحلیل عقلی مورد بررسی قرار دهد.
اصول علم حقوق عبارت از قواعدی است که برای بدست آوردن احکام از مواد قانونی بکار میرود، مانند استصحاب، برائت و امثال آن. کلیات علم حقوق و همچنین اصول علم حقوق دو علم جداگانه بشمار رفته و کتب عدیده در زبان‌های مختلف در آن دو موضوع نوشته‌اند و مخصوصا حقوقیین اسلام در علم اصول تحقیقات عمیقی نموده‌اند.

دادرسی

اشاره

دادرسی یا قضاوت جنبهٔ فنی حقوق میباشد، زیرا دادرس پس از آنکه مورد اختلاف بین متداعیین را دانست قاعدهٔ حقوقی را می یابد و بر مورد اختلاف تطبیق نموده و رأی صادر میکند. این امر که مرحله اعمال قانون بر مورد است مرحله فنی حقوق میباشد. برای روشن شدن روش فنی مثال ساده بیان میگردد: مثلا هرگاه محمد بر جمشید دعوی اقامه کند و مطالبه ده خروار گندم بنماید، بدین تقریب که جمشید ده خروار گندم او را ربوده و تصرف کرده است و جمشید تمام آن مطالب را تکذیب کند، دادرس در رسیدگی مواجه با دو عمل میگردد:

۱- موضوع قضیه La question de faite

و آن عبارت از امری است که در خارج موجود است و بدین جهت میتوان آن را مورد خارج نامید، در دادرسی موضوع قضیه امری است که مورد اختلاف بین طرفین دعوی قرار گرفته است. در مثال بالا که محمد مدعی میباشد جمشید ده خروار گندم او را ربوده است و جمشید منکر آن میباشد، مورد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۲۹

خارج، ربودن ده خروار گندم محمد بوسیلهٔ جمشید است که آن را مورد اختلاف نیز مینامند.

برای قطع و فصل دعوی، دادرس باید مورد خارج (مورد اختلاف) و همچنین وضعیت آن را آنگونه که لازم است تشخیص دهد.

تشخیص مورد خارج در بسیاری از موارد آسان است، ولی در تمامی مسائل بدین نحو نمیباشد و گاه چندان پیچیده است که دادرس ناچار میشود از تحلیل عقلی که تجزیه مورد باشد استعانت جوید، مثلا هرگاه کسی تمامی دارائی غیر منقول خود را بوسیله سند عادی که خود نوشته است برای مصارف معینه‌ای تخصیص دهد و ادارهٔ امور آن را بیکی از فرزندان خود واگذار کند. پس از فوت او بین فرزند مزبور و اولاد دیگر متوفی اختلاف شود که عمل متوفی وصیت و یا وقف است، زیرا چنانچه عمل مزبور وصیت باشد نسبت بثلث دارائی صحیح خواهد بود و چنانچه وقف باشد طبق ماده «۴۶» ق. ثبت اسناد و املاک، باید بوسیلهٔ سند رسمی تنظیم گردد و چون سند عادی میباشد در دادگاهها و ادارات دولتی طبق ماده «۴۸» ق ثبت اسناد و املاک پذیرفته نمیشود. تشخیص مورد خارج و تعیین آنکه عمل متوفی وقف و یا وصیت است چنانکه عبارت سند صریح نباشد امری مشکل و دشوار است و دادرس ناچار میباشد از اوضاع و احوال و قرائن موجود کمک بخواهد و یکی را بر دیگری برتری داده و تصمیم اتخاذ بنماید.

دادرس نمیتواند بدون تشخیص مورد، اختلاف متداعیین را قطع و فصل کند. دادرس برای رسیدن باین مقصود باید مطالب طرفین دعوی را بداند و از لوایح تقدیمی بدادگاه و گاه دیگر از توضیحات و مذاکرات آنان معلوم نماید.

نکته‌ای که دادرس در این مرحله باید کاملا- مراعات نماید، آنست که اصحاب دعوی در اثر پرگوئی و منحرف شدن، با بیان مطالبی که مربوط بموضوع نیست، موضوع را بصورت پیچیده و بغرنجی در نیاورند و یا از موضوع خارج شده آن را تاریک جلوه دهند. روش مزبور را نوعا وکلائی که میخواهند رسیدگی دعوی را بدرازا کشانند بکار میبرند و گاه برای اغوای دادرسان تازه کار اعمال مینمایند.

۲- موضوع حقوقی La question de droit

اشاره

دادرس پس از آنکه مورد خارج را

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۰

تشخیص داد، مرحله دوم که موضوع حقوقی است شروع میشود و آن عبارت از دو عمل است:

اول- یافتن حکم قضیه-

اشاره

دادرس نمیتوانـد بصورت کدخـدا منشـی اختلاف بین طرفین دعوی را قطع و فصل و حکم قضـیه را تعیین نماید، بلکه باید مادهٔ «۳» قانون آئین دادرسی مدنی را سرمشق خود قرار دهد و بدستور آن رفتار کند.

ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی: «دادگاههای دادگستری مکلفند بدعاوی، موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه، کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصـلا قانونی در قضـیه مطروحه وجود نداشـته باشد، دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند».

نظر بتصـریح مـادهٔ بالاـ دادرس بایـد در قضـاوت خود آنگونه که در مـاده مقرر است رفتـار کنـد و نمیتوانـد از مفاد قوانین موضوعه کشوری تجـاوز نمایـد و بقوانین دیگری اسـتناد جویـد اگر چه بنظر او قانون کشوری بر خلاف اصول و قواعـد علمی حقوقی و یا بر خلاف انصاف و عدالت قضائی باشد، ولی میتواند تا آنجائی که مواد قانونی تاب تفسـیر دارند از تفسیر مواد اسـتفاده کرده، رعایت اصول و قواعد حقوقی و همچنین انصاف و عدالت قضائی را بنماید.

دادرسان میتوانند برای فهم قوانین موضوعه کشوری و تفسیر آن از حقوق ملل دیگر و نظریات علمی حقوقدانان و تصمیمات قضائی دادگاههای کشورهای بیگانه استمداد بجویند.

دادرس برای آنکه بتواند بدستور مادهٔ بالا رفتار نماید باید:

الف- قوانین موضوعه کشوری را بطور اجمال بدانـد تا بتوانـد حکم قضـیه را در مجموعـهٔ مربوطه بیابـد، و یا آنکه بداند ماده‌ای که حکم قضیه را بیان میکند در قوانین موضوعه کشوری یافت نمیشود.

ب- معنی مواد قانونی را بفهمد. برای فهم مواد قانونی باید زبان فارسـی را بداند و آشنا بدستور و ادبیات زبان باشد و معانی لغات و مخصوصا اصطلاحات حقوقی را که در قوانین بکار برده شده بداند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۱

ج- قـدرت بر اسـتنباط احکام از مواد قانونی داشـته باشـد. قـدرت مزبور بوسـیلهٔ تحصـیلات کافی حقوقی بدست می‌آید و اسـتعداد قضـائی که آن را قریحه یا شم قضائی گوینـد نقش مهمی را در حسن تشـخیص و تطبیق قانون بازی می‌نمایـد. در عمل بسـیار دیـده شده دادرسانی که دارای اطلاعات کافی حقوقی هسـتند بعلت نداشـتن اسـتعداد قضائی مورد خارج را چنانچه پیچیده باشد در اغلب موارد نمیتوانند تشخیص بدهند و در بدست آوردن حکم قضیه و تطبیق قانون دچار اشکال میشوند.

چنانکه مادهٔ بالا تصـریح مینماید دادرس باید موافق قوانین رسـیدگی کرده حکم داده و یا فصل نماید. منظور از قوانین قوانینی است که قوهٔ مقننهٔ کشور ایران آن را تصویب نموده و بصحه اعلا حضرت همایونی رسیده و در روزنامهٔ رسمی چاپ شده باشد.

بدستور ماده «۵» قانون مدنی: «کلیه سکنهٔ ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

بنابراین قانون مدنی ایران نسبت به تمامی کسانی که در ایران هستند اجرا میگردد مگر در دو مورد زیر:

یک- در مسائل مربوطه باحوال شخصیه و اهلیت و حقوق ارثیه بیگانگان-

بدستور ماده «۷» قانون مدنی اتباع بیگانه که در ایران هستند در مسائل مربوطه باحوال شخصیه و حقوق ارثیه مطیع قوانین و مقررات کشورهای متبوع خود میباشند.
ماده «۷» قانون مدنی: «کلیهٔ اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه باحوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود». در اجرای قوانین خارجه دادرس در موارد مزبور طبق مواد «۹۷۳- ۹۷۵» قانون مدنی ایران عمل مینماید. (شرح آن گذشت)

دو- در مسائل مربوطه باحوال شخصیه و حقوق ارثیه ایرانیان غیر شیعه-

اشاره

هم آهنگی اجتماعی و سیاسی افراد یک کشور بستگی بوحدت اخلاق و عادات آنها دارد و بدین جهت حکومتها همیشه سعی مینمایند قانون واحدی نسبت بتمامی افراد یک کشور حکم فرمائی نماید، تا علاوه بر آنکه اصل تساوی حقوق افراد رعایت شود، پیروان عادات و مذاهب مختلفه که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۲

از اتباع یک کشور هستند بیکدیگر نزدیکتر شده و هم آهنگی اجتماعی بیشتری پیدا نمایند. این است که مادهٔ «۵» قانون مدنی میگوید: «کلیه سکنهٔ ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».
قبل از تصویب قانون مدنی جلد دوم دادگاهها در احوال شخصیه طبق قوانین مذهب جعفری (امامیه) حکم صادر میکردند. برای رسیدن باین مقصود فتاوی علماء مذهب مزبور را از کتب فقهی بدست می‌آوردند و از قول مشهور پیروی مینمودند. مذهب جعفر در مسائل مربوطه باحوال شخصیه و حقوق ارثیه نسبت بپیروان مذاهب آسمانی دیگر قوانین مذهبی مربوط بخود آنان را لازم الرعایه میداند. مثلا- هرگاه دو نفر ارمنی مسیحی در دادگاه دعوائی در امور مربوط بنکاح و طلاق اقامه مینمودند، دادگاه قوانین مذهبی آنان را رعایت مینمود. به پیروی از حقوق امامیه در ۳۱ تیر ماه ۱۳۱۲ مادهٔ واحده (قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم) تصویب گردید و روش دادگاهها را نسبت بپیروان مذاهب غیر شیعه تأیید نمود. سپس کتاب دوم قانون مدنی در احوال شخصیه از ۶ بهمن ماه ۱۳۱۲ تا اول مهر ماه ۱۳۱۴ بتدریج تصویب گردید. قوانین مربوطه بنکاح و طلاق که قسمت مهم و اساسی آنها را تشکیل میدهد چون از احکام مذهب جعفری اقتباس شده است مادهٔ واحده راجع برعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه نسخ نگردید و بقوهٔ قانونی خود باقی ماند.
قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۳۱ تیر ماه ۱۳۱۲ شمسی و کمیسیون قوانین عدلیه:
مادهٔ واحده: «نسبت باحوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان برسمیت شناخته شده محاکم باید قواعد و عادات مسلمه متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع بانتظامات عمومی باشد، بطریق ذیل رعایت نمایند:
۱- در مسائل مربوطه بنکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمهٔ متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آنست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۳

۲- در مسائل مربوطه بارث و وصیت، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهب متوفی.
۳- در مسائل مربوطه به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آنست».
شرح ماده واحده- موضوعاتی چند در مادهٔ واحده مورد بحث قرار میگیرد:
۱- ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان برسمیت شناخته شده است چه کسانند؟

قوانین موضوعه کشوری، مذهبی را صراحتا برسمیت نشناخته است، فقط در قانون انتخابات مصوب ۱۳۰۴ در مادهٔ دوازدهم میگوید: «انتخاب‌شوندگان باید دارای صفات ذیل باشند:

۱- متدین بدین حضرت محمد ابن عبد الله صلی اللّه علیه و آله باشند مگر اهل دیانت از نمایندگان ملل متنوعه (مسیحی و زردشتی و کلیمی) ...»

چنانچه بتوان از قانون بالا رسمیت مذاهب را شناخت، فقط مسیحی زردشتی و کلیمی دارای مذهب رسمی هستند، در این صورت فرق بین فرق مختلفه کاتولیک، پرتستان، آسوری و امثال آن نمیباشد. اهل تسنن مانند فرقه شیعه تابع مقررات قانون مدنی میباشند. میتوان گفت منظور ماده واحده از مذاهبی که برسمیت شناخته شده مذاهبی است که حقوق امامیه آنها را محترم شناخته است، در این صورت آنها عبارت خواهند بود از تمامی مذاهب آسمانی، از زردشتی، مسیحی، کلیمی و همچنین مذاهب اهل تسنن و فرق دیگر از مسلمین تابع مقررات خود خواهند بود.

۲- ایرانیان غیر شیعه در چه قسمتهائی از حقوق مدنی تابع قواعد و عادات مسلمهٔ متداولهٔ در مذهب خود هستند؟. چنانکه ماده واحدهٔ بالا تصریح نموده که ایرانیان غیر شیعه فقط در احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت تابع قواعد و عادات مسلمه متداوله مذهب خود هستند و در غیر آن امور از مقررات راجع باموال و ادله، تابع مقررات قانون مدنی میباشند. علت این امر آنست که امور مربوط باحوال شخصیه و حقوق ارثیه از نظر سوابق طولانی تاریخی که دارد جزء عادات قومی درآمده و هر قومی بروش خود خو گرفته است بطوری که تغییر آن موجب تشنج اجتماعی میگردد، بدین جهت اجراء مقررات احوال

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۴

شخصیه و حقوق ارثیه قانون مدنی ایران که از حقوق جعفری (امامیه) اقتباس شده، بر ایرانیان دشوار خواهد بود.

در این مورد دو امر باید مورد توجه قرار گیرد:

الف- احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت-

احوال شخصیه عبارت از مقررات مربوط باهلیت، نکاح، روابط مالی زوجین، طلاق، حضانت، ولایت، قیمومت، انفاق اقرباء است حقوق ارثیه عبارت است از ارث مذکور در باب دوم جلد اول قانون مدنی از مادهٔ «۸۶۱» تا «۹۴۹». مقررات مربوط بتقسیم ترکه مذکور در قانون امور حسبی خارج از حقوق ارثیه میباشد. وصیت عبارت است از آنچه قانون مدنی در باب اول در وصایا گفته است از ماده «۸۲۵» تا «۸۶۰» مقررات مربوطه بطرز تنظیم و وصیتنامه مذکور در قانون امور حسبی از وصیت خارج است و اینان تابع مقررات مذکوره در آن قانون میباشند.

ب قواعد و عادات مسلمه متداوله-

آنچه از مادهٔ واحده معلوم میگردد حکم باعتبار مذهب برای پیروان آن مقرر شده است و منظور ماده از قواعد و عادات، قواعد و عادات مذهبی است.

بنابراین قواعد و عادات قومی یا محلی که پیروان مذاهب مزبور بآن انس گرفته‌اند هیچگونه ارزش حقوقی ندارد.

منظور ماده از قواعد و عادات مسلمه قواعد و عادات مذهبی است که مورد اتفاق آنان باشد و الا چنانچه موضوعی مورد نظریات علمی مختلفه پیشوایان مذهبی قرار گیرد از قواعد و عادات مسلمه بشمار نمیآید و ارزش قضائی ندارد و در مورد اختلاف بین آنان بدستور ماده «۵» قانون مدنی که میگوید: «کلیه سکنهٔ ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» مقررات قانون مدنی اجرا میگردد.

منظور از قواعد و عادات متداوله، قواعد و عاداتی است که عمل بآن متداول و معمول در زمان دادرسی میباشد، بنابراین دادگاه

نمیتوانند بقواعد و عاداتی که پیروان مذاهب در سابق بآن عمل مینموده‌اند و بجهتی از جهات متروک مانده و نظریات دیگری جای گزین آنها شده است در دادرسی اجراء بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۵

ج- انتظامات عمومی-

بدستور صریح مادهٔ واحده در موردی که مقررات قانون موضوعه کشوری راجع بانتظامات عمومی باشد، رعایت قواعد و عادات مسلمهٔ متداوله در مذاهب ایرانیان غیر شیعه نخواهد شد.

در مواردی که طرفین اختلاف دارای یک مذهب باشند، قواعد و عادات مسلمه متداوله مذهب آنان عمل خواهد شد و چنانچه آنان دارای مذاهب مختلفه باشند، مانند آنکه زوج پروتستان و زوجه یهودی باشد و یا موصی مسیحی و موصی له زردشتی باشد بدستور شق اول ماده واحده طبق مقررات زیر رفتار میشود:

۱- در مسائل مربوطه بنکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است. مبنای نظر مزبور تقدم مرد بر زن میباشد که یکی از اصول مسلمه قوانین ملل قدیمه است و آثار آن در قوانین کنونی نیز باقی مانده است. مسائل مربوط بنکاح و طلاق شامل امور مالی زوجین و تکالیف ناشیه از آنها میشود

۲- در مسائل مربوطه بارث و وصیت، عادات و قواعد مسلمهٔ متداولهٔ در مذهب متوفی.

فلسفه این امر آنست که چون مال از متوفی بوسیلهٔ ارث و وصیت بوارث و موصی له منتقل میشود، مقصود متوفی که مالک ترکه بوده رعایت میگردد تا کسانی که وارث از غیر مذهب خود باقی میگذارند دارائی خود را تفریط ننمایند، برای ورثه باقی گذارند و رغبت بوصیت کنند ۳- در مسائل مربوطه به فرزندخواندگی عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آنست. در این امر رعایت حقوق کسانی که متحمل زحمت شده‌اند بعمل آمده است.

مادهٔ واحده در ضمن تفصیلی که در شقوق سه‌گانه ذکر کرده حکم بعض از مسائل مربوط باحوال شخصیه را مانند، حضانت، ولایت، قیمومت، انفاق اقرباء در موردی که مذهب طرفین مختلف باشد بیان ننموده است. بنظر میرسد که از اطلاق قسمت اول و از روح مقررات مذکور در ماده واحده باید بر آن بود که در حضانت، ولایت، و قیمومت، عادات و قواعد مسلمهٔ مذهب پدر نسبت بصغیر رعایت میشود و چنانچه پدر صغیر نامعلوم

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۶

باشد، قواعد و اصول مسلمه در مذهب مادر رعایت میگردد، و هرگاه پدر و مادر صغیر نامعلوم باشند مقررات قانون مدنی نسبت بصغیر رعایت خواهد شد. و در مورد اقرباء رعایت قواعد و عادات انفاق‌کننده ملحوظ میگردد.

ممکن است گفته شود که در موارد بالا ماده واحده رعایت نمیشود و مقررات قانون مدنی رعایت میگردد.

در صورتی که کسی بظرفیت دیگری راجع بیکی از مسائل مربوط باحوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت در دادگاه اقامهٔ دعوی بنماید. دادگاه باید مقررات قانون مدنی را نسبت بآنان اجراء بنماید، مگر آنکه بر او معلوم گردد که طرفین دعوی غیر شیعه و پیرو مذاهبی میباشند که برسمیت شناخته شده و قواعد و عادات مسلمه و متداولهٔ مخصوص دارند و نوشتهٔ از مراجع مذهبی خود حاکی از قاعده یا عادت مسلم و متداول مذهبی راجع بمسئلهٔ مورد اختلاف بیاورد. در صورتی که طرف دلیل مخالفی ابراز ندارد، دادگاه طبق آن رأی صادر مینماید. هرگاه طرف نظریه مخالف آن را از یکی از مراجع دیگر آن مذهب بیاورد، معلوم میشود هیچ‌یک از دو نظریه در مذهب آنان از قواعد و عادات مسلم نیست. در این صورت دادرس طبق مقررات قوانین موضوعه کشوری رأی صادر مینماید.

عمل طبق قوانین موضوعه کشوری–

اشاره

در صورتی که قضیه مورد اختلاف از اموری نباشد که طبق قسمت یک (رعایت احوال شخصیه و حقوق ارثیه اتباع بیگانه) و دو (رعایت احوال شخصیه و حقوق ارثیه ایرانیان غیر شیعه) عمل میگردد، باید مقررات قوانین موضوعه کشوری رعایت شود دادرس در مقام یافتن حکم قضیه در قوانین موضوعه کشوری مواجه با یکی از سه صورت زیر خواهد شد:

الف– مادهٔ صریحی در قانون یافت میشود که حکم مورد اختلاف را بیان میکند.

(یعنی منطوق ماده موضوع قضیه حقوقی و حکم آن را از حیث معنی و حدود روشن و واضح

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۷

بیان نموده است). در این صورت دادرس پس از رسیدگی، طبق مادهٔ مزبور حکم مورد اختلاف را صادر میکند. مثلا چنانچه بین فروشندهٔ قالی و خریدار آن، در صحت معامله اختلاف شود و فروشنده باستناد آنکه در تاریخ فروش بسن رشد نرسیده بوده، معامله را باطل و استرداد قالی را بخواهد و برای اثبات این امر رونوشت سند تنظیمی معامله و شناسنامهٔ خود را که حکایت میکند در تاریخ معامله ۱۴ سال داشته ارائه دهد و خریدار منکر بطلان باشد، دادرس پس از آنکه تشخیص داد که اختلاف طرفین در صحت و فساد معامله باعتبار فقدان اهلیت فروشنده است، رسیدگی بمورد اختلاف مینماید و چنانچه ثابت گردید که فروشنده در تاریخ فروش ۱۴ سال داشته است، (باستناد مادهٔ «۱۲۰۷» ق. م که اشخاص محجور را از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع مینماید و مادهٔ «۱۲۷۹» ق. م که هر کس دارای ۱۸ سال تمام نباشد در حکم غیر رشید و محجور میداند و مادهٔ «۳۴۵» ق. م که اهلیت را برای هر یک از بایع و مشتری شرط صحت معامله میشمارد، حکم ببطلان بیع قالی میدهد و بدستور مادهٔ «۳۶۶» ق. م که میگوید: «هرگاه کسی ببیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را بصاحبش رد نماید ...») مقرر میدارد خریدار قالی را که گرفته باید ببایع بدهد تمامی مواد استنادی در دادرسی بالا صریح میباشند و دادرس برای عمل حقوقی احتیاج به هیچ‌گونه تفسیری ندارد.

ب– قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد و یا اصلا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد.

اشاره

در صورتی که حکم مورد اختلاف بین متداعیین را قانون صراحتا بیان نکرده باشد چنانکه ماده «۳» ق. آئین دادرسی متذکر است، دادرس با یکی از صور چهارگانه ذیل مواجه میشود:

1- قانون کامل نمیباشد-

و آن در موردی پیش می‌آید که قانون قسمتی از حکم را بیان نموده و قسمت دیگر را بسکوت برگزار کرده است. مثلا قانون مدنی در باب دوم در ارث میگوید: («فصل سوم– در شرایط و جملهٔ از موانع ارث») در فصل مزبور قتل و همچنین لعان که در ایران در عمل بطور نادر پیش می‌آید، از موانع ارث میشمارد و کفر را

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۸

مسکوت گذارده است. از عنوان فصل مزبور معلوم میگردد که مقنن توجه بآن داشته ولی حکم آن را بجهتی از جهات بیان نکرده است. بنابراین در صورتی که کسی بعنوان وراثت از متوفی، سهم الارث خود را از بقیهٔ ورثه که متصرف ترکه میباشند مطالبه بنماید

و آنان باستناد آنکه خواهان کافر است او را ذیحق در ارث ندانند، دادرس مادهٔ صریحی نمییابد که حکم مورد اختلاف را طبق آن صادر نماید.

2- قانون صریح نمیباشد-

و آن در موردی است که مادهٔ قانونی بوسیلهٔ الفاظ مبهم و مجمل حکمی را بیان نماید و یا عبارت ماده برای فهم مطلب نارسا و کوتاه باشد.

بیان حکم بوسیلهٔ این گونه الفاظ بر خلاف روش قانون‌گذاری است، زیرا قوانین برای عموم افراد کشور وضع میشود تا در عمل بکاربرند و ناچار باید صریح و فهمانندهٔ مقصود باشد، ولی گاه اتفاق می‌افتد که با سعی و کوششی که برای تهیه لوایح قانونی بکار میرود، بدون توجه و یا آنکه بجهت مخصوصی قانون بطور اجمال و ابهام وضع میشود.

مثال- مادهٔ «۴۵۳» ق. م میگوید: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع و یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهدهٔ بایع است». قانون در مادهٔ مزبور صریحا حکم را بیان نکرده و بکلمهٔ (بعهدهٔ) اکتفا نموده است و معلوم نمیباشد منظورش از بودن تلف و نقص بعهدهٔ مشتری در صورت اول و بعهده بایع در صورت دوم چیست؟ آیا در صورت اول بایع باید مثل مال تالف را بمشتری بدهد یا ثمنی را که گرفته است مسترد دارد؟ مادهٔ مزبور بدون توجه مجمل وضع شده است.

3- قانون متناقض باشد-

اشاره

گاه اتفاق می‌افتد که نسبت بمورد اختلاف دو حکم متضاد موجود است که عمل بآن دو مقدور نمیباشد و آن بر دو نحو است:

اول- تزاحم-

و آن در صورتی است که دو عنوان مختلف که هر یک در قانون دارای حکم مخصوصی میباشد عملا در مورد واحد جمع شود. چنانکه در مورد رجوع از اذن بگذاردن سر تیر بر دیوار اختصاصی همسایه است که رفع آن موجب توجه خسارت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۳۹

بصاحب سر تیر میگردد. در مورد مزبور دو حکم در عمل جمع شده است: یکی لزوم رفع سر تیر از دیوار همسایه، زیرا اذن دهنده میتواند هر زمان از اذن خود رجوع بنماید، و بقاء آن پس از رجوع از اذن تصرف در مال غیر بدون مجوز قانونی میباشد، مادهٔ «۱۲۰» ق. م «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سر تیر بگذارد یا روی آن بنا کند هر وقت بخواهد میتواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه بوجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد». دیگری عدم جواز رفع سر تیر، زیرا وضع آن باجازهٔ مالک دیوار بوده و رفع آن موجب اضرار بصاحب سر تیر میشود و از نظر ملازمه مستنبط از مادهٔ «۳۲۹» ق. م مالک دیوار نمیتواند صاحب سر تیر را مجبور به برداشتن سر تیر بنماید. مادهٔ «۳۲۹» ق. م:

«اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را بمثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت آن بر آید»

دوم- تعارض-

اشاره

و آن در صورتی است که مفاد در قانون با یکدیگر اختلاف و تضاد نامیده است. داشته باشد و نتوان بآن دو در یک زمان عمل نمود که ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی آن را تناقض تعارض بین دو حکم در صورتی پیش می‌آید که:

یک- دو قانون هر دو دارای قوهٔ قانونی باشند، یعنی هیچیک صریحا یا ضمنا دیگری را نسخ ننموده باشد و آن در صورتی اتفاق می‌افتد که دو قانون متعارض در یک لایحه باشند و در یک جلسه تقنینیه تصویب شود و این امر بندرت اتفاق می‌افتد، زیرا هرگاه در دو جلسه تصویب گردد قانون مؤخر قانون مقدم را نسخ نموده است.

دو- یکی عام و دیگری خاص نباشد.

سه- یکی مجمل و دیگری مبین نباشد.

چهار- یکی مطلق و دیگری مقید نباشد.

پنج- بین آن دو حکومت و ورود نباشد.

در مورد تعارض مفاد دو قانون با یکدیگر نمیتوان بهر دو عمل نمود، و نیز نمیتوان هیچیک را بر دیگری مقدم داشت و آن را ملغی الاثر دانست، زیرا هر دو در عرض یکدیگر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۰

دارای قوهٔ قانونی میباشند، در این صورت ناچار هر دو قانون قدرت اجرائی خود را از دست میدهند، یعنی هر دو ساقط میشوند و مانند آن خواهد بود که قانونگذار نسبت بمورد مزبور قانونی وضع نکرده و حکمی بیان ننموده است.

تبصره- آنچه گفته شد در صورتیست که تناقض بین قوانین عادی باشد، و الا هرگاه تناقض بین قانون اساسی و قانون عادی باشد، چون آن دو در یک ردیف نیستند نمیتوان مانند تناقض بین قوانین عادی با یکدیگر رفتار نمود و هر دو را ساقط دانست، زیرا قانون اساسی از نظر ارزش حقوقی، پایه و اساس تشکیلات کشور میباشد و بوسیلهٔ مجلس مؤسسان که بالاترین قوهٔ ملی است وضع شده اما قوانین عادی بوسیلهٔ مجلس شورای ملی و سنا وضع میگردد و اختیاراتی که بنمایندگان آن دو مجلس از طرف ملت داده شده در حدود قانون اساسی میباشد که نمیتوانند از آن تجاوز کنند. بنابراین باید مجلسین در موقع وضع قوانین کاملا رعایت انطباق قوانین موضوعه را با قانون اساسی بنمایند و از آن تجاوز نکنند. امر مزبور از نظر حقوقی مسلم میباشد و آنچه میتواند مورد بحث قرار گیرد آنست که هرگاه قوهٔ مقننهٔ عادی از حدود اختیارات خود تجاوز نمود و اشتباها قانونی بر خلاف قانون اساسی وضع کرد، آیا قوهٔ قضائیه، یعنی دادرس میتواند باستناد آنکه قانون عادی مزبور بر خلاف قانون اساسی است، قانون عادی را ملغی الاثر بداند، یا آنکه چنین حقی باو داده نشده و باید طبق قانون عادی عمل کند؟

این موضوع مورد بحث و مطالعهٔ حقوقیین قرار گرفته است و دو روش مختلف در کشورهای خارجه عمل میشود:

اول- نظارت در مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی-

در روش مزبور دادرسان میتوانند قانون عادی را که بنظرشان بر خلاف قانون اساسی میرسد ملغی الاثر بدانند، یعنی قانون اساسی را برتری دهند که آن را(le controle dans la eonstit utionalite des lois)نامند. دول متحدهٔ آمریکا پیروی از نظر مزبور نموده است. خطر پیروی از روش مزبور آنست که قدرت سیاسی دولت را در تشخیص اموری که در ادارهٔ امور عمومی کشور لازم میباشد فلج مینماید و از طرف دیگر راهی برای قضات باز میکند که قوانین را دستخوش خود قرار

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۱

دهند و این امر ممکن است دستاویز دستجات سیاسی در اختلافات بین خود گردد. روش مزبور که اجازه نظارت قوهٔ قضائیه بر قوهٔ مقننه است، بر خلاف اصل تفکیک قوا میباشد و بدون اجازه قانون اساسی در ایران نمیتوان از آن پیروی نمود.

دوم- متابعت از قوانین عادی-

روش مزبور در سویس پیروی میشود که دادرسان نمیتوانند در مورد تناقض بین قوانین فدرال با قانون اساسی، قوانین فدرال را ملغی الاثر دانسته و طبق آن عمل نکنند. بنابراین عدم رعایت قوهٔ مقننه از قانون اساسی در کشور سویس بدون جزا مانده است. اما نسبت بقوانین کانتونها روش اول پیروی میشود و چنانچه کسی در اثر عدم رعایت قانون اساسی کانتون بوسیله یکی از مقامات صالحه آن کانتون متضرر شود، میتواند بدادگاه فدرال شکایت نماید.

پیروان روش مزبور بر آنند که تشخیص مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی از وظائف قوهٔ مقننه است و فهم قانون اساسی در این امر بعهدهٔ او است و نظارت قوهٔ قضائیه در اعمال قوهٔ مقننه بر خلاف اصل تفکیک قوا میباشد که محتاج بتصریح قانون اساسی است.

4- در قضیهٔ مطروحه قانون وجود نداشته باشد

اشاره

قوه مقننه نمیتواند تمامی فروعی که در عمل پیش می‌آید، در مجموعهٔ مختصر قانونی در نظر بگیرد، بدین جهت ممکن است موارد عدیده اتفاق افتد که حکم آن در قانون پیش‌بینی نشده باشد، مثلا چنانکه زوج دادخواست بدادگاه بدهد و در خواست اعلام بطلان نکاح را باستناد آنکه زوجهٔ او کافره غیر کتابیه (مشرکه) است بنماید، در قانون مدنی ایران راجع باین موضوع مادهٔ دیده نمیشود تا دادرس بتواند حکم ببطلان نکاح مزبور صادر نماید، با آنکه باجماع فقهای اسلام طبق نص صریح قرآن مجید، نکاح مرد مسلمان با زن مشرکه ممنوع است و از نظر حقوق اسلام باطل میباشد.

اجازه عمل طبق روح قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم-

اشاره

در مواردی که قانون کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، چون نمیتوان مستقیما حکم قضیهٔ مطروحه را از مواد قانونی بدست آورد، قانون آئین دادرسی مدنی در ذیل مادهٔ «۳» خود دادرسان را بدو امر راهنمائی نموده و میگوید: «... دادگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۲

باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نماید».

شرح عبارت مذکور در بالا ایجاب تعریف دو امر را مینماید:

امر اول- روح و مفاد قوانین موضوعه-

منظور ماده از روح قوانین موضوعه، اصول و قواعد حقوقی و همچنین نظریه‌های علمی میباشد که مبنای قوانین مزبور قرار گرفته است و منظور از مفاد قوانین موضوعه مفهوم آنها است مانند مفهوم موافق و مخالف.

قوانین بر اصول و قواعدی مبتنی است که دانشمندان حقوق آنها را با دقتهای فلسفی و علمی و رعایت اصول مسلم اجتماعی اتخاذ

نموده‌اند. اختلافاتی که بین قوانین کشورها دیده میشود، ناشی از اصول و قواعد علمی است که هر یک پیروی نموده، زیرا چه بسا اصول و قواعدی که کشوری در وضع قوانین خود رعایت میکند و کشور دیگر آن را نمیپذیرد.
اختلاف اصول و قواعد حقوقی در قوانین کشورها ناشی از نظریات علمی و سرچشمه‌های حقوقی مختلفی است که قوانین کشورها بر آنها استوار میباشند، مثلا قوانین مدنی فرانسه چون سرچشمه خود را از حقوق رومی میگیرد بر اصول و قواعدی استوار است که در حقوق رومی پیروی شده، و قوانین مدنی ایران از اصول و قواعدی پیروی نموده که فقه جعفری (امامیه) از آن متابعت کرده است و فقهاء آن را در مؤلفات خود بیان نموده‌اند، چنانکه اثر فسخ در مورد خیارات در حقوق ایران از زمان اخذ بخیار است و در حقوق فرانسه اثر قهقرائی مینماید و مانند بطلان میباشد. فقهای امامیه چون دارای نظریات علمی و آراء مختلفی میباشند، قانون مدنی در هر مسأله قول مشهور را اختیار کرده است، مگر در موارد بسیار نادری که از آن تجاوز نموده و در محل خود تذکر داده میشود.
برای بدست آوردن روح و مفاد قوانین موضوعه، اطلاعات کافی حقوقی لازم است و بوسیلهٔ اطلاعات جزئی که برای فهم سطحی مواد قانونی بکار میرود، نمیتوان بروح و مفاد قوانین دست یافت و بدین جهت است که اسلام قوهٔ استنباط را شرط قضاوت میشمارد، چه بدون داشتن قوهٔ مزبور دادرس نمیتواند در موارد چهارگانه بالا دعاوی را در حدود قانون قطع و فصل بنماید و در مقابل ایمان و وجدان خود خجل و مسئول خواهد بود.

امر دوم- عرف و عادت و مسلم-

منظور از عرف و عادت، عرف و عادت جامعه است

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۳

بامری که در نتیجهٔ تکرار، افراد بآن انس مفرط پیدا نموده‌اند که عمل بر خلاف چندان منکر جلوه میدهد که احساسات افراد را جریحه مینماید. این گونه عادات اغلب سرچشمهٔ مذهبی دارد. قوانین از نظر حفظ نظم و آرامش جامعه، بعرف و عادت مسلم احترام گذارده و رعایت آن را لازم میشمارد. عرف و عادتی که بدین درجه از تأثیر نرسیده است مسلم نمیباشد، یعنی عادت تمام افراد یک جامعه نیست و عده‌ای بر خلاف آن عمل میکنند و قانون آن را محترم نشمرده، زیرا تخلف از آن موجب اخلال نظم نمیگردد، این است که ماده عرف و عادت را با کلمهٔ مسلم مقید نموده است.
بنابر آنچه گذشت دادگاه برای حل اختلاف در موارد چهارگانه بالا باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل بنماید.
در صورتی که حکم قضیه مطروحه از نظر روح قوانین موضوعه با عرف و عادت مسلم یکسان باشد، دادگاه طبق آن رأی صادر مینماید ولی هرگاه حکم قضیهٔ مطروحه از نظر آن دو یکسان نبوده و یکی بر خلاف دیگری باشد، بنظر میرسد که دادرس باید موافق عرف و عادت مسلم رأی صادر نماید، اگر چه میتوان باعتبار مقدم ذکر نمودن کلمهٔ (روح قوانین موضوعه) بر کلمه (عرف و عادت مسلم) بر آن بود که دادگاه طبق روح قوانین موضوعه باید رای صادر نماید

تفسیر

اشاره

برای بدست آوردن روح مواد قوانین موضوعه احتیاج بتفسیر قوانین پیدا میشود.
تفسیر قوانین نه فقط در مقام دادرسی و رسیدگی باختلاف بین افراد بکار میرود، بلکه حقوقدانان و نویسندگان کتب حقوقی در تحقیقات علمی خود نیز احتیاج بتفسیر قوانین پیدا مینمایند و ناچارند برای بدست آوردن حکم بسیاری از موارد که در خارج فرض

میشود قوانین را تفسیر کنند.

1- لزوم تفسیر-

تهیه کنندگان لوایح و طرحهای قانونی همیشه کوشش مینمایند موادی که تهیه میشود شامل تمامی قضایائی که ممکن است پیش آید بشود و همچنین مواد در بیان مطلب صریح باشند تا در عمل کسی مواجه با ابهام نگردد. با وجود این امر موارد بسیاری دیده میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۴

که مواد ناقص و مجمل هستند و بدون تفسیر، قابل تطبیق با قضیه خارج نمیباشند و همچنین مواردی در عمل پیش می‌آید که در موقع تهیه لوایح پیش‌بینی نکرده‌اند، و یا آنکه در سیر تکامل روزافزون و پیش رفت تمدن و ترقی با مواردی مواجه شده که نمیتوانستند آن را فرض بنمایند، مثلا- راجع بمنابع آبهای زیر زمینی که قوانین تذکری بآن نداده و اکنون در حفر چاههای عمیق دچار اشکال در عمل شده‌اند، که آیا حفر چاههای مزبور ایجاد حق حریم در املاک مجاور مینماید و یا آنکه حریم ندارد و یا فقط حریم در اراضی موات ایجاد میشود و چنانچه حریمی برای آنها باشد چه مقدار است؟ از نظر علمی و فن آبیاری نمیتوان حکم مواد «۱۳۷» و «۱۳۸» قانون مدنی را در مورد چاههای عمیق جاری دانست، چه مقدار حریم مزبور برای آبهای سطحی میباشد و همچنین دور از منطق حقوقی است که برای آبهای عمیق باستناد مادهٔ «۳۸» ق. م که مالکیت زمین را مستلزم مالکیت زیر آن میداند، در املاک، حریم نشناخت.

2- روش در تهیه مواد قانونی-

در تهیه طرح و لایحهٔ قانونی دو روش موجود است: یکی آنکه در تنظیم مواد سعی میشود طوری تهیه و تنظیم گردد تا تمامی قضایائی که ممکن است در عمل پیش آید در نظر گرفته شود، بدون آنکه ابهامی در فهم مواد دست دهد، یعنی تمامی فروض احتمالی که میتوان تصور نمود در قالب مواد در آورده و حکم آن بطور کلی بیان شود.

روش مزبور موجب تطویل مجموعهٔ قانونی میگردد و تهیه مواد بیشماری را ایجاب مینماید، بعلاوه بدین وسیله نمیتوان بمقصود غائی نائل شد، زیرا عوامل اجتماعی و روابط افراد چندان مختلف و متفاوت است که دماغ حقوقدانان نمیتوانند تمام آنها را از نظر خود بگذرانند و هر یک را تصور کنند و از طرف دیگر تطویل آنها و زیادتی عدهٔ مواد موجب تناقض و تزاحم بیشتر بین مواد در عمل خواهد بود.

روش دیگر آنست که در تهیه و تنظیم مواد ببیان قواعد کلی و اصولی که موارد مختلفی را در بر دارد. اکتفا میگردد، و انطباق آن با مورد خارج و فروض تصوری بعهدهٔ حقوقدانان

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۵

و دادرسان گذارده میشود. اینگونه مواد اغلب مجمل و قابل برای تفسیرهای وسیع و مختلفی است که موجب اختلاف نظر دادگاهها میگردد. قوانینی که بروش مزبور تهیه شده اگر چه دست دادرسان را در تفسیر باز گذارده است و آنها بیشتر میتوانند انصاف و عدالت قضائی را رعایت نمایند و آرامش وجدان خود را حفظ کنند، ولی نباید از نظر دور داشت که ممکن است در تفسیر مواجه با لغزشهائی شوند که تأمین قضائی دچار خطر و تزلزل گردد.

بنابر آنچه گفته شد هرگونه که قوانین تنظیم گردد، دادرس در عمل تطبیق (در مواردی که قانون صریح یا کامل نباشد یا موارد متناقض باشند و یا حکم قضیه مطروحه را متذکر نشده باشد) احتیاج بتفسیر دارد.

3- روش تفسیر-

در تفسیر قوانین دو روش علمی موجود است که بدو نظریهٔ موسع Extensive و محدود Restrictive نامیده شده است.
تفسیر موسع آنست که معنی مواد قانونی را تا آنجائی که قابلیت کشش دارد با رعایت انصاف و عدالت قضائی توسعه دهند.
تفسیر محدود آنست که از معنی مواد قانونی تجاوز ننموده و حدود اجرای آن را توسعه ندهند، چنانکه در تفسیر قوانین کیفری عمل میشود.
در مقابل دو نظریه بالا، نظریه دیگری موجود است بنام کلاسیک که در مقام تفسیر بین مواد فرق میگذارد. موادی که مبتنی بر قواعد و اصول حقوقی میباشند مورد تفسیر موسع قرار میگیرند و بوسیلهٔ اعمال قواعد عقلی از قبیل وحدت ملاک و قیاس حکم مذکور در ماده را در اشباه و نظائر موضوع آن سرایت میدهند، ولی در مواردی که ماده حکم خاصی را بیان مینماید و بجهتی از جهات استثناء از قاعده و اصول کلی میباشد بطور محدود تفسیر میگردد و از عمل بوحدت ملاک و امثال آن در اشباه و نظائر دوری میجویند و فقط بمفاد و منطوق آن عمل مینمایند. روشی که در این کتاب در تفسیر مواد قانون مدنی پیروی شده روش کلاسیک است که از نظر تحلیل عقلی صحیح بنظر میرسد.

4- اقسام تفسیر

چنانکه در بالا گفته شد برای آنکه مواد قانونی فهمیده شوند و احکام فروض مختلفه‌ای که
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۶
مواد صریحا آنها را بیان نمینمایند بدست آید، مواد قانونی تفسیر میشوند.
تفسیر قوانین همیشه یکسان نتیجه نمیدهد و هر چه مادهٔ قانونی پیچیده‌تر باشد، اختلاف نظر در تفسیر بیشتر خواهد بود، زیرا ساختمان دماغهای افراد متفاوت است و مکتبهای حقوقی که در آن تربیت یافته‌اند مختلف میباشند، مخصوصا در ایران کنونی که عدهٔ از حقوقدانان تربیت یافتگان مکتب حقوق اسلام با روش تعلیمات قدیمه و عده دیگر آموختگان مکتب جدید با روش حقوق غربی هستند و بدین جهت در طرز تفکر در بعض اصول و قواعد مبنائی حقوقی با یکدیگر اختلاف دارند.
تفسیر قانون باعتبار مقامی که آن را تفسیر مینماید بر سه قسم است:
تفسیر قانونی، تفسیر قضائی و تفسیر شخصی (حقوقی) که بوسیلهٔ دانشمندان حقوق بعمل می‌آید که شرح هر یک گذشت.

5- طرق تفسیر-

اشاره

چون گفتگو در حقوق در این فصل از نظر قضائی یعنی در عمل تطبیق قانون میشود، طرق تفسیر قضائی مختصرا بیان میگردد. تفسیر قضائی بوسیله یکی از طرق ذیل بعمل می‌آید:

الف- تفسیر ادبی-

و آن در موردی است که مادهٔ قانون مجمل باشد و بوسیلهٔ دقتهای ادبی بتوان از آن رفع ابهام نمود، یعنی معانی هر یک از لغاتی که در آن بکار رفته در نظر گرفت و ساختمان جملات آن را از نظر دستور زبان دانست تا معنی ماده بدست آید، زیرا روابط موجود بین جملات متعدده و همچنین روابط بین کلمات از اضافه کلمه‌ای بکلمهٔ دیگر یا صفت بودن کلمه‌ای برای کلمهٔ دیگر، ممکن است مفهوم ماده را تغییر دهد.
تفسیر ادبی مواد قانون مدنی و تعهدات سویس که بسه زبان آلمانی، فرانسه و ایتالیائی تصویب شده و هر سه قوهٔ قانونی دارند

آسان‌تر از قوانین دیگر است که بیک زبان فقط تصویب شده است، زیرا در مواد قوانینی که بچند زبان بتصویب رسیده چنانچه اجمال و ابهامی باشد میتوان با مقایسه مفاد کلمات در زبانهای مختلف، معنی آنها را بدست آورد و دانست که در

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۷

مورد اختلاف مفاد آنها با یکدیگر، نظر تصویبی بکدام یک از آنها بوده است. در صورتی که بوسیلهٔ تفسیر ادبی نتوان رفع ابهام و اجمال از مادهٔ قانونی نمود، ناچار برای بدست آوردن معنی آن باید از تفسیر منطقی کمک خواست.

ب- تفسیر منطقی-

تفسیر منطقی عبارت از بدست آوردن منظور مادهٔ قانونی بوسیله مراجعه بمواد دیگر، و همچنین در نظر گرفتن ترتیب و نظم مواد مجموعه و توجه بعنوانی که ماده تحت آن گنجانیده شده است از فصل، باب، مبحث و امثال آن میباشد. مثال: ماده «۳۴» ق. م میگوید: «نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد، مالک نتاج آن هم خواهد شد». از ظاهر مادهٔ مزبور فهمیده میشود که ماده در مورد انتقال و واگذاری مادر است که نتاج کن هم به تبعیت بمنتقل الیه واگذار میگردد، ولی با توجه بمادهٔ «۳۵۸» ق. م که میگوید: «... و بر عکس زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت، حمل در بیع حیوان متعلق بمشتری نمیشود مگر اینکه تصریح شده باشد و یا بر حسب عرف از توابع شمرده شوند». که در واگذاری مادر بدیگری میباشد، صریحا حمل را از متعلقات مادر نمیداند و آنکه مادهٔ «۳۴» ق. م در فصل مالکیت بیان شده و مواد قبل از آن مخصوصا ماده «۳۳» در مورد مالکیت تبعی است، معلوم میشود منظور مادهٔ «۳۴» آنست که هرگاه حیوان نر متعلق بکسی با حیوان مادهٔ متعلق بدیگری نزدیکی بنماید، نتاجی که از نزدیکی آن دو بعمل می‌آید متعلق بمالک مادر است. عبارت مادهٔ مزبور برای بیان این مطلب نارسا میباشد و چنانچه عبارت آن بطریق ذیل میبود (... و هر کس مالک مادر میباشد مالک نتاج آن نیز خواهد بود) صراحتا مقصود را میفهماند و احتیاج به هیچ گونه تفسیری نداشت

ج- تفسیر تاریخی-

تفسیر تاریخی بوسیلهٔ دانستن منشأ تاریخی و یا دانستن سبب وضع قانون و مورد اجرای آن بعمل می‌آید. قوانین موضوعه سرچشمهٔ خود را از منابع مختلفی میگردد. در صورتی که قانونی منشأ تاریخی در قوانین ملل قدیمه داشته باشد، برای تفسیر تاریخی بمنشأ قانون مزبور که از آن سرچشمه گرفته است مراجعه میگردد، مانند ماده «۴۵۳» قانون مدنی در تلف مبیع در زمان خیار پس از تسلیم که مجمل است و فقط

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۸

بوسیلهٔ تفسیر تاریخی که مراجعه بسوابق آن در فقه امامیه باشد میتوان رفع ابهام از آن نمود.

بعض قوانین هستند که سوابق تاریخی ممتدی ندارند و در اثر پیش‌آمدهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی عصر کنونی وضع شده‌اند. اینگونه قوانین، گاه اقتباس از قوانین کشورهای خارجی است، مانند قانون تعدیل مال الاجاره که در اثر کمیابی مسکن در تهران وضع گردید و متابعت از قانون فرانسه نمود، و گاه دیگر مخلوق دماغ دولت وقت است که در اثر پیش‌آمدهای اجتماعی بتهیه لایحهٔ مبادرت کرده و یا نمایندگان مجلس طرح نموده‌اند.

در هر یک از صور بالا- بسابقهٔ امر، از قانون کشورهای بیگانه و یا بمقدمه طرح و پیشنهاد و گزارش و مذاکرات قوهٔ مقننه رجوع میشود.

در هر یک از صور بالا- بسابقه امر، از قانون کشورهای بیگانه و یا بمقدمه طرح و پیشنهاد و گزارش و مذاکرات قوهٔ مقننه رجوع

میشود.

در مقدمه طرحها و لوایح که بتصویب قوهٔ مقننه میرسد، اغلب علل و جهاتی که موجب وضع، تغییر و یا اصلاح آن قانون گشته بیان شده است. مذاکراتی که در موقع طرح قانون در قوه مقننه بعمل می‌آید، مفاد و حدود و طریق اجراء قانون مصوب را روشن مینماید و میتواند کمک شایانی در تفسیر قانون کند، ولی نباید این نکته را از نظر دور داشت که این مقدمه‌ها بتنهائی برای تفسیر قانون کافی نیست و مذاکرات قوهٔ مقننه در بسیاری از موارد در قانون منعکس و از آن فهمیده نمیشود، از طرف دیگر در اغلب موارد قوانین بوسیلهٔ کمیسیونهائی مرکب از متخصصین فنی مربوطه، با توجه بمبانی علمی و اصول مبنائی در آن علم تهیه میگردد. این گونه قوانین فاقد چنین مقدمه میباشد و قوهٔ مقننه هم باعتماد تخصص تهیه کنندگان با یک نظر سطحی و یا با یک تغییر. کوچک ادبی آن لوایح را تصویب مینماید، علاوه بر آن اغلب نمایندگان قوهٔ مقننه غیر متخصص و بی‌اطلاع از اصول و قواعد علمی و فنی قوانینی هستند که تصویب مینمایند، بدین جهت نظریاتی را که نمایندگان در مذاکرات خود در موقع تصویب لوایح اظهار مینمایند همیشه نمیتواند ملاک تفسیر قانون قرار گیرد، مگر آنکه مفاد آن در قانون مصوب منعکس شده باشد و یا قرائن خارجی موجب دلالت قانون بر این امر شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۴۹

د- تفسیر اصولی-

تفسیر مزبور بوسیلهٔ تحقیق در مواد قانونی بعمل می‌آید تا قواعد و اصولی که منشأ و مبنای آن‌ها هستند بدست آید. بالجمله اعمال هر گونه فعالیت دماغی برای بدست آوردن احکام از مواد، در صورتی که مستقیما از مواد قانونی فهمیده نشود از موارد تفسیر اصولی بشمار میرود. بنابراین استنباط احکام بوسیلهٔ استقراء، تمثیل، قیاس، استصحاب و امثال آن تفسیر اصولی میباشد.

برای فهم مواد قوانین کشوری و همچنین استنباط احکام از آنان، باید با علم اصول آشنا بود و توانست قواعد آن را در موارد لازم بکار برد. تفسیر اصولی را ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی عمل بروح قانون نامیده است.

دوم- صدور رأی-

دادگاه پس از آنکه موضوع قضیه را تشخیص داد و حکم آن را بدستور ماده «۳» قانون آئین دادرسی بدست آورد، اقدام بصدور رأی مینماید. بدستور ماده «۵» قانون آئین دادرسی مدنی: «دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین مینماید و نباید بطور عموم و قاعدهٔ کلی حکم بدهد». بنابراین چنانکه مستند رأی ماده صریح باشد باید شمارهٔ ماده مزبور را ذکر نماید و هرگاه مستند رأی مفهوم ماده است و یا از روح قوانین موضوعه استنباط گردیده، دادگاه در رأی خود مواردی که منشأ استنباط قرار گرفته و همچنین طریق استنباط خود را باید متذکر شود و در صورتی که بعادات مسلم در رأی خود اتکاء دارد باید این امر را در رأی خود بیان نماید.

خلاصه، چنانکه مادهٔ بالا میگوید دادگاه نمیتواند بطور عموم و قاعدهٔ کلی حکم قضیه را در رأی خود بیان کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۰

شرح جلد دوم قانون مدنی

کتاب اول- در شخصیت

اشاره

شخصیت عبارت از قابلیتی است در انسان که بتواند در جامعه دارای تکلیف و حق گردد و آن را بواسطه یا بدون واسطه اجرا نماید. بنابراین در اصطلاح علم حقوق، شخص حقوقی بکسی گفته میشود که بتواند دارای حق گردد و عهده‌دار تکلیف شود و بتواند آن را اجرا نمایـد. حق و تکلیف چون از موضوعات حقوقی میباشد آن وضعیت موجود را در شخص شخصیت حقوقی گویند La personnalite juridique

شخص بر دو قسم است:

۱- شخص طبیعی که آن را حقیقی و عادی نیز گویند. la personne physique

- ۲ شخص حقوقی که آن را اخلاقی نیز مینامند. La personne morale

فصل اول – شخص طبیعی

اشاره

هر یک از افراد انسان در جامعه دارای شخصیت حقوقی میباشد و میتواند بوسیلهٔ آن دارای حق و تکلیف گردد و آن را اجرا نماید. این قابلیت از طرف خداوند باعتبار طبیعت انسانی در او بودیعه گذاشته شده است و بدین جهت انسان را شخص طبیعی نامند. در ملل قدیمه برای تمامی افراد انسانی شخصیت نمیشناختند. بلکه عده‌ای از افراد بوده‌اند که بجهتی از جهات اجتماعی در قید بردگی در آمده و نسبت بآنان مانند اموال رفتار میشده، یعنی در ملکیت افراد دیگری بودند و مورد خریدوفروش قرار میگرفتند، ولی اکنون بردگی سپری شده است و هر فردی دارای شخصیت میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۱

کودکان و مجانین که دارای اراده و شعور نیستند از این موقعیت نیز بهره‌مند میباشند و در ردیف افراد کامل دارای شخصیت حقوقی هستند، ولی اجراء آن بواسطهٔ نمایندهٔ قانونی آنها (ولی و قیم) بعمل می‌آید. این است که مادهٔ «۹۵۸» ق. م میگوید: «هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود، لیکن هیچ‌کس نمیتواند حقوق خود را اجرا کند، مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد».

حیوانات دارای شخصیت حقوقی نمیباشند. قوانینی که در بعضی از کشورها برای آنها وضع میشود و بدرفتاری نسبت بآنها را منع مینماید و چنانچه کسانی با آنها بدرفتاری نمایند و جور و ستم کنند مجازات میکردند، تکالیفی است که برای افراد انسانی مقرر شده که مبنی بر رأفت و حس ترحم نسبت بحیوانات است.

اهلیت دارای دو مرحله است:

۱- اهلیت تمتع ۲ -La juissance des droits اهلیت استیفاء L, exercice des droits

۱– اهلیت تمتع

اشاره

اهلیت تمتع عبـارت از قـابلیتی است در انسـان که باعتبـار آن میتوانـد دارای حق شود و مورد تکلیف قرار گیرد. اهلیت تمتع ملاـک شخصـیت حقوقی میباشـد. شخصـیت حقوقی از زمان تولد طفل شـروع میگردد و در تمامی مدت عمر ادامه دارد و با فوت او خاتمه پیدا مینماید.

بنابراین شخصـیت حقوقی لازمهٔ وجود حیات انسانی است، بدین جهت تمامی افراد حتی کودکان و مجانین آن را دارا میباشـند. این است که ماده «۹۵۶» ق. م میگوید: «اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام میشود».

اهلیت تمتع در جنین–

جنین چون دارای وجود مسـتقلی نمیباشد و در خارج با مادر متحد است در ردیف افراد انسان طبیعی بشـمار نمیآید، مگر آنکه زنده متولد شود. این است که مادهٔ «۹۵۷» ق. م میگوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد، مشروط بر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۲

اینکه زنـده متولد شود». حمل زمانی گفته میشود که منی وارد رحم زن شود و بین تخمهٔ ذکور و تخمک اناث امتزاج حاصل گردد که آن را القاح نیز میگوینـد. لقاح بلافاصـله پس از ورود منی در رحم حاصل نمیشود، بلکه مدتی لازم است تا امتزاج بوجود آید و گاه اتفاق می‌افتد که تا حدود مدت دو ساعت پس از نزدیکی انجام میگیرد. ماده «۸۷۵» ق. م. در مورد ارث میگوید: «شرط وراثت زنـده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث میبرد که نطفهٔ او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولـد بمیرد». منظور مـادهٔ بالاـ از انعقـاد نطفه، همـان امتزاج تخمـهٔ ذکور و تخمـک انـاث است. بنابر آنچه گـذشت ابتداء شخصـیت حقوقی برای جنین از زمان انعقاد نطفه خواهد بود، بشـرط آنکه زنده متولد شود، یعنی چنانچه جنین زنده متولـد گردد کشف میشود که از زمـان انعقاد نطفه دارای اهلیت تمتع بوده و هرگاه مرده متولـد شود معلوم میگردد که دارای اهلیت تمتع در هیچ زمان نبوده است. بنابراین شـرط اهلیت تمتع در جنین، زنده متولد شدن اوست. در صورتی که اختلاف در تحقق شرط مزبور شود، و کسـی مـدعی گردد که طفل مرده بـدنیا آمـده است، طرفی که از زنـده متولـد شـدن او منتفع میگردد، باید این امر را ثابت بنمایـد و اثبات آن بهر یک از ادله ممکن است. اسـتهلال (بلنـد شدن صدای گریه طفل پس از ولادت) و یا حرکت طفل پس از ولادت یکی از آثار بارز حیات طفل است و در موارد لزوم میتوان بوسـیلهٔ تشـریح پزشـکی حیات یا ممات طفل را پس از ولادت دانست، مانند آنکه معلوم کنند که طفل بوسیله ریه تنفس کرده یا ریه او هنوز باز نشده است.

در قوانین بعضـی از کشورهـاماننـد فرانسه، شـرط دیگری برای اهلیت جنین افزوده‌انـد و آن قـابلیت بقـاء طفل پس از ولادت است. بنـابراین طفلی که قبـل از مـدت، نارس متولـد شود که قابلیت بقاء را در خارج از رحم نداشـته باشـد و همچنین طفلی که از خوارق طبیعت باشـد و زنـده متولـد شود و قابلیت حیات اسـتقلالی را نـدارد ماننـد آنکه طفل بـدون معده و یا روده باشد، دارای شخصـیت حقوقی نیست. ولی بالعکس قانون مـدنی ایران مانند قانون مدنی آلمان (مادهٔ اول) و قانون مدنی سوئیس (مادهٔ ۳۱) قابلیت بقاء پس از تولد را، شرط دارا شدن شخصیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۳

حقوقی برای طفل قرار نـداده است و طفلی که زنـده متولـد شود، اگر چه ناقص الخلقه و یا نارس باشـد و نتواند ادامه حیات بدهد و پس از تولـد بمیرد، کشف میشود که از زمان انعقاد نطفه دارای شخصـیت حقوقی بوده است. در قانون مدنی اسپانیا ماده «۳۰» برای اهلیت تمتع حمل شرط نموده که طفل باید بصورت انسانی باشد و بیست و چهار ساعت تمام خارج از رحم زنده بماند.

چنانکه گذشت اهلیت انسان در اثر مرگ خاتمه پیدا مینماید و مردگان دارای هیچ‌گونه اهلیت نیسـتند و تمامی ترکه متوفی بخودی خـود بورثـهٔ او منتقـل میگردد، و دیون او بـترکه مزبور تعلق میگیرد، همچنـانی که زوجیت بین متوفی و طرف او منحـل میشود فوت

مدنی در قوانین موضوعه کشوری موجود نیست. بالعکس آنچه در قوانین بسیاری از ملل قدیمه بوده که در اثر استرقاق (ببردگی در آوردن) و ارتداد شخص، احکام موت حقیقی بر او جاری میشده است.

۲- اهلیت استیفاء-

اهلیت استیفاء عبارت از قابلیتی است که قانون برای افراد شناخته تا بتوانند حق خود را اجرا و خود را متعهد سازند. هر کس که دارای حق تمتع است قابلیت اعمال و اجراء آن را مستقیماً ندارد، زیرا برای دارا شدن حق کافی است که انسانی موجود و زنده باشد، ولی این امر کافی نیست که بتواند آن را اجرا بنماید، بلکه اجرای حق مستقیماً منوط باستعداد طبیعی جسمی و روحی میباشد، مثلا کودک شش‌ساله با آنکه دارای اهلیت تمتع است قدرت جسمی و روحی ندارد که بتواند آثار اعمال خود را بداند و سود و زیان آن را تشخیص دهد.

در اصطلاح حقوقی کسی که بسن اهلیت استیفاء رسیده باشد بالغ گویند. بالغ کسی است که هیجده سال تمام داشته باشد و چنانچه به هیجده سال تمام نرسیده باشد صغیر نامند.

در این امر قانون مدنی فرق بین ذکور و اناث نگذارده است.

ماده «۱۲۰۹» ق. م میگوید: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است، مع ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۴

ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود». بنابراین کسی که به هیجده سال تمام نرسیده دارای اهلیت استیفاء نمیباشد و نمیتواند حقوق مدنی خود را اجرا نماید و یا تعهد در مقابل دیگری کند، بدین جهت نمیتواند بیع، اجاره و امثال آن را واقع سازد. بلکه اجراء آنها بوسیلهٔ نمایندهٔ قانونی آنان که ولی و وصی و قیم باشد اجراء میگردد.

چون هیچ‌گونه زیانی نسبت بصغیر ممیز در تملک بلا عوض متصور نیست ماده «۱۲۱۲» ق. م. استثناء اجازه داده است که او بتواند تملک بلاعوض بنماید. ماده «۱۲۱۲» ق. م:

«اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط باموال و حقوق مالی او باشد، باطل و بلا اثر است مع ذلک صغیر ممیز میتواند تملک بلاعوض کند مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات». قانون مدنی از صغیر ممیز تعریفی ننموده و اصطلاح حقوقی مزبور از معنی لغوی دور نیفتاده است. صغیر ممیز در اصطلاح حقوقی بکسی گویند که هیجده سال تمام ندارد ولی میتواند آثار و همچنین سود و زیان اعمال خود را کم و بیش تشخیص دهد. در مقابل آن صغیر غیر ممیز است که نمیتواند آثار و همچنین سود و زیان اعمال خود را تشخیص دهد. قانون سنی را برای صغیر ممیز تعیین نکرده است. درجهٔ فهمی که برای تشخیص هر یک از اعمال و همچنین آثار و سود و زیانی که بر آن مترتب میگردد لازم است، متفاوت میباشد. قدرت تشخیص این امر در صغیر نسبت بتمامی اعمال یکسان نیست، ممکن است نسبت ببعض از اعمال قدرت تمیز را دارا و نسبت ببعض اعمال دیگر آن قدرت را نداشته باشند. بنابراین درجهٔ تمیز در اشخاص صغیر متفاوت خواهد بود. بنظر میرسد صغیر ممیز که مادهٔ بالا بآن اشاره نموده، صغیری نیست که بتواند تمامی اعمال قضائی و آثار هر یک و سود و زیان آنها را تشخیص دهد، بلکه کسی است که سن او کمتر از هیجده سال میباشد و میتواند تشخیص دهد در صلح و هبه بلا عوض که باو میشود مالی را کسی باو میدهد بدون آنکه چیزی از او بگیرد و او آن را قبول مینماید و احتیاج ندارد که صغیر اعمال دیگر را مانند نکاح، طلاق بیع و اجاره را نیز تشخیص دهد و آثار آنها را نیز بداند.

ماده بالا اگر چه تملک بلاعوض را اجازه داده است، ولی میتوان از وحدت ملاک آن

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۵

استنباط نمود که تعهد بلاعوض بنفع صغیر ممیز نیز مانند تملک بلاعوض میباشد. همچنین است قبول وقف خاص، حق انتفاع (عمری، رقبی و سکنی) و حیازت مباحات که صغیر بوسیلهٔ آنها بر دارائی خود می‌افزاید، بدون آنکه تصرف در اموال و دارائی و حقوق مالی خود بنماید.

صغاری یافت میشوند که قوای جسمی و روحی آنان زودرس است و قبل از هیجده سال تمام قابلیت طبیعی برای استیفاء حقوق مدنی را دارا میشوند که از این جهت در ردیف اشخاص بالغ در می‌آیند. بدستور ذیل ماده «۱۲۰۹» ق. م. اشخاص مزبور میتوانند پس از پانزده سال تمام درخواست حکم رشد از دادگاه شهرستان حوزهٔ خود بنمایند و دادگاه پس از رسیدگی باین امر حکم رشد آنان را صادر مینماید.

طبق قانون مدنی دوران صغر اتباع ایران، اگر چه در خارج از کشور اقامت داشته باشند به هیجده سالگی خاتمه میابد و اتباع بیگانه در این امر تابع قانون دولت متبوع خود هستند. ماده «۷» ق. م: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه باحوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

کسانی که دارای هیجده سال تمام هستند، ممکن است در اثر نقص طبیعی یا عارضه بیماریهای روحی قابلیت اجراء حقوق خود را بدست نیاورند و یا پس از نیل بآن، بمدت زمانی از دست بدهند و سفیه یا مجنون گردند. اینان نیز مانند صغیر مادام که قابلیت اجراء حق را فاقدند، از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع میباشند که در اصطلاح حقوقی بآنان محجور گویند. مادهٔ ۱۲۰۷ ق. م: «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند:

۱- صغار.

۲- اشخاص غیر رشید.

۳- مجانین».

کسانی که بسن ۱۸ سال تمام میرسند بخودی خود دارای اهلیت استیفاء میگردند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۶

و میتوانند همه گونه تصرف در دارائی خود بنمایند و احتیاج برسیدگی دادگاه و صدور حکم نمیباشد. بنابراین بدستور ماده «۱۲۱۰» ق. م: «هیچ‌کس را نمیتوان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام بعنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

نکته‌ای که در قانون ایران رعایت نشده آنست که، صغار که از هر گونه تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع میباشند بیک لحظه و آن به گذشتن ۱۸ سال تمام است دارای اهلیت کامل میگردند و بدون آنکه تجربیاتی در زندگی آموخته باشند، همه گونه تصرف را میتوانند در دارائی خود بنمایند و این امر خطراتی را در بر دارد که در عمل اغلب مشهود است، پس بهتر آن بود که قانون مدنی ایران مانند قوانین مدنی بعضی کشورهای دیگر مرحلهٔ را برای صغار در نظر بگیرد که دارای اهلیت استیفاء ناقص گردند و سپس چندی که در آن بسر بردند و تجربیاتی آموختند دارای اهلیت استیفاء کامل گردند.

۳- حمایت از شخصیت-

هر فردی حق دارد از شخصیت خود در جامعه‌ای که زندگانی مینماید بهره‌مند گردد یعنی حقوق خود را اجرا و از تجاوز دیگران

بوسائل مقتضی جلوگیری کند، مانند آنکه مانع گردد که نام خانوادگی او را دیگری استعمال کند و همچنین است نسبت باحوال شخصیه خود چنانکه میتواند دعوی بنوت و یا ابوت نسبت بدیگری بنماید و یا از حقوق سیاسی خود که بستگی بوضعیت تابعیت او دارد دفاع کند. در مقابل حمایت از شخصیت، حمایت فرد از منافع مالی خود میباشد که نگذارد کسی نسبت بآن تجاوز نماید.

فرق اساسی بین منافع مادی و بین حقوق شخصیت آنست که منافع مادی را جز منتفع کسی از آن بهره‌مند نمیگردد و بدین جهت میتواند او را انتقال دهد و یا اسقاط نماید و یا از آن اعراض کند و بوسیلهٔ فوت بورثه‌اش منتقل میشود. بالعکس حقوق شخصیت بستگی بجامعه دارد، زیرا فرد سلول هیکل جامعه است و او بوسیلهٔ حقوق شخصیت خود، از افراد دیگر متمایز میباشد و بدین جهت حقوق مزبور غیر قابل انتقال و اسقاط و بازداشت است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۷

هیچ‌کس نمیتواند حق تمتع یا حق اجراء حقوق مدنی را از خود سلب کند

اهلیت تمتع که مظهر بارز شخصیت حقوقی میباشد، رمزی است که خداوند در طبیعت انسان بودیعه گذارده است و با پیدایش او توأم و با مرگش نابود میشود.

سلب شخصیت حقوقی از فرد انسانی مرگ حقوقی میباشد و انسان مادامی‌که طبیعهٔ زنده است نمیتوان او را مرده فرض نمود، زیرا این امر با رمزی که طبیعت باو هدیه کرده است منافات دارد و در عالم حقوق که روح اجتماع است، هر فرد انسان بدون داشتن شخصیت حقوقی زنده شناخته نمیشود. بنابراین اهلیت تمتع تحت اخیار افراد انسانی نیست تا بتوانند آن را از یکدیگر سلب بنمایند. این است که مادهٔ «۹۵۹» ق. م. میگوید: «هیچ‌کس نمیتواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند»

شرح مادهٔ بالا:

منظور ماده از سلب حق تمتع آنست که هیچ یک از افراد نمیتواند حق تمتع یعنی قابلیت دارا شدن حق را از خود سلب کند، بطوری که بعداً نتواند آن حق را بدست آورد، خواه سلب تمام آن حقوق باشد مانند آنکه کسی تمامی حقوق مدنی خود را سلب کند که در حکم نبات یا جمادی در آید، و یا قسمتی از آن را از خود سلب کند مانند حق زوجیت یا حق تملك و امثال آن. مثلا کسی نمیتواند حق ازدواج را از خود سلب کند، بدین معنی که حق ازدواج با هیچ زنی را نداشته باشد که هرگاه زنی را برای خود عقد کند رابطهٔ زوجیت بین آن دو پیدا نشود. بنابراین چنانچه در عقد نکاح شرط شود که شوهر حق ازدواج با زن دیگری را در دوران حیات زن یا پس از مرگ او نداشته باشد، شرط مزبور صحیح نیست و این حق از او سلب نمیشود. همچنین هرگاه کسی با دیگری در ضمن عقد بیع شرط بنماید که مشتری حق خرید ملك مزروعی نداشته باشد، حق خرید ملك مزروعی از او سلب نمیشود. فرقی نمینماید که این امر برای مدت معینی باشد یا برای تمامی عمر،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۸

زیرا شخصیت از لوازم حیات انسانی است و شخصیت در تمامی دوران زندگی با فرد همراه میباشد.

داشتن حق تمتع بدون آنکه قدرت بر اجراء آن باشد، عنوانی بی‌اثر است، زیرا علت غائی از داشتن حق تمتع، اعمال و اجراء آنست، لذا همچنانکه افراد نمیتوانند سلب حق تمتع از خود بنمایند ناچار سلب حق اجراء آن را نخواهند توانست. این است که قانون مدنی در ماده بالا در یک جمله سلب حق اجراء را در ردیف سلب حق تمتع منع نموده است.

همچنین است سلب قسمتی از حق تمتع و یا اجراء آن، منظور ماده از قسمتی از حق تمتع یک نوع از آن حق است مانند حق تملك، حق ازدواج یا طلاق و امثال آن، زیرا سلب آن حق شخصیت حقوقی را معلول میگرداند و افراد با داشتن مجموع حقوق دارای شخصیت حقوقی میشوند. این است که ماده بطور کلی، سلب تمام یا قسمتی از حق تمتع و یا اجراء آن را منع نموده است. منظور از

سلب حق بطور کلی، سلب تمام یا قسمتی از آن حق بقید کلی طبیعی میباشد، زیرا آن امری است که لطمه بشخصیت حقوقی وارد می‌آورد و الا قدرت بر سلب حق بطور جزئی لازمهٔ آزادی حقوقی فرد میباشد، زیرا سلب حق از موضوع معینی در خارج، خود از حقوق مدنی بشمار می‌آید که بانسان اعطا شده است، چنانکه کسی در ضمن عقدی حق عزل وکیل معینی را که باو وکالت داده، از خود سلب نماید و یا حق خرید فلان خانه متعلق بفلان کس را از خود سلب کند.

بحثی که پیش می‌آید آنست که آیا در اثر سلب حق بطور جزئی در موارد بالاـ اجراء آن حق بلاـ اثر است، یا آنکه حق را میتوان اجراء نمود، ولی شخص مزبور باید خسارات طرف را در اثر اجراء حق بپردازد؟ مثلا هرگاه کسی در مقابل دیگری از خود سلب حق خرید فلان خانه یا ملک را نموده باشد و آن خانه یا ملک را بعداً بخرد، آیا آن معامله باطل خواهد بود یا آنکه معامله صحیح است ولی شخص مزبور مسئول خسارات وارده در اثر خرید آن ملک میباشد؟ بنظر میرسد که در اثر سلب حق مزبور معاملهٔ ملک باطل میباشد، زیرا خریدار

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۵۹

پس از سلب حق، مانند آنست که چنین حقی را نداشته است.

اما در صورتی که کسی تعهد نماید که از فلان حق خاص استفاده نکند، مانند آنکه متعهد شود در مناقصه راه‌سازی قم بطهران پیشنهاد ندهد و او بر خلاف تعهد پیشنهاد بدهد و در مناقصه برنده گردد، چون حق اختیاری است برای فرد که میتواند اعمال نماید و میتواند اعمال نکند، لذا تعهد بعدم اعمال آن صحیح است و چنانچه بر خلاف تعهد خود عمل نماید خسارات ناشیه از عدم انجام تعهد را باید بپردازد و هرگاه ممکن باشد مجبور میشود آن را بحالت اولیه خود عودت دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۰

کتاب دوم– در تابعیت

کلیات

۱– تعریف تابعیت

تابعیت نوعی از ارتباط سیاسی و معنوی است که فردی را بکشوری مربوط میکند.

بنابر گفته Niboyet حقوقدان فرانسوی تابعیت نوعی از ارتباط سیاسی است که بموجب آن فرد جزء عناصر اساسی و دائمی کشوری میگردد.

تابعیت اصولًا از مسائل حقوق عمومی بشمار میرود و بهمین جهت اغلب از کشورها مانند کشورهای متحده آمریکای شمالی اصول مهمه آن را ضمن قانون اساسی خود آورده و فروعات و تشریفات مربوطه بآن را ضمن قوانین عادی متذکر شده‌اند، بعض از کشورها آن را ضمن قوانین مخصوص بیان نموده‌اند.

قسمت مهمی از قوانین مربوطه بتابعیت ایران از قوانین تابعیت کشور فرانسه اقتباس شده است. در کشور مزبور قبل از انقلاب فرانسه تابعیت منحصراً یک مسأله حقوقی بوده، لیکن پس از انقلاب جنبهٔ سیاسی این مسأله آشکار و اهمیت روزافزون آن سبب شد که در قانون مدنی «۱۸۰۴» فرانسه ضمن ۱۴ ماده مسائل مربوط بآن گفته شود.

تغییراتی که از لحاظ اقتصادی و اجتماعی بعد از جنگ بین المللی اول در فرانسه پیش آمد و همچنین برای جبران تلفات زمان جنگ که احتیاج بتکثیر نفوس از راه مهاجرت و قبول تابعیت پیدا نمود، موجب گردید مقررات تابعیت مندرج در قانون مدنی نسخ

شود و مقررات تازهٔ ضمن قانون جداگانه در دهم اوت ۱۹۲۷ در ۱۴ ماده بتصویب برسد.

قانون جدید تابعیت مانند قانون قدیم ناقص و دارای مواد طولانی بود، بالاخره در

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۱

سال «۱۹۴۵» مقررات تابعیت بعوض ۱۴ ماده، قانونی در ۱۵۰ ماده بنام مجموعهٔ تابعیت Code de la nationalite بتصویب رسید.

قانون‌گذار ایران بتقلید قانون مدنی «۱۸۰۴» فرانسه مقررات مربوطه بتابعیت را در «۱۶» ماده در کتاب دوم از جلد دوم قانون مدنی بیان نموده است. مقررات فعلی تابعیت ایران اصولًا دارای بسیاری از معایب و نواقص قوانین سابق تابعیت فرانسه میباشد، مثلا مقررات مربوط بانواع مختلف تابعیت یکجا و بطور مختلط ضمن مادهٔ عریض و طویل «۹۷۶» آورده شده است. باضافه قوانین شکلی و تشریفاتی تابعیت با اینکه در شأن حقوق مدنی نمیباشد ضمن آن بیان گردیده است (من باب مثال رجوع شود بماده «۹۸۳» ق. م).

از نظر حقوقی مقتضی است مقررات مربوطه بتابعیت بدو دسته تفکیک و تقسیم شوند: اصول اساسی تابعیت و مقررات عادی و یا شکلی آن. دسته اول که مربوط باصول تابعیت است ضمن قانون اساسی و یا در قانون مدنی گنجانیده شود و دستهٔ دوم که مقررات عادی و یا شکلی تابعیت است بطور جداگانه تنظیم گردد.

Ripert

حقوق‌دان فرانسوی متذکر شده است که تابعیت، اگر چه از مسائل حقوق عمومی بشمار میرود ولی بدلایل زیر مناسب است در قانون مدنی گنجانیده شود:

اولا- اکثر افرادی که تبعهٔ یک کشور هستند تابعیت خود را از راه نسب و یا از طریق ازدواج تحصیل مینمایند و این دو از موضوعات حقوق مدنی میباشد.

ثانیاً- اصل تساوی حقوق مدنی در پارهٔ از موارد فقط منحصر باتباع کشور میباشد و خارجیها یا اساساً اهلیت تمتع و استیفای آن حقوق را ندارند و یا اهلیت آنها نسبت باین نوع حقوق محدود و مشروط میباشد.

ثالثاً- رسیدگی و قضاوت در مسائل مربوطه بتابعیت، در صلاحیت دادگاههای دادگستری میباشد.

۲- اصول اساسی تابعیت

بیان مقررات تابعیت در حقوق ایران ایجاب مینماید که مقدمهٔ اصول مهمه تابعیت بطور کلی تذکر داده شود:

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۲

تابعیت افراد بر دو نوع است:

اول- تابعیت مبدأ- و آن تابعیتی است که از تاریخ تولد بحکم قانون بطفل تحمیل میشود که آن را بفرانسه La nationalite de naissance یا La nationalite d, origine نامند.

دوم- تابعیت اشتقاقی- و آن تابعیتی است که بعد از تاریخ تولد تا موقعی که شخص زنده میباشد در اثر اعمال حقوقی شخص و یا نمایندهٔ قانونی او ممکن است تحصیل شود که آن را La nationalite derivee نامند. از این قبیل است تحصیل تابعیت در اثر سکونت مدت معینی در کشور خارجی و یا تحصیل تابعیت در اثر ازدواج.

تابعیت اکثر اتباع هر کشور از نوع تابعیت تولد میباشد و موارد تابعیت اشتقاقی در مقابل تابعیت تولد ناچیز است.

تابعیت تولد از دو راه حاصل میشود:

طریق اول- تحصیل تابعیت از راه نسب که آن را اصل خون نیز نامند.
(Yus sanginis, la nationalite de filiation)

طریق دوم- تحصیل تابعیت در اثر تولد در قلمرو کشور که باصل خاک معروف است(Yus soli, la nationalite de teritoire)

اصل خون بمحلی که طفل متولد میشود توجهی ندارد، چه مطابق این اصل هرکجا طفل متولد شود قهراً تابعیت پدر یا مادر خود را داراست. بر عکس طبق اصل خاک، تابعیت کشور محل تولد بطفل تحمیل میشود، بدون آنکه نسب طفل در نظر گرفته شود.

گفتگو در هر یک از دو طریق خون و خاک یکی از مباحث حقوق بین الملل خصوصی را تشکیل میدهد که ذکر آن در اینجا مورد ندارد.

نکته‌ای که لازم است یادآوری شود این است که در انتخاب اصل خون و یا اصل خاک هیچ نوع حقیقت مسلمی بدون در نظر گرفتن زمان و مکان وجود ندارد تا از آن پیروی شود. بعبارت دیگر تابعیت یک مسأله منطقی یا فلسفی نیست تا بتوان برای آن راه حل متحد الشکلی پیدا کرد که اعمال آن در همه جا و همه وقت صلاح باشد. هر کشوری بنابر اوضاع

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۳

و احوال جغرافیائی، سیاسی و اقتصادی باید در مسائل مربوطه بتابعیت منافع خود را سنجیده مقرراتی را وضع نماید. هر نوع تصمیمی غیر از این برای کشور بمنزلهٔ خودکشی است، مثلا اگر کشورهای متحدهٔ امریکای شمالی اصل خاک را نمیپذیرفت محال بود که جمعیت و تمدن امروزی را حائز گردد، بر عکس کشور سویس که برای ساکنین سرزمین کوچک خود باندازهٔ کافی کار ندارد و جز توسل باصل خون چارهٔ نداشت، علاوه بر آنکه پیروی از اصل خون سبب شده که تعداد اتباع سویس در خارجه نزدیک دو برابر جمعیت فعلی آن کشور برسد و از این راه عظمت آن تأمین گردد.

کشورهای آمریکائی انگلیسی زبان و لاتین، اصل خاک را پیروی میکنند و بسیاری از کشورها مانند ایران و فرانسه دو اصل خون و خاک را توأماً اجرا نموده‌اند.

اختلاف رویه کشورها در انتخاب اصول خون و خاک در عمل اشکالات زیادی ایجاد نموده است، مثلا ژاپن قبل از جنگ بین المللی اول اصل خون را پذیرفته بود و در «۱۹۲۴» قانون تابعیت ژاپن تغییر کرد و متمایل باصل خاک گردید، لیکن اصل خون را نسبت باتباع خود که در بعضی کشورها از قبیل ممالک متحده امریکا ساکن بودند ادامه داد. نتیجةً اطفال متولد از ژاپنی‌های ساکن ممالک کشورهای متحده آمریکا بنا بر اصل خون دارای تابعیت ژاپن بودند و بنابر اصل خاک که بوسیلهٔ آمریکا پذیرفته شده بود دارای تابعیت امریکائی نیز میشدند. جنگ بین المللی دوم پیش آمد، آمریکا و ژاپن در مقابل یکدیگر داخل جنگ شدند و اشکالات زیادی در عمل برای دولت آمریکا پیدا شد که حل آنها آسان نبود.

مسئلهٔ دیگری که از اختلاف روش دولت‌ها در پیروی از اصل خاک و خون پیش می‌آید این است که ممکن است اطفالی بدون تابعیت متولد شوند، یعنی هیچ‌یک از قوانین کشور محل تولد و قوانین کشور ابوین طفل (و یا اگر ابوین طفل بدون تابعیت باشند) بمولود جدید اجازه کسب تابعیت نمیدهند.

در کتاب دوم تابعیت قانون مدنی ایران از افراد دارای چند تابعیت و یا از افراد بدون تابعیت صحبتی بمیان نیامده و حل اشکالات ناشیه از این مسائل پیش‌بینی نشده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۴

مقررات تابعیت در ایران

قانون مدنی چنانکه ذیلاـ دیده میشود در تابعیت نظر بمصالحی، در بعض موارد اصل خاک و در بعض موارد دیگر از اصل خون پیروی نموده است.

طبق ماده «۹۷۶» ق. م «اشخاص ذیل تبعهٔ ایران محسوب میشوند:

۱- کلیهٔ ساکنین ایران باستثنای اشخاصی که تبعیت خارجی آنها مسلم باشد. تبعیت خارجی کسانی مسلم است که مدارک تابعیت آنها مورد اعتراض دولت ایران نباشد ...» زیرا ظاهر آنست که افراد ساکن در هر کشوری تبعهٔ آن کشور میباشند تا خلاف آن ثابت گردد.

بنابراین هرگاه فردی در ایران یافت شود، خواه بسن رشد رسیده یا نرسیده باشد، که تابعیت او معلوم نیست مانند کودک پیدا شده، تبعهٔ ایران شناخته میشود مگر آنکه تبعیت خارجی او مسلم شود. ماده بالا مسلم بودن تابعیت خارجی را توضیح میدهد و آن در صورتی است که شخص مزبور دارای مدارکی باشد که حاکی از تابعیت خارجی او است و مدارک مزبور مورد اعتراض دولت ایران قرار نگرفته باشد. بنابراین کسانی که مدارکی بر تابعیت خارجی خود دارند مادام که مدارک آنان مورد اعتراض دولت ایران قرار نگرفته تبعهٔ خارجه شناخته میشوند. بند اول ماده «۹۷۶» ق. م مذکور در بالاـ حاوی یک امارهٔ قانونی است که ناشی از تمایل قانون مدنی باصل خاک میباشد.

در قانون تابعیت مصوب ۱۶ شهریور ماه ۱۳۰۸ نیز اماره قانونی فوق موجود بوده است، لیکن بجای شرط سکونت داشتن، اقامتگاه در ایران ملاک تشخیص تابعیت بوده است. موجب این امر آنست که اقامتگاه و محل سکونت ممکن است مختلف باشد.

برابر مادهٔ «۱۰۰۲» ق. م «... اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز امور و اقامتگاه محسوب است ...» و از طرفی اقامتگاه صغیر و محجور همان اقامتگاه ولی یا قیم او است (مادهٔ «۱۰۰۶» قانون مدنی) و مطابق قانون تابعیت مصوب ۱۳۰۸ طفلی که در یکی از کشورهای خارجی از کسی (چه تبعه ایران باشد یا غیر آن) که در ایران اقامتگاه دارد متولد شود ایرانی بایستی محسوب شود و بدیهی است که این ترتیب منطقی نبوده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۵

و با هیچیک از اصول خون و خاک نیز تطبیق نمیکند، بهمین دلیل قانون چه در بند اول مادهٔ «۹۷۶» ق. م و چه در بند دوم ماده «۹۷۹» سکونت را شرط تحصیل تابعیت دانسته و از اقامتگاه سخنی بمیان نیاورده است.

«۲- کسانی که پدر آنها ایرانی است اعم از اینکه در ایران یا در خارجه متولد شده باشند ...» قانون مدنی اصل دیگری را که اصل خون است بیان مینماید و آن تبعیت فرزند از تابعیت پدر میباشد، بدون توجه بمحلی که طفل در آنجا متولد شده است. بنابراین چنانچه طفلی از یک پدر ایرانی ساکن در خارجه متولد شود، طفل ایرانی شناخته میشود.

با توجه به بند دوم مذکور در بالاـ قانون مدنی در تابعیت فرزند تابعیت مادر را مؤثر ندانسته است. بنابراین طفل متولد از پدر ایرانی، ایرانی شناخته میشود اگر چه مادر او ایرانی نباشد.

و بالعکس چنانچه فرزندی از مادر ایرانی و پدر خارجی ساکن در خارج ایران متولد شود ایرانی نمیباشد.

بند دوم مادهٔ مزبور اصل خون را فقط نسبت بپدر پذیرفته است و حال آنکه بطرز تفکر جدید حقوقی در ممالک مترقی که اصل خون را پذیرفته‌اند، سیستم خون را بطور تساوی نسبت بپدر و مادر مرعی میدارند.

«۳- کسانی که در ایران متولد شده و پدر و مادر آنان غیر معلوم باشد ...» کسانی که در ایران متولد میشوند و پدر آنان نامعلوم است مشمول بند ۱ ماده «۹۷۶» ق. م. میباشند و ایرانی شناخته میشوند.

بند سوم مذکور در بالا، در موارد بسیاری از بدون تابعیت ماندن نوزاد جلوگیری میکند، زیرا در موردی که پدر و مادر طفل غیر معلوم باشد بصرف تولد در ایران تابعیت ایران بطفل تحمیل میشود.

«۴- کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آنها در ایران متولد شده بوجود آمده‌اند ...». قانون مدنی اصل خاک را در مورد نوزاد متولد در ایران که از پدر و مادر خارجی است پذیرفته است، مشروط بر اینکه یکی از آنها نیز در ایران متولد شده باشند. بنابراین در موردی که طفل در ایران متولد شود و دارای پدر و مادر خارجی باشد که هیچ‌یک از آنها

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۶

در ایران متولد نشده‌اند، آن طفل بصرف تولد در ایران ایرانی نمیشود. و حال اینکه کشورهائی که مانند آمریکا اصل خاک را پذیرفته‌اند در چنین مورد بطفل تابعیت خود را تحمیل مینماید.

ایراد دیگر بر بند چهارم ماده بالا نسبت بموردی است که طفلی در ایران متولد شده و دارای پدر خارجی و مادر ایرانی باشد که هیچ‌یک در ایران متولد نشده باشند. قانون بچنین طفلی تابعیت ایرانی نمیدهد، زیرا عبارت ماده مزبور شامل آن نمیگردد و این یکی از اشتباهات قانون مدنی ایران است، زیرا طفل متولد در ایران که دارای پدر خارجی و مادر ایرانی که در خارجه متولد شده است، ایرانی تر از طفلی است که از پدر و مادر خارجی که یکی از آنان در ایران متولد شده باشد، بوجود آید.

«۵- کسانی که در ایران از پدری که تبعه خارجه است بوجود آمده و بلافاصله پس از رسیدن بسن هیجده سال تمام لااقل یک سال دیگر در ایران اقامت کرده باشند، و الا قبول شدن آنها بتابعیت ایران بر طبق مقرراتی خواهد بود که مطابق قانون برای تحصیل تابعیت ایران مقرر است ...». در بند مذکور در بالا برای آنکه طفل متولد از پدر تبعه خارجه، ایرانی شناخته شود دو شرط قرار داده است:

الف- آنکه طفل از پدر خارجی در کشور ایران متولد گردد.

ب- آنکه بلافاصله پس از رسیدن طفل بسن هیجده سال تمام لااقل یک سال دیگر در ایران اقامت کند. بنابراین لزومی ندارد که طفل پس از تولد تا قبل از سن ۱۸ سالگی در ایران بماند، بلکه هرگاه پس از تولد طفل را بخارج ببرند، و سپس قبل از روزی که بسن هیجده سال تمام میرسد بایران مراجعت و یک سال تمام بدون آنکه در ظرف مدت مزبور از ایران خارج شود بماند، طفل مزبور ایرانی شناخته میشود. میتوان از کلمهٔ (دیگر) مذکور در بالا استنباط نمود که طفل باید تمامی هیجده سال پس از تولد را در ایران سکونت داشته باشد.

چنانچه شرائط بالا در فردی جمع شود بخودی خود تبعه ایران شناخته میشود و احتیاج به هیچ‌گونه تقاضائی ندارد، ولی هرگاه یکی از شرائط مذکور در بالا در کسی موجود نباشد تبعهٔ ایران محسوب نمی‌گردد و ورود او بتبعیت ایران طبق مقرراتی خواهد بود

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۷

که برای تحصیل تابعیت ایران مقرر است.

تبصره ۱- مادهٔ «۹۷۷» ق. م میگوید: «اشخاص مذکور در فقرهٔ ۴ و ۵ حق دارند پس از رسیدن بسن هیجده سال تمام تا یک سال تابعیت پدر خود را قبول کنند، مشروط بر اینکه در ظرف مدت فوق اظهاریه کتبی تقدیم وزارت خارجه نمایند و تصدیق دولت متبوع پدرشان دایر باینکه آنها را تبعه خود خواهند شناخت ضمیمهٔ اظهاریه باشد». بنابراین هرگاه در مدت یک سال اظهار نامهٔ کتبی پیوست گواهی دولت متبوع پدر را تقدیم وزارت خارجه ننماید ایرانی شناخته میشود و خروج از تابعیت ایران تابع مقررات عمومی میباشد.

تبصره ۲- تبصره ماده «۹۷۶» ق. م مقرر میدارد: «اطفال متولد از نمایندگان سیاسی و قنسولی خارجه مشمول فقره ۴ و ۵ نخواهند بود». بنابراین اطفالی که از نمایندگان سیاسی و قنسولی کشورهای خارجه در ایران متولد میشوند، اگر چه یکی از پدر و مادر آنها در ایران متولد شده باشد و یا آنکه پس از هیجده سال یک سال تمام در ایران بماند، بتابعیت دولت متبوع آن نماینده سیاسی و قنسولی باقی میماند و ایرانی محسوب نمیگردد. تبصره بالا اطفال متولد از نمایندگان سیاسی و قنسولی خارجه را فقط استثناء نموده

است و اطفال نمایندگان تجاری، فرهنگی، نظامی مشمول بند ۴ و ۵ ماده «۹۷۶» ق. م خواهند بود، مگر طبق قرارداد مخصوصی آنها نیز استثنا شوند.

چنانکه گذشت قانون هر طفل متولد از تبعهٔ خارجه در ایران را ایرانی نشناخته است بلکه تحت شرایطی که در شق ۴ و ۵ ماده «۹۷۶» ق. م مقرر داشته ایرانی دانسته است ولی بعضی کشورها بدون هیچ‌گونه شرطی اطفال متولد از خارجی در کشور خود را تبعهٔ آن کشور میشناسد. قانون مدنی ایران در ماده «۹۷۸» از نظر عمل متقابل مقرر میدارد:

«نسبت باطفالی که در ایران از اتباع دولی متولد شده‌اند که در مملکت متبوع آنها اطفال متولد از اتباع ایرانی را بموجب مقررات، تبعهٔ خود محسوب داشته و رجوع آنها را بتبعیت ایران منوط باجازه میکنند معامله متقابله خواهد شد».

«۶- هر زن تبعه خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند». تبعیت زن در تابعیت از شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۸

خود مدت زمانی از اصول مسلمه بشمار میرفت، ولی اکنون بعض کشورها استقلال زن را حفظ نموده‌اند، و در اثر شوهر نمودن تابعیت خود را بخودی خود از دست نمیدهد و بتابعیت سابق خود باقی میماند. ماده «۹۸۷» ق. م در نکاح زن ایرانی با تبعه خارجه رعایت قاعده اخیر را نموده، بر خلاف آنچه در نکاح زن خارجی با مرد ایران پیروی کرده است که زن خارجی که شوهر ایرانی بنماید با انعقاد نکاح بخودی خود بتبعیت دولت ایران در می‌آید.

این امر از نظر حفظ آرامش خانواده میباشد، زیرا اختلاف تابعیت زوجین ممکن است در عمل ایجاد مشکلاتی بنماید. ایرادی که بر آن وارد مینمایند آنست که این اشکالات اتفاقاً ممکن است پیش آید ولی نمیتواند موجب گردد که زن برای علاقه‌ای که با مرد خارجی دارد و با او ازدواج میکند، استقلال خود را از دست بدهد و اجباراً بتابعیت شوهر خود که تبعه کشور دیگری است در آید.

«۷- هر تبعه خارجی که تابعیت ایران را تحصیل کرده باشد». چنانکه در شرائط تغییر تابعیت بیان میگردد، کسانی که طبق مقررات مربوطه، بتابعیت ایران داخل میگردند ایرانی شناخته میشوند.

قبول تبعهٔ خارجه بتابعیت ایران

افراد در تغییر تابعیت آزادی مطلق ندارند و نمیتوانند بدون قید و شرطی آن را تغییر دهند، بلکه از نظر سیاسی و جنبهٔ عمومی که تابعیت دارا است تحت شرایطی قابل تغییر میباشد.

قانون مدنی ایران بکسانی که تبعهٔ خارجه میباشند، اجازه داده که بتوانند در حدود مقررات معینی تابعیت ایران را قبول بنمایند. مادهٔ «۹۷۹» ق. م میگوید: «اشخاصی که دارای شرایط ذیل باشند میتوانند تابعیت ایران را تحصیل کنند:

۱- بسن هیجده سال تمام رسیده باشند». زیرا قانون مدنی ایران طبق ماده «۱۲۰۹» ق. م: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است ...» کسانی که قبل از سن هیجده سال تمام از طرف دادگاه بدستور مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م. حکم رشد بدست

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۶۹

می‌آورند نمیتوانند بتبعیت ایران وارد گردند، مگر پس از هیجده سال تمام، زیرا مادهٔ «۹۷۹» ق. م شرط تغییر تابعیت را هیجده سال تمام قرار داده است. در این امر فرق نمینماید که قانون دولت متبوع کسی که میخواهد تبعهٔ ایران شود سن بلوغ مدنی را بیشتر یا کمتر از هیجده سال قرار داده باشد.

«۲- پنج سال اعم از متوالی یا متناوب در ایران ساکن بوده باشند». منظور از پنج سال متوالی آنست که در مدت پنج سال از ایران خارج نشود و متناوب آنست که پنج سال در ایران باشد اگر چه تمامی مدت متصل بهم نبوده است، مانند کسی که دو سال در ایران بوده و یک سال در خارج مسافرت نموده و سپس مراجعت کرده و سه سال دیگر در ایران مانده است «... در مورد فقرهٔ دوم

این ماده (منظور ماده ۹۷۹ ق. است) مدت اقامت در خارجه برای خدمت دولت ایران در حکم اقامت در خاک ایران است» ممکن است در بعض موارد تبعهٔ خارجه در خدمت دولت ایران در آید و مأموریت خارج از کشور ایران باو محول شود.

قانون مدت خدمت مزبور را در حکم سکونت در ایران دانسته است، مانند کسانی که بسمت نمایندگی از طرف دولت ایران در بعضی کشورهای اروپا معین میشده که وظائف قنسولی را عهده دار شوند. بودن در خدمت دولت ایران جای‌نشین سکونت در ایران خواهد بود.

بنابراین تبعهٔ خارجه که پنج سال متوالی یا متناوب با جمع بودن شرایط دیگر در خدمت دولت ایران در خارج از کشور باشد میتواند بتابعیت ایران در آید.

طبق ماده «۹۸۰» ق. م: «کسانی که بامور عام المنفعه ایران خدمت یا مساعدت شایانی کرده باشند و همچنین اشخاصی که دارای عیال ایرانی و از او اولاد دارند و یا دارای مقامات عالی علمی و متخصص در امور عام المنفعه هستند و تقاضای ورود بتابعیت دولت شاهنشاهی را مینمایند، در صورتی که دولت ورود آنها را بتابعیت دولت شاهنشاهی صلاح بداند، بدون رعایت شرط اقامت ممکن است با تصویب هیئت وزراء بتبعیت ایران قبول شوند».

در مورد بالا هیئت دولت در قبول ورود تابعیت ایرانی، آزادی کامل دارد و در آن احتیاج

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۰

به هیچ‌گونه دلیل نمی‌باشد.

«۳- فراری از خدمت نظامی نباشند». کسی که درخواست تابعیت ایران را مینماید علاوه بر ابراز مدارک لازم دیگر، چنانچه از سن مشمولیت نظام وظیفه طبق مقررات دولت متبوع خود گذشته است، باید برگ معافیت دائم یا موقت و یا انجام خدمت سربازیرا در کشور متبوع خود ارائه دهد، و الا هرگاه هنوز بسن مشمولیت در کشور متبوع خود نرسیده است چنین سندی لازم نیست و پس از آنکه تبعه ایران گردید طبق قانون ایران خدمت وظیفه خود را انجام خواهد داد. شرط مزبور از آن نظر است که اتباع بیگانه برای فرار از خدمت نظام وظیفه تغییر تابعیت ندهند و بتابعیت ایران در نیایند، زیرا اینگونه اشخاص که از خدمت بمیهن اصلی خود شانه خالی کرده‌اند شایستگی تابعیت کشور ایران را ندارند و اعتمادی بتابعیت آنان نیست.

«۴- در هیچ مملکتی بجنحهٔ مهم با جنایت غیر سیاسی محکوم نشده باشند». صرف اتهام و یا محکومیت بجنحهٔ کوچک و یا محکومیتهای سیاسی مانع از درخواست ورود بتابعیت ایران نخواهد بود.

تابعیت تبعی

ماده «۹۸۴» ق. م میگوید: «زن و اولاد صغیر کسانی که بر طبق این قانون تحصیل تابعیت ایران مینمایند تبعهٔ دولت ایران شناخته میشوند، ولی زن در ظرف یک سال از تاریخ صدور سند تابعیت شوهر و اولاد صغیر در ظرف یک سال از تاریخ رسیدن بسن هیجده سال تمام، میتوانند اظهاریه کتبی بوزارت امور خارجه داده و تابعیت مملکت سابق شوهر و یا پدر را قبول کنند، لیکن باظهاریه اولاد اعم از ذکور و اناث باید تصدیق مذکور در ماده «۹۷۷» ضمیمه شود». و آن تصدیق دولت سابق میباشد که تبعهٔ آن بوده‌اند دائر باینکه آنها را تبعهٔ خود خواهد شناخت. ماده بالا دارای دو قسمت است:

الف- کسی که با ابراز اسناد مذکور در ماده «۹۷۹» ق. م درخواست تابعیت ایران مینماید، چنانچه درخواست تابعیت او از طرف مقامات ایران پذیرفته شود، او و زن و اولاد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۱

صغیر او که هیجده سال تمام ندارند بتابعیت ایران داخل خواهند شد. تغییر تابعیت اینان تبعی و غیر اختیاری است.

ب- داخـل شـدن زن و اولاد صـغیر بتـابعیت ایران، چون در مورد بالاـ اختیاری نبوده و بتبعیت شوهر و پـدر بوده است، قانون ایران نخواسـته آزادی اراده اینان را محـدود بنمایـد لـذا اجازه داده است که زن در ظرف یک سال از تاریخ صـدور سـند تابعیت ایرانی شوهر، و اولاد صـغیر در ظرف یک سال پس از رسـیدن بسن رشـد (یعنی هیجـده سال تمام) بتوانند بوسیلهٔ اظهاریه کتبی از وزارت خارجه درخواست کنند که بتابعیت دولت متبوع سابق شوهر یا پدر خود درآیند.

مادهٔ «۹۸۵» ق. م: «تحصـیل تابعیت ایرانی پـدر به هیـچ وجه دربارهٔ اولاد او که در تاریخ تقاضانامه بسن هیجده سال تمام رسـیده‌اند مؤثر نمیباشـد». زیرا افراد مزبور از تحت ولایت پـدر خارج شده‌انـد و دارای اسـتقلال مـدنی هسـتند و میتواننـد با جمع بودن شـرائط دیگر طبق مادهٔ «۹۷۹» ق. م درخواست ورود بتابعیت ایران را بنمایند و یا بتابعیت خود باقی بمانند.

تابعیت زن خارجی که با ایرانی ازدواج مینماید-

مادهٔ «۹۸۶» ق. م: «زن غیر ایرانی که در نتیجهٔ ازدواج ایرانی میشود، میتوانـد بعـد از طلاـق یـا فوت شوهر ایرانی، بتـابعیت اول خود رجوع نمایـد، مشـروط بر اینکه وزارت امور خـارجه را کتباً مطلع کنـد (زیرا آنچه موجب تغییر تابعیت او بوده ازدواج با مرد ایرانی است که آن در اثر طلاق و یا فوت منحل شـده است. همچنانی که زن مزبور نیز میتوانـد بتابعیت ایرانی خود باقی بماند) ولی هر زن شوهر مرده که از شوهر سابق خود اولاد دارد نمیتواند مادام که اولاد او بسن هیجده سال تمام نرسـیده از این حق اسـتفاده کند (زیرا ممکن است این امر سـبب شـود که اولاـد خود را متمایـل بـترک تـابعیت ایرانی نمایـد) و در هر حـال زنی که مطـابق این مـاده تبعه خارجه میشود حق داشتن اموال غیر منقوله نخواهد داشت، مگر در حدودی که این حق باتباع خارجه داده شده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۲

باشـد (زیرا بـا تغییر یـافتن تـابعیت ایرانی او در ردیف خارجیان دیگر در می‌آیـد) و هرگاه دارای اموال غیر منقول بیش از آنچه که برای اتبـاع خارجه داشـتن آن جایز است بوده یا بعـداً بارث اموال غیر منقولی بیش از آن حـد باو برسـد، بایـد در ظرف یک سال از تاریخ خروج از تـابعیت ایران یـا دارا شـدن ملک در مورد ارث، مقـدار مازاد را بنحوی از انحاء باتباع ایران منتقل کنـد و الا اموال مزبور با نظارت مـدعی العموم محل بفروش رسیده و پس از وضع مخارج فروش قیمت بآنها داده خواهد شد». (بقانون راجع باموال غیر منقول اتباع خارجه مصوب ۱۶ خرداد ماه ۱۳۱۰ تحت ۱۲ ماده مراجعه شود).

تابعیت زن ایرانی که با تبعه خارجه ازدواج می‌کند

ماده «۹۸۷» ق. م: «زن ایرانی که بـا تبعهٔ خـارجه مزاوجت مینمایـد بتـابعیت ایرانی خود بـاقی خواهـد مانـد، مگر اینکه مطـابق قانون مملکت زوج، تـابعیت شـوهر بواسـطهٔ وقوع عقـد ازدواج بزوجه تحمیـل شود. (در این صورت زن مزبور تبعـهٔ دولت بیگـانه شـناخته میشود. قانون ایران از نظر نزاکت بین المللی در این مورد قانون دولت متبوع شوهر را محترم شمرده و بر اصلی که بقاء زن بر تابعیت ایرانی خـود باشـد مقـدم داشـته است) ولی در هر صورت بعـد از وفـات شوهر و یـا تفریق، بصـرف تقـدیم درخواست بوزارت امور خـارجه بانضـمام ورقه تصـدیق فوت شوهر و یا سـند تفریق، تابعیت اصـلیه زن با جمیع حقوق و امتیازات راجعه بآن مجـدداً باو تعلق خواهـد گرفت. (قانون پس از انحلال زوجیت آزادی را از زن در بقاء بر تابعیت شوهر سابق خود سـلب ننموده و او را آزاد گذارده است که بتواند بتابعیت شوهر سابق خود بماند و یا آنکه بتابعیت ایران در آید).

تبصرهٔ ۱- هرگـاه قـانون تـابعیت مملکت زوج، زن را بین تـابعیت اصـلی و تـابعیت زوج مخیر بگـذارد، در این مـورد زن ایرانی که بخواهد تابعیت مملکت زوج را دارا شود و علل موجهی هم برای تقاضای خود در دست داشـته باشد، بشرط تقدیم تقاضا نامهٔ کتبی

بوزارت امور خـارجه، ممکن است بـا تقاضـای او موافقت گردد» با آنکه قانون ایران در خروج از تابعیت ایران سـختگیری نموده در مورد بالا زن را آزاد گذارده که با داشتن علت موجه بتواند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۳

تابعیت شوهر بیگانه خود را بپذیرد و یا بتابعیت ایرانی خود باقی بماند).

تبصرهٔ ۲- زنهـای ایرانی که بر اثر ازدواج تـابعیت خـارجی را تحصـیل میکننـد، حـق داشـتن امـوال غیر منقول جز آنچه که در موقع ازدواج دارا بوده‌انـد ندارنـد (اگر چه مقدار دارائی غیر منقول او بیش از آنچه باشد که باتباع خارجه اجازه داده میشود) این حق هم بوراث خـارجی آنهـا منتقل نمیشود (بنابراین چنانچه زن مزبور بمیرد و ورثه او خارجی باشـند، دارائی غیر منقول او در حـدود قانون راجع باموال غیر منقول اتباع خارجه مصوب ۱۶ خرداد ۱۳۱۰ بفروش رفته و قیمت آن بورثه تأدیه میگردد).

مندرجات مادهٔ «۹۸۸» در قسمت خروج از ایران مشمول زنان ایران نخواهد بود».

مادهٔ «۹۸۸» ق. م مقرر داشـته که هر کس از تـابعیت دولت ایران خارج شود و بتابعیت خارجی در آیـد، بایـد در ظرف یک سال از ایران خـارج گردد. قسـمت اخیر تبصـرهٔ بالاـ زنانی را که در اثر ازدواج بتابعیت خارجی در می‌آینـد مسـتثنی نموده و اجازه داده که بتوانند در ایران بمانند

سلب تابعیت از بعض کسانی که بتابعیت ایران در آمده‌اند

کسانی که بتابعیت ایران در آمده‌اند در مورد زیر از تابعیت ایران اخراج میگردند:

بدستور ماده «۹۸۱» ق. م: «اگر در ظرف مدت پنج سال از تاریخ صدور سند تابعیت، معلوم شود شخصی که بتبعیت ایران قبول شده فراری از خدمت نظام بوده و همچنین هرگاه قبل از انقضای مدتی که مطابق قوانین ایران نسبت بجرم یا مجازات مرور زمان حاصـل میشـود معلـوم گردد شخصـی که بتبعیت قبول شـده محکوم بجنحـهٔ مهم یـا جنـایت عمومی است، هیئت وزراء حکم خروج او را از تابعیت ایران صادر خواهـد کرد ...» بنابر مفهوم ماده بالا هرگاه پس از آنکه جرم و مجازات مشـمول مرور زمان گردیـد معلوم شود شخصی که بتابعیت ایران قبول شده محکوم بجرم و مجازات بوده است از تابعیت ایران خارج نمیگردد.

طبق تبصره مادهٔ «۹۸۱» ق. م: «اتباع خارجه که بتابعیت ایران قبول میشوند در صورتی که در ممالک خارجه متوقف باشند و مرتکب عملیات ذیل شوند، علاوه بر اجرای مجازاتهای مقرره، با اجازه هیئت وزراء تابعیت ایران از آنها سلب خواهد شد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۴

الف- کسانی که مرتکب عملیاتی بر ضـد امنیت داخلی و خارجی مملکت ایران شوند و مخالفت و ضدیت با اساس حکومت ملی و آزادی بنمایند.

ب- کسانی که خدمت نظام وظیفه را بطوری که قانون ایران مقرر میدارد ایفاء ننمایند».

خارجیهائی که بتابعیت ایران در می‌آیند از حقوق ذیل محرومند

طبق ماده «۹۸۲» ق. م: «اشخاصی که تحصیل تابعیت ایرانی نموده یا بنمایند از کلیه حقوقی که برای ایرانیان مقرر است، باستثناء حق رسـیدن بمقـام وزارت و کفالت وزارت و یا هر گونه مأموریت سیاسـی خارجه بهره‌منـد میشونـد، لیکن نمیتواننـد بمقامات ذیل نایل گردند، مگر پس از ده سال از تاریخ صدور سند تابعیت.

۱- عضویت مجالس مقننه (مجلس مؤسسان- مجلس شورای ملی- مجلس سنا) ۲- عضویت انجمنهای ایالتی و ولایتی و بلدی.

۳- استخدام وزارت امور خارجه» با توجه بعبارت بالا که حق رسیدن بهر گونه مأموریت سیاسی را از آنها سلب نموده است، کسی که تابعیت ایران را پذیرفته میتواند پس از دو سال در وزارت خارجه در غیر مأموریت سیاسی استخدام شود.

طریق درخواست تابعیت ایران

بدستور مادهٔ «۹۸۳» ق. م: «درخواست تابعیت باید مستقیماً یا بتوسط حکام یا ولات بوزارت امور خارجه تسلیم شده و دارای منضمات ذیل باشد: (بنابراین کسی که درخواست تابعیت مینماید میتواند درخواست خود را بفرمانداری یا استانداری تسلیم کند، همچنانی که میتواند مستقیماً بوزارت خارجه بدهد).

۱- سواد مصدق اسناد هویت تقاضاکننده و عیال و اولاد او.

۲- تصدیق نامهٔ نظمیه دائر بتعیین مدت اقامت تقاضاکننده در ایران و نداشتن سوء سابقه و داشتن مکنت کافی یا شغل معین برای تأمین معاش.

وزارت امور خارجه در صورت لزوم اطلاعات راجعه بشخص تقاضاکننده را تکمیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۵

و آن را بهیئت وزراء ارسال خواهد نمود تا هیئت مزبور در قبول یا رد آن تصمیم مقتضی اتخاذ کند. در صورت قبول شدن تقاضا سند تابعیت به درخواست‌کننده تسلیم خواهد شد».

ترک تابعیت ایران

ماده «۹۸۸» ق. م میگوید: «اتباع ایران نمیتوانند تبعیت خود را ترک کنند، مگر بشرایط ذیل:

۱- بسن ۲۵ سال تمام رسیده باشند. (بر خلاف کسانی که بخواهند بتابعیت ایران داخل شوند که طبق ماده «۹۷۹» ق. م باید بسن ۱۸ سال تمام رسیده باشند) اختلاف مزبور برای سخت‌گیری از خروج از تابعیت ایران است.

۲- هیئت وزراء خروج از تابعیت آنان را اجازه دهد.

۳- قبلا تعهد نمایند که در ظرف یک سال از تاریخ ترک تابعیت حقوق خود را بر اموال غیر منقول که در ایران دارا میباشند و یا ممکن است بالوراثه دارا شوند و لو قوانین ایران اجازهٔ تملک آن را باتباع خارجه بدهد بنحوی از انحاء باتباع ایرانی منتقل کنند (قانون نسبت بکسانی که از تابعیت ایران خارج میشوند سخت‌گیری بیشتری نموده است) زوجه و اطفال کسی که بر طبق این ماده ترک تابعیت مینمایند، اعم از اینکه اطفال مزبور صغیر یا کبیر باشند از تبعیت ایرانی خارج نمیگردند، مگر اینکه اجازه هیئت وزراء شامل آنها هم باشد. (بر خلاف کسانی که بتبعیت ایران داخل میشوند طبق ماده «۹۸۴» ق. م زن و اولاد صغیرش بتبع بتابعیت ایران داخل میشوند).

۴- خدمت تحت السلاح خود را انجام داده باشند. (این شرط برای جلوگیری از فرار از نظام وظیفه میباشد که افرادی نتوانند بدین طریق از وظائف ملی خود شانه خالی کنند)

تبصره- کسانی که بر طبق این ماده مبادرت بتقاضای ترک تابعیت ایران و قبول تبعیت خارجی مینمایند، علاوه بر اجرای مقرراتی که ضمن فقرهٔ ۳ از این ماده دربارهٔ آنان مقرر است، باید در مدت یک سال از ایران خارج شوند، چنانچه در ظرف مدت مزبور خارج نشوند مقامات صالحه امر با خراج آنها و فروش اموالشان صادر خواهند نمود و چنین اشخاصی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۶

هر گاه در آتیه بخواهند بایران بیایند اجازه مخصوص هیئت وزراء آن هم برای یک‌دفعه و مدت معین لازم است».

ماده «۹۸۹» ق. م: «هر تبعه ایرانی که بدون رعایت مقررات قانونی بعد از تاریخ ۱۲۸۰ شمسی تابعیت خارجی تحصیل کرده باشد، تبعیت خارجی او کان لم یکن بوده و تبعهٔ ایران شناخته میشود، ولی در عین حال کلیه اموال غیر منقوله او با نظارت مدعی العموم محل بفروش رسیده و پس از وضع مخارج فروش، قیمت آن باو داده خواهد شد و بعلاوه از اشتغال بوزارت و معاونت وزارت و عضویت مجالس مقننه و انجمن‌های ایالتی و ولایتی و بلدی و هر گونه مشاغل دولتی محروم خواهد بود».

ماده «۹۹۰» ق. م: «از اتباع ایران کسی که خود یا پدرشان موافق مقررات تبدیل تابعیت کرده باشند و بخواهند بتبعیت اصلیه خود رجوع نمایند، بمجرد درخواست بتابعیت ایران قبول خواهند شد، مگر آنکه دولت تابعیت آنها را صلاح نداند».

ماده «۹۹۱» ق. م: «تکالیف مربوطه باجراء قانون تابعیت و اخذ مخارج دفتری (حقوق شانسلری) در مورد کسانی که تقاضای ورود و خروج از تابعیت دولت شاهنشاهی و تقاضای بقاء به تابعیت اصلی را دارند، بموجب نظامنامهٔ که بتصویب هیئت وزراء خواهد رسید معین خواهد شد». چون این امور خارج از بحث حقوق مدنی میباشد از شرح آن صرف نظر گردید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۷

کتاب سوم- در اسناد سجل احوال

تعریف

چنانکه ماده «۱» آئین‌نامه تعریف مینماید: «سند سجلی عبارت از سندی است که مطابق مقررات قانون ثبت احوال بثبت رسیده و مندرجات آن رسمی و معتبر است.

نمایندهٔ ثبت احوال کارمندی است که از طرف ادارهٔ ثبت احوال رسماً برای ثبت وقایع چهارگانه در دفاتر رسمی انتخاب میشود».

اسناد سجلی بر دو دسته‌اند: دفاتر، شناسنامه.

دفاتر سجل احوال-

دفاتر سجل احوال عبارت از دفاتری است که احوال شخصیه افراد در آن ثبت شده و در ادارهٔ آمار نگاهداری میشود.

طبق مادهٔ ۴ آئین‌نامه، دفاتر باید شماره‌گذاری و سرب و منگنه شده و عدهٔ صفحات آن در ابتدا و انتهای دفتر تعین و بامضاء رئیس اداره بازرسی کل آمار و ثبت احوال و دادستان شهرستان طهران یا نمایندهٔ آنها برسد. ثبت وقایع در روی اوراق آزاد بکلی ممنوع است.

ادارهٔ آمار و ثبت احوال دارای دفاتر مختلفی است و برای هر یک از وقایع دفاتر متعددی دارد.

شناسنامه

و آن عبارت از برگی است که احوال شخصیه هر فرد، آنگونه که در دفاتر سجل احوال ثبت میباشد بر آن نوشته شده و بصاحب آن داده میشود. این است که ماده «۹۹۲» ق. م. میگوید: «سجل احوال هر کس بموجب دفاتری که برای این امر مقرر است معین میشود». چنانکه از ماده بالا- فهمیده میشود ملاک تشخیص احوال شخصیه افراد، دفاتر سجل احوال خواهند بود. بنابراین هر گاه مندرجات شناسنامه مخالف با مندرجات دفاتر سجل احوال باشد، مندرجات دفاتر معتبر است و شناسنامه طبق آن تصحیح میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۸

باب اول – در مقررات راجع بثبت وقایع چهارگانه

اشاره

ماده اول قانون اصلاح قانون ثبت احوال مقرر میدارد: «در هر محل وقایع چهارگانه تولد، ازدواج، طلاق، وفات باید در دفاتر ثبت احوال طبق این قانون ثبت شود». ثبت وقایع چهارگانه مزبور اجباری است و بدستور ماده «۹۹۳» ق. م: «امور ذیل باید در ظرف مدت و بطریقی که بموجب قوانین یا نظامات مخصوصه مقرر است بدائرهٔ سجل احوال اطلاع داده شود:

۱- ولادت هر طفل و همچنین سقط هر جنین که بعد از ماه ششم از تاریخ حمل واقع شود.

۲- ازدواج اعم از دائم و منقطع.

۳- طلاق اعم از بائن و رجعی و همچنین بذل مدت.

۴- وفات شخص».

ذیلا بیان میگردد. اینک شرح ثبت هر یک از وقایع چهارگانه در دفاتر سجل احوال.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۷۹

فصل اول – در ثبت تولد

مدت اعلام ولادت

بدستور ماده دوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «تولد هر طفل باید در ظرف پانزده روز از تاریخ ولادت در شهرها بحوزهٔ ثبت احوال محل و در دهات در صورت نبودن مأمور ثبت احوال بکدخدایان برای ثبت در دفاتر سجلی اعلام شود». لزومی ندارد که ثبت واقعه در حوزهٔ تولد طفل بعمل آید، بلکه بدستور مادهٔ «۲۹» آئین‌نامه ثبت ولادت در غیر از حوزه تولد با انجام تشریفات مقرر مانعی ندارد. زیرا ممکن است ابوین طفل بلافاصله پس از ولادت بجهتی ناچار بمسافرت شوند و محل اقامت یا سکونت خود را تغییر دهند. یا آنکه در راه مسافرت وضع حمل شود.

کسانی که باید ولادت را اعلام نمایند

بدستور مادهٔ سوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «اعلام تولد طفل بعهدهٔ پدر یا سرپرست یا ولی یا مادر بترتیب زیر خواهد بود:

۱- پدر طفل در صورتی که در محل حاضر باشد. (چنانکه غائب باشد خواه در مسافرت بوده یا در بیمارستان بستری و یا در زندان باشد و نتواند ولادت را اعلام دارد تکلیف اعلام از عهدهٔ او ساقط خواهد بود).

۲- ولی یا سرپرست طفل یا خانوادهٔ که طفل در آن متولد شده است.

۳- مادر طفل در اولین موقعی که قادر بانجام این وظیفه باشد. (چنانکه از عبارت ماده مستفاد میگردد هر یک از پدر و ولی و مادر بترتیب عهده‌دار اعلام ولادت میباشند و با حاضر بودن پدر، سرپرست و یا مادر تکلیفی نخواهند داشت)

ماما یا پزشکی هم که حین ولادت طفل حاضر بوده است مکلف میباشد در ظرف یک هفته ولادت طفل را بحوزهٔ ثبت احوال

اطلاع دهد. (چنانچه از بند مزبور معلوم میشود اطلاع پدر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۰

یا ولی یا مادر رفع تکلیف از ماما و پزشک نمینماید، بلکه آنها مسئولیت مستقلی را دارا میباشند) ...»

در مورد اطفالی که در بنگاههای عمومی (از قبیل بیمارستان، زایشگاه، مسکین- خانه) و زایشگاه زندان و بازداشتگاه و غیره متولد میشوند دادن اطلاع بعهدهٔ رئیس بنگاه خواهد بود».

طفل پیدا شده-

ماده هفتم قانون اصلاح قانون سجل احوال: «هر کسی طفلی را پیدا کند که نسبت او معلوم نباشد باید فوراً مراتب را بشهربانی و در نقاطی که شهربانی نباشد به بخشدار یا کدخدا اطلاع دهد، مأمورین نامبرده مکلف هستند اطلاعاتی که راجع بآن طفل تحصیل شده است ضمن صورت مجلسی تدوین و صورت مجلس نامبرده را بدفتر ثبت احوال محل ارسال دارند.

در صورت مجلس نامبرده باید نکات زیر ذکر شود:

۱- محلی که طفل در آنجا یافت شده.

۲- تاریخ پیدا شدن طفل و سایر کیفیات مربوطهٔ بآن.

۳- تعیین اینکه طفل پسر است یا دختر و تشخیص سن تقریبی او.

۴- آثار و علائم مخصوصی که ممکن است در بدن طفل موجود بوده و باعث شناخته شدن او گردد.

۵- توصیف مختصر البسه و سایر اشیائی که ممکن است با طفل یافته شده باشد.

۶- شخص یا بنگاهی که طفل باو سپرده میشود.

۷- نامی که طفل بآن نامیده میشود.»

تشریفات اعلام تولد و ثبت آن-

بدستور ماده «۲۶» آئین‌نامه: «اعلام کنندگان تولد طفل مکلفند در مدت مقرر برای ثبت تولد طفل با دو نفر گواه در حوزهٔ ثبت احوال حاضر شده واقعه را بثبت برسانند. در صورتی که اعلام کنندهٔ گواهی نامهٔ رئیس بنگاهی که طفل در آنجا متولد شده و یا گواهی‌نامه از پزشک یا مامای رسمی که در موقع ولادت حاضر بوده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۱

در دست داشته باشد، ثبت واقعه بدون حضور گواه بعمل خواهد آمد. همچنین در مواردی که اعلام‌کننده تولد طفل رئیس یکی از بنگاههای رسمی باشد واقعه بدون حضور گواه ثبت میشود».

بدستور ماده «۲۵» آئین‌نامه: «تولد هر طفل بدواً در نخستین دفتر موالید مقرر در ماده «۴» ثبت، سپس شناسنامه که نمونهٔ آن ضمیمه این آئین‌نامه است برای طفل صادر میشود».

دفتر موالید-

اغلب شناسنامه‌هائی که اکنون در دست افراد میباشد مدت زمانی پس از تاریخ تولد صادر شده است و نوعاً تاریخ تولد دقیقاً اعلام نمیشده، بلکه بهمان ذکر سال اکتفا مینمودند و یا آنکه بسال قمری اعلام میداشتند. برای ثبت ولادتهایی که در سال جاری اعلام میشود، قانون دفاتری را در نظر گرفته بنام دفتر موالید که ولادت طفل در مدت مقرر قانون در آن ثبت میشود.

مادۀ چهارم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در دفتر موالید باید نکات زیر قید شود:

۱- محل- ساعت- روز- ماه- سال ولادت با تمام حروف.

۲- نام و نام خانوادگی طفل با تعیین اینکه پسر است یا دختر.

۳- نام و نام خانوادگی و کار ابوین و محل اقامتشان.

۴- شماره شناسنامه ابوین طفل با تعیین محل صدور آن.

۵- نام و نام خانوادگی و کار و محل اقامت و سمت اعلام‌کننده».

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۴، ص: ۱۸۱

بدستور مادۀ «۳۰» آئین‌نامه: «نماینده ثبت احوال مکلف است بمجرد مراجعه اعلام‌کننده قانونی ولادت طفل نسختین دفتر موالید را نوشته و مراتب را در شناسنامه ابوین (هر کدام حاضر باشد) قید و شناسنامه صادر و به اعلام‌کننده تسلیم نماید.

تبصره- هرگاه مولود توأم یا متعدد باشد برای هر یک سند جداگانۀ تنظیم و ساعت تقدم و تأخر تولد طفل نیز باید تعیین شود».

شمارۀ شناسنامه بشماره ترتیبی در آن سال خواهد بود و در سال بعد از شماره یک شروع میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۲

بدستور ماده «۳۷» آئین‌نامه: «نماینده حوزه موظف است بمحض ثبت واقعه ولادت اعلامیه برای درج مراتب در مستندات پدر یا مادر مولود، در روی نمونه که ضمیمۀ آئین‌نامه است تنظیم و بادارۀ آمار و ثبت احوال محل ارسال دارد.

ادارۀ آمار و ثبت احوال محل مکلف است پس از وصول اعلامیه چنانچه شناسنامه پدر و مادر طفل یا یکی از آنها در قلمرو آن اداره صادر شده باشد واقعه تولد را از روی اعلامیه در مستندات پدر و مادر طفل ثبت و هرگاه شناسنامه پدر و مادر یا یکی از آنها از محل دیگری صادر شده باشد، اعلامیه واصله را عیناً بمحل مربوطه بفرستند».

دفتر اظهارنامه-

غیر از دفتر موالید دفتر اظهارنامه موجود است که در آن نوزادانی که قبل از فروردین سال جاری تولد یافته باشند ثبت میگردد. ماده «۸۲» آئین‌نامه: «هویت کسانی که ولادت آنها در سالهای قبل بوده و باخذ شناسنامه موفق نشده‌اند بدواً در نسختین دفتر اظهارنامه که نمونۀ آن ضمیمه این آئین‌نامه میباشد ثبت سپس شناسنامه صادر و به اظهارکننده تسلیم میشود.

تبصره- شماره سند در هر حوزۀ شهری و هر ده از حوزه‌های دهستانی، تعقیب آخرین شمارۀ دفتر اظهارنامه در حوزۀ شهری و هر ده خواهد بود».

مادۀ پنجم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در مواردی که ابوین طفل یا یکی از آنها غیر معلوم باشد در ستونهای مربوطه عبارت (نامعلوم) نوشته خواهد شد و اگر بعدها نسبت طفل بواسطۀ اقرار مرد یا زنی بر حسب سند رسمی یا بواسطۀ دادنامه محرز گردد، ادارۀ ثبت احوال اقرار مربوطه یا مفاد دادنامه را در حاشیه دفاتر مربوطه قید خواهد کرد.

عین یا رونوشت دادنامه یا اقرارنامه مربوط بولادت طفل در پرونده بایگانی خواهد شد».

نام طفل در اسناد سجلی-

اشاره

طفل نوزاد باید دارای نام و نام خانوادگی باشد

اول – نام شخصی

هر نوزادی باید بنامی که برای او انتخاب نموده‌اند در دفتر ثبت احوال ثبت شود. افراد برای انتخاب نام آزاد هستند اگر چه در یک خانواده چندین نفر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۳

دیگر بآن نامیده شده باشند.

دوم – نام خانوادگی

نام خانوادگی عبارت از نامی است که تمامی افراد یک خانواده که از نسل یک نفر ذکور هستند بآن نامیده میشود، نام خانوادگی عموماً انتساب فرد را بخانواده که آن نام را دارد میرساند، بدین جهت برای آنکه افراد یک خانواده از یکدیگر تمیز داده شود باید هر یک دارای نام اختصاصی بخود باشد.

نام خانوادگی بوراثت به اولاد خواه ذکور باشد یا اناث منتقل میگردد. این است که مادهٔ ششم قانون اصلاح قانون ثبت احوال میگوید: «مولود با نام خانوادگی پدر نامیده شده اسناد سجلی و شناسنامه با نام مزبور تنظیم و صادر میشود و در صورتی که پدر معلوم نباشد با نام خانوادگی مادر نامیده میشود». این امر در صورتیست که ابوین بخواهند بنام خانوادگی دیگر نامیده نشود و الا پدر میتواند نام خانوادگی دیگری برای طفل خود در نظر بگیرد و با موافقت مادر ممکن است طفل بنام خانوادگی مادر نامیده شود.

ثبت تولد در غیر حوزه‌ای که طفل متولد شده است–

کسی که مکلف باعلام تولد طفل میباشد میتواند در حوزه دیگری غیر از حوزه‌ای که طفل متولد شده آن را طبق تشریفات اعلام دارد.

ماده هشتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در مورد مادهٔ «۷» مطابق مادهٔ «۵» عمل خواهد شد و اگر ثبت ولادت در حوزه ثبت احوال غیر از حوزهٔ محل تولد بعمل آمده باشد باید مراتب بحوزهٔ محل نامبرده نیز اطلاع داده شود تا در کلیهٔ مستندات سجلی او درج گردد

ثبت ولادت طفل در کشتی–

مادهٔ نهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «هرگاه تولد در کشتی واقع شود ناخدای کشتی مکلف است با حضور دو نفر گواه مراتب را در دفتر مخصوص ثبت و گواهی تولد را باولیاء مولود تسلیم و بمجرد رسیدن بیکی از بنادر ایران فوراً مستخرجه از دفتر را بوسیلهٔ اداره کل دریا داری بادارهٔ کل آمار و ثبت احوال ارسال دارد، کسی که متصدی نگاهداری طفل است باید بعد از پیاده شدن از کشتی باولین شعبه ثبت احوال در ایران یا نمایندگان کنسولی ایران در خارجه گواهی نام برده را تسلیم

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۴

و شناسنامه مولود را دریافت کند».

ثبت ولادت طفل در دهات

مادۀ بیست و هفتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال:
«در دهستانهائی که حوزه‌های سجلی سیار دائر است، اشخاصی که مطابق مقررات این قانون مکلف بتسلیم اطلاع نامه ولادت یا فوت میباشند اطلاع نامۀ مربوطه را در ظرف مدت مقرر تنظیم و ببخشدار یا دهدار یا بکدخدا تسلیم خواهند نمود تا پس از ورود مأمور ثبت احوال محل، واقعه را طبق مقررات در دفاتر مربوطه بثبت برسانند». چون در دهات و قراء مأمورین سجل احوال ثابت موجود نیست بوسیله مذکور در بالا سجل احوال برای ساکنین صادر میگردد.

طفلی که مرده متولد میشود–

اشاره

بدستور ماده «۵۷» آئین‌نامه: «برای طفل مرده بدنیا آمده یا طفلی که قبل از اطلاع ولادت بنماینده ثبت احوال مرده باشد، سند ولادت تنظیم نمیشود و باید واقعه فوت در دفتر متوفیات قید گردد.

تبصره–

رؤسای بنگاه‌های رسمی مکلفند اطفال مرده بدنیا آمده را بنمایندۀ ثبت احوال اعلام دارند».

تکلیف مأمور ثبت باطلاع دادن طفلی که محتاج بقیم میباشد–

بدستور مادۀ دهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در مورد ماده «۵» و «۷» همچنین در مواردی که مأمور ثبت احوال بمناسبت انجام وظائف خود مطلع بوجود طفلی گردد که محتاج بقیم باشد مکلف است مراتب را بدادستان شهرستان محل یا کسانی که وظایف او را انجام میدهند اطلاع دهد تا از طرف دادستان بتعیین قیم اقدام شود». تکلیف مزبور خارج از وظائف آمار و سجل احوال است و برای نگاهداری طفل و اموال باین امر مکلف شده است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۵

فصل دوم– در ثبت وفات

اشاره

بدستور مادۀ اول قانون اصلاح قانون ثبت احوال، باید وفات افراد مانند تولد آنان در دفاتر سجل احوال ثبت گردد.

مدت اعلام فوت

مادۀ یازدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «فوت هر کس باید در ظرف ۴۸ ساعت در شهرها بحوزۀ ثبت احوال و در دهات در صورت نبودن مأمور ثبت احوال بکدخدا اعلام شود. در صورتی که روز دوم وفات مصادف با تعطیل باشد روز بعد از تعطیل اعلام خواهد شد».
بدستور ماده «۵۹» آئین‌نامه: «ثبت فوت در غیر از محل وقوع با انجام تشریفات مقرره مانعی ندارد».

کسانی که باید فوت را اعلام دارند-

ماده دوازدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال میگوید: «اعلام فوت بترتیب بعهدهٔ یکی از اشخاص زیر خواهد بود:

۱- نزدیکترین اقرباء حاضر متوفی.

۲- سرپرست ساکنین خانه که فوت در آنجا واقع شده.

۳- مستخدمین خانه نامبرده.

۴- هر شخص دیگری که در حین فوت حاضر باشد.

۵- مأمورین شهربانی یا بخشدار یا کدخدا».

ماده نوزدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در موقعی که طفل مرده بدنیا بیاید یا مادر در حین وضع حمل فوت نماید، علاوه بر پزشک معالج (در صورت بودن) ماما هم که حاضر بوده مکلف بدادن گواهی میباشد».

مادهٔ سیزدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «هرگاه فوت در یکی از بنگاههای

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۶

عمومی از قبیل بیمارستان و مسکین خانه و پرورشگاه و زندان و بازداشتگاه واقع شود اعلام نامبرده بعهدهٔ رئیس بنگاه است، و اگر فوت در یکی از اماکن عمومی از قبیل گاراژ و گرمابه و مسجد و مهمانخانه و غیره واقع شود بعهدهٔ مدیر یا متصدی آن مکان است».

بدستور ماده نوزدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال و ماده «۵۷» آئین‌نامه، باید اطفالی که مرده متولد میشوند بنماینده ثبت احوال اعلام داشت تا در دفتر متوفیات ثبت گردد.

طبق تبصره ماده «۵۷» آئین‌نامه: «رؤسای بنگاههای رسمی مکلفند اطفال مرده بدنیا آمده را بنمایندهٔ ثبت احوال اعلام دارند».

مادهٔ چهاردهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «متصدیان غسل و کفن و دفن مکلف هستند که حوزهٔ ثبت احوال را از وقوع فوت مطلع سازند». اعلام فوت از طرف دیگران رفع تکلیف از متصدیان غسل و کفن و دفن نمینماید، بلکه آنان مکلفند بنوبهٔ خود وفات را اطلاع دهند.

بدستور ماده نوزدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال، در موارد بالا- باید علاوه بر پزشک معالج (در صورت بودن) ماما هم که حاضر بوده مکلف بدادن گواهی میباشد.

مادهٔ پانزدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در مواردی که گواهی پزشک یا ماما موجود باشد، مأمور ثبت احوال پس از بایگانی گواهی نامبرده بنا باظهار اظهارکننده مراتب را ثبت کرده و زیر آن را بامضاء اظهارکننده میرساند. و در مواردی که گواهیهای مذکور موجود نباشد اعلام نام برده باید با حضور یک یا دو گواه بعمل آید و مأمور ثبت احوال، واقعه را بثبت رسانده و بامضاء اعلام‌کننده و گواه میرساند».

مادهٔ هفدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در مورد فوت اشخاصی که دارای منزل ثابت و اقربای حاضر نیستند و یا بتنهائی در یک منزل زندگانی میکنند، مأمورین شهربانی در شهرها و بخشدار و کدخدا در دهات مکلف هستند مراتب را بازجوئی و در اسرع اوقات فوت را بمأمورین ثبت احوال اطلاع دهند. این قبیل وقایع بر طبق اظهار کسانی که مکلف ببازجوئی در اطراف واقعه و اعلام آن هستند در دفاتر ثبت احوال ثبت میشوند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۷

مادهٔ هیجدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «پزشک معالج مکلف است بمجرد مراجعهٔ اقرباء متوفی و سایر اشخاصی که قانوناً

موظف باطلاع دادن وفات هستند، علت فوت و تاریخ آن را در برگی نوشته به مراجعه‌کننده تسلیم نماید».

مادهٔ بیستم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «هر کس جسدی را کشف نماید باید فوراً مراتب را بمأمورین شهربانی و در محلی که شهربانی نباشد ببخشدار یا کدخدا و الا بمأمورین امنیه اطلاع دهد. هرگاه هویت جسد شناخته شود مراتب بدفتر ثبت احوال محل کشف اعلام میگردد. چنانچه هویت شخص متوفی معلوم نشود مأمورین نامبرده مکلف هستند با اطلاع دادستان شهرستان یا نمایندهٔ او صورت مجلسی تنظیم کرده و بدفتر ثبت احوال محل ارسال دارند، صورت مجلس نامبرده باید حاوی نکات زیر باشد:

۱- محلی که جسد در آنجا پیدا شده.

۲- تاریخ پیدا شدن جسد و سایر کیفیات مربوطهٔ بآن.

۳- تعیین اینکه متوفی مرد است یا زن و تشخیص سن تقریبی او.

۴- آثار و علائم مخصوصی که ممکن است در جسد موجود بوده و باعث کشف هویت او شود و در صورت امکان عکسی از جسد نامبرده برداشته و بصورت مجلس پیوست شود.

۵- توصیف مختصری از البسه و سایر اشیائی که ممکن است با جسد پیدا شده باشد.

۶- علت و تاریخ احتمالی مرگ.

مراتب بالا باید در دفتر متوفیات نیز ثبت شود.»

مادهٔ بیست و یکم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «نسبت باشخاصی که حین مسافرت در راهها یا منزلگاهها فوت مینمایند، مأمورین بخشداری و کدخدا و الا مأمورین امنیه مکلف هستند وقوع فوت را با اطلاعاتی که راجع بهویت شخص متوفی بدست می‌آورند کتباً به نزدیکترین حوزهٔ ثبت احوال اطلاع دهند».

مادهٔ بیست و دوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «هرگاه در موارد مواد «۲۰ و ۲۱»

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۸

هویت متوفی معلوم نبوده و بعدها کشف شود، باید مراتب در حاشیه دفتر متوفیات قید گردد».

ماده بیست و سوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «مفاد مادهٔ «۹» در موقعی که فوت در کشتی واقع میشود باید رعایت گردد. اداره کل آمار و ثبت احوال باید مستخرجه دفتر موالید و متوفیات کشتی را که بر طبق مواد مزبور دریافت میدارد، بدفتر ثبت احوال محل اقامت ابوین مولود یا شخص متوفی ارسال دارد، تا در دفاتر ثبت گردد و اگر محل اقامت اشخاص نامبرده معلوم نباشد این واقعه در دفتر مخصوصی که در مرکز ادارهٔ کل آمار و ثبت احوال تنظیم میشود ثبت خواهد شد».

ماده بیست و چهارم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «نسبت بکسانی که در جنگ یا لشکرکشی فوت مینمایند بطریق زیر رفتار خواهد شد:

هرگاه هویت متوفی معلوم باشد رئیس قسمت مراتب را بوسیلهٔ وزارت جنگ باداره کل آمار و ثبت احوال اطلاع خواهد داد تا فوت بر طبق اطلاع نامه مزبور در دفتر محل صدور شناسنامه متوفی ثبت شود و اگر هویت شخص متوفی تشخیص نشود صورت‌مجلس بامضاء افسران مربوط ارتش تنظیم و رونوشت گواهی‌شدهٔ آن بوسیلهٔ وزارت جنگ بادارهٔ کل آمار و ثبت احوال ارسال میشود و چنانچه بعد اطلاعاتی راجع بهویت شخص متوفی از طرف مقامات ارتش تحصیل شود، مراتب باید بطریق مذکور بادارهٔ آمار و ثبت احوال اطلاع داده شود»

مادهٔ بیست و هفتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در دهستانهائی که حوزه‌های سجلی سیار دائر است، اشخاصی که مطابق مقررات این قانون مکلف بتسلیم اطلاع نامه ولادت یا فوت میباشند، اطلاع نامه مربوطه را در ظرف مدت مقرر تنظیم و ببخشدار یا دهدار یا بکدخدا تسلیم خواهند نمود تا پس از ورود مأمور ثبت احوال محل، واقعه را طبق مقررات در دفاتر مربوطه بثبت برساند».

بدستور ماده «۴۴» آئین‌نامه: «اشخاصی که قانوناً مکلف باعلام ثبت واقعه مرگ میباشند، باید در ظرف ۴۸ ساعت باتفاق یک یا دو گواه بنماینده ثبت احوال مراجعه نموده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۸۹

واقعه را به ثبت برسانند».

بدستور مادهٔ «۴۵» آئین‌نامه: «اگر اعلام کنندگان واقعهٔ فوت تصدیق پزشک معالج و یا تصدیق مامای رسمی را (موردی که ما در حین وضع حمل فوت کند یا طفل مرده بدنیا آمده باشد) تسلیم کنند، نمایندهٔ ثبت احوال واقعه را بدون حضور گواه ثبت مینماید».

ماده بیست و هفتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در دهستانهائی که حوزه‌های سجلی سیار دائر است، اشخاصی که مطابق مقررات این قانون مکلف بتسلیم اطلاع نامه ولادت یا فوت میباشند، اطلاعنامهٔ مربوطه را در ظرف مدت مقرر تنظیم و ببخشدار یا ده‌دار یا بکدخدا تسلیم خواهند نمود تا پس از ورود مأمور ثبت احوال محل، واقعه را طبق مقررات در دفاتر مربوطه بثبت برساند».

ثبت فوت در دفتر متوفیات-

پس از آنکه فوت کسی بمأمور مربوطه اعلام گردید، مأمور آن را در دفتر متوفیات ثبت مینماید.

بدستور ماده شانزدهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «در دفتر متوفیات باید نکات زیر قید شود.

۱- محل- روز- ماه- سال. و در صورت امکان، ساعت وفات با تمام حروف.

۲- نام و نام خانوادگی و کار و محل اقامت متوفی.

۳- شماره و تاریخ شناسنامه او با محل صدور آن.

۴- علت فوت در صورتی که مشخص باشد.

۵- نام و نام خانوادگی و کار و محل اقامت و سمت اعلام‌کننده».

بدستور مادهٔ «۴۳» آئین‌نامه: «مرگ هر شخصی در نخستین دفتر مردگان ثبت و مراتب در شناسنامه در گذشته قید و به اظهارکننده واقعه تسلیم میشود».

ماده «۷۶» آئین‌نامه: «ثبت فوت اتباع خارجه بموجب اطلاعنامهٔ شهربانی محل در نخستین دفاتر فوت که نمونهٔ آن ضمیمه آئین‌نامه است در مراکز آمار و ثبت احوال طبق مقررات فصل فوت بعمل می‌آید».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۰

بدستور ماده «۷۷» آئین‌نامه: «ادارات آمار و ثبت احوال مکلفند از روی مندرجات دفتر فوت، گواهینامهٔ که نمونهٔ آن ضمیمه این آئین‌نامه است در سه نسخه صادر، یک نسخه بادارهٔ کل آمار و ثبت احوال برای ارسال بوزارت امور خارجه و یک نسخه بدادسرا و نسخهٔ دیگر را بادارهٔ شهربانی محل تسلیم نمایند».

بدستور ماده «۹۹۴» ق. م: «حکم فوت فرضی غائب که طبق مقررات کتاب پنجم از جلد دوم این قانون صادر میشود، باید در دفتر سجل احوال ثبت شود».

ماده بیست و پنجم قانون اصلاح ثبت احوال ماده مزبور را تکمیل نموده میگوید:

«حکم فوت غائب مفقود الاثر باید در دفتر سجل ولایتی محل تولد او ثبت شود و اگر حکم نامبرده ابطال گردد مراتب باید در ستون ملاحظات دفتر سجل ولایتی مربوطه قید شود».

ماده بیست و ششم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «هرگاه شخصی در خارج از محل ثبت ولادت، فوت نموده باشد حوزهٔ ثبت احوال که وفات در آنجا ثبت شده است باید مستخرجه ثبت را هر چه زودتر به حوزه محل ثبت ولادت برای ثبت بفرستد». مأمور

ثبت و حوزهٔ محل ولادت، مفاد مستخرجه را در دفتر متوفیات آن محل ثبت خواهد نمود.

مادهٔ «۵۷» آئین‌نامه: «برای طفل مرده بـدنیا آمده یا طفلی که قبل از اطلاع ولادت بنمایندهٔ ثبت احوال مرده باشد، سـند ولادت تنظیم نمیشود و باید واقعه فوت در دفتر متوفیات قید گردد ...».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۱

فصل سوم – در ثبت ازدواج و طلاق

ماده بیست و هشـتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «سر دفترهای رسمی ازدواج و طلاق مکلف هستند هر نوع عقد ازدواج و طلاق و رجوع و بـذل مـدت که در دفـاتر ثبت میکننـد، در صـفحهٔ مخصوص شناسـنامه طرفین قیـد کرده و مراتب را در ظرف پـانزده روز بنماینده ثبت احوال اعلام نمایند.

نماینـدگان ثبت احوال مکلفنـد پس از وصول اعلامیه‌هـای فوق الـذکر مراتب را در مسـتندات مربوطه بزوجین ثبت نماینـد». این امر نسـبت بازدواجهائی است که در دفاتر رسـمی ازدواج و طلاق منعقد میگردد. اما ازدواجهائی که قبل از تأسیس دفاتر رسمی ازدواج و طلاق منعقـد شده است، طبق مادهٔ بیست و نهم قانون اصـلاح قانون ثبت احوال: «نمایندگان ثبت احوال، ازدواج و طلاقهائی را که در هر محل قبل از تأسـیس دفاتر ازدواج و طلاق واقع شده در صورت درخواست زوجین و تسـلیم مدرکی که حاکی از وقوع واقعه باشد در مستندات زوجین ثبت مینمایند». منظور از مدرک حاکی از وقوع واقعه، قبالهٔ نکاح و طلاق عادی میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۲

فصل چهارم مقررات راجع باتباع ایران مقیمین خارجه

چون ادارهٔ آمار در خارج ایران مأمور مخصوصـی نـدارد که وظایف ثبت احوال را انجام دهـد، لذا مادهٔ «۱۰۰۱» ق. م مقرر میدارد: «مـأمورین قنسولی ایران در خـارجه بایـد نسبت بایرانیـان مقیم حوزهٔ مـأموریت خود وظـایفی را که بموجب قوانین و نظامات جاریه بعهـدهٔ دوایر سـجل احوال مقرر است انجـام دهنـد». این امر را مـادهٔ سـی‌ام قـانون اصـلاح قانون ثبت احوال تأییـد نموده و میگویـد: «وظـائف مـأمورین آمار و ثبت احوال را نسـبت باتباع ایران مقیمین خارج، مأمورین وزارت امور خارجه مطابق آئین‌نامه مخصوصـی که بتصویب هیئت وزیران میرسد انجام خواهند داد».

بنـابراین وقـایع چهارگـانه (تولـد، وفـات، نکاح و طلاق) ایرانیان مقیم کشورهای خارجه را مأمورین قنسولی ایران هر یک در حوزهٔ مأموریت خود، در دفاتر سـجلی که از ادارهٔ ثبت احوال مرکز فرسـتاده میشود ثبت خواهـد نمود. ثبت وقایع چهارگانه در کشورهای خارجی بوسیلهٔ مأمورین سجل احوال آن کشور، منافات با انجام ثبت وقایع مزبور بوسیله مأمورین قنسولی دولت ایران ندارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۳

فصل پنجم مقررات راجع باتباع خارجه مقیمین ایران

اشاره

ثبت وقایع چهارگانه برای تمامی ساکنین ایران الزامی است، خواه از اتباع ایران باشند یا اتباع خارجه.

ماده سی و یکم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «تولد و وفات و نکاح و طلاق اتباع خارجه مقیمین ایران، باید در دفاتر ثبت احوال محل وقوع واقعه ثبت گردد و اشخاص مربوط مکلف هستند وظائفی را که در مورد هر یک از وقایع چهارگانه بموجب این قانون مقرر است انجام دهند».

تولد

مادهٔ «۷۰» آئین‌نامه میگوید: «واقعه ولادت اطفالی که از پدر و مادر خارجی در ایران متولد میشوند و پدر و مادر آنها پروانه اقامت از دولت ایران در دست دارند، در دفتری که نمونهٔ آن ضمیمهٔ آئین‌نامه است بثبت میرسد».

ماده «۷۱» آئین‌نامه: «ولادت اطفالی هم که در ایران از پدر و مادر خارجی بوجود آمده‌اند و بسن ۱۸ سالگی تمام نرسیده‌اند با ارائه مدارک در دفتر مزبور بثبت میرسد».

ماده «۷۲» آئین‌نامه: «برای اطفال مذکور در موارد بالا پس از ثبت در دفتر، گواهی نامهٔ که نمونهٔ آن ضمیمه این آئین‌نامه است صادر میشود».

ماده «۷۳» آئین‌نامه: «هرگاه صاحبان گواهینامه ولادت، طبق تشخیص مقامات صلاحیت دار، تبعه ایران معرفی شدند، در این صورت گواهی‌نامه از آنها اخذ و در حاشیه دفتر ولادت مراتب قید، و طبق مندرجات دفتر موالید و گواهینامه، اسناد تنظیم و شناسنامه صادر میشود».

مادهٔ «۷۴» آئین‌نامه: «چنانچه پدر و مادر طفلی که از اتباع خارجه هستند هر دو

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۴

یا یکی از آنها در ایران متولد شده باشند، پس از ثبت در دفتر موالید، برای طفل آنها شناسنامه صادر میگردد. در این مورد در بالای صفحهٔ دفتر موالید و صفحهٔ سفید شناسنامه قید میشود (طبق جزء ۴ ماده «۹۷۶» قانون مدنی) برای این طفل شناسنامه صادر گردیده. و در محل مخصوص ذکر شماره شناسنامه پدر و مادر، شماره پروانه اقامت قید میگردد».

ماده «۷۵» آئین‌نامه: «اشخاصی که برای ثبت موالید خود بمأمور ثبت احوال مراجعه مینمایند و مدعی تابعیت خارجی هستند، در صورتی که مدرک کافی از مقامات صلاحیتدار ایران در دست داشته باشند که تابعیت خارجی آنها را روشن نماید، مأمور ثبت احوال مکلف است مراتب را بشهربانی یا فرمانداری یا بخشداری و یا امنیه گزارش دهد، تا تابعیت او محرز گردد».

ازدواج و طلاق

ماده «۸۱» آئین‌نامه: «زن تبعه خارجه که با مرد ایرانی ازدواج مینماید و از طرف شهربانی محل و یا مقامات صلاحیتدار ایران در خارجه مراتب اعلام شده باشد، ادارات آمار و ثبت احوال مکلف هستند پس از وصول اعلامیه برای زن شناسنامه صادر و در حاشیه نسختین دفتر اظهارنامه و ستون ملاحظات و صفحه سفید شناسنامه درج کنند (طبق جزء ۶ ماده «۹۷۶» قانون مدنی).

ماده «۷۹» آئین‌نامه: «ازدواج و طلاق اتباع خارجه مقیمین ایران طبق اعلامیه واصله از دفاتر رسمی ازدواج و طلاق و یا ارائه مدارک طبق ماده «۹۷۰» قانون مدنی در نسختین دفاتر مخصوصی که نمونهٔ آن ضمیمهٔ این آئین‌نامه است. در مراکز آمار و ثبت احوال محل به ثبت میرسد». منظور مادهٔ بالا از ارائهٔ مدارک طبق ماده «۹۷۰» ق. م مدرکیست که حکایت نماید زوجین هر دو تبعه خارجه هستند و یا آنکه نکاح و طلاق بوسیلهٔ مأمورین خارجه در ایران واقع شده است، در این صورت آنان میتوانند با ارائهٔ مدارک لازمه بر این امر باداره ثبت احوال نکاح یا طلاق را در دفاتر مخصوص ثبت نمایند.

بدستور ماده «۹۷۰» ق. م: «مأمورین سیاسی یا قنسولی دول خارجه در ایران وقتی میتوانند باجرای عقد نکاح مبادرت نمایند که

طرفین عقد هر دو تبعه دولت متبوع آنها

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۵

بوده و قوانین دولت مزبور نیز این اجازه را بآنها داده باشد- در هر حال نکاح باید در دفاتر سجل احوال ثبت شود».

فوت-

بدستور ماده «۷۶» آئین‌نامه: «ثبت فوت اتباع خارجه بموجب اطلاعنامه شهربانی محل، در نسختین دفاتر فوت، که نمونهٔ آن ضمیمه آئین‌نامه است، در مراکز آمار و ثبت احوال طبق مقررات فصل فوت بعمل می‌آید».

بدستور ماده «۷۸» آئین‌نامه: «اشخاص ذی‌نفع در صورتی که تصدیق ادارهٔ امور کنسولی وزارت امور خارجه را ابراز نمایند، میتوانند رونوشت مصدق ثبت فوت را تحصیل نمایند».

تبصره- مقررات راجع بزن تبعه ایران که با مرد تبعه خارجه ازدواج مینماید

زن تبعه ایران که بموجب اجازهٔ نامهٔ مقامات صلاحیتدار با مرد تبعه خارجه ازدواج مینماید، هرگاه ازدواج از مواردی باشد که تابعیت زوج بزوجه تحمیل شود و مراتب از طرف ادارهٔ شهربانی اعلام و شناسنامه زن را فرستاده باشند، ادارات آمار و ثبت احوال مکلف هستند چگونگی ازدواج را بطور خلاصه در حاشیه مستندات زن قید و شناسنامه را بایگانی نمایند. و اگر در اثر فوت شوهر یا وقوع طلاق و تقدیم درخواست نامه، زن بتابعیت اصلی خود بازگشت نمود، مجدداً بازگشت او در مستندات ذکر و از روی مستندات مزبور المثنی شناسنامه صادر و باو تسلیم میشود (ماده «۸۰» آئین‌نامه).

ماده «۸۱» آئین‌نامه: «زن تبعه خارجه که با مرد ایرانی ازدواج مینماید و از طرف شهربانی محل و یا مقامات صلاحیتدار ایران در خارجه مراتب اعلام شده باشد، ادارات آمار و ثبت احوال مکلف هستند پس از وصول اعلامیه برای زن شناسنامه صادر و در حاشیه نسختین دفتر اظهارنامه و ستون ملاحظات و صفحه سفید شناسنامه درج کنند (طبق جزء «۶» ماده «۹۷۶» قانون مدنی شناسنامه صادر گردیده)».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۶

باب دوم- در تنظیم اسناد سجلی

فصل اول- تنظیم اظهارنامه و صدور شناسنامه

شناسنامه برگ رسمی است که هویت دارندهٔ آن را مینمایاند و بوسیلهٔ مأمورین مربوطه مطابق دفاتر سجل احوال تنظیم و بصاحب آن داده میشود.

ماده سی و دوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «کلیه اتباع ایران باید دارای شناسنامه باشند». اتباع بیگانه دارای شناسنامه ایرانی نیستند و آنان یا دارای گذرنامه و یا اجازه‌نامه اقامت در ایران میباشند.

ماده سی و سوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «اشخاصی که بسن هیجده سال تمام رسیده‌اند شخصاً باید برگ شناسنامه بگیرند. و مسئول گرفتن شناسنامهٔ کسانی که سن آنها کمتر از هیجده سال است ولی خاص بترتیب (پدر- جد پدری- وصی منصوب) یا قیم آنها میباشد و در غیبت ولی، مادر مسئول است برای اولادش که بسن هیجده سال نرسیده است درخواست شناسنامه نماید».

مادهٔ سی و چهارم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «نسبت باطفال سر راهی، کسی که طفل را نگاهداری میکند یا رئیس بنگاهی که طفل بآنجا سپرده شده است موظف بدریافت شناسنامهٔ طفل خواهد بود».

ماده سی و پنجم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «مأمورین ثبت احوال با حضور دو نفر گواه باظهارات اظهار کنندگان رسیدگی و پس از تشخیص آن، شناسنامه صادر مینمایند».

ماده سی و ششم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «هرگاه شخصی برای ثبت هویت خود گواه نداشته باشد، باید قبلاً خود را بشهربانی یا فرماندار یا بخشدار یا امنیه یا کدخدا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۷

معرفی نماید. مأمورین مذکور پس از تحقیقات در اطراف آن شخص تصدیقی خواهند داد که بموجب آن نماینده میتواند هویت آن شخص را ثبت نماید».

مادهٔ سی و هفتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «هرگاه مأمورین انتظامات چه در شهر و چه در خارج، شخصی را بدون شناسنامه یافتند، مکلفند در اطراف او تحقیقات لازمه را نموده او را وادار باخذ شناسنامه نمایند. اگر شخص مذکور گواه نداشته باشد بطریقی که در مادهٔ قبل ذکر شده عمل میشود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۸

فصل دوم- نام خانوادگی

اشاره

نام خانوادگی عبارتست از نامی که بوسیله آن افراد یک خانواده از افراد خانواده‌های دیگر شناخته میشوند. شناسائی افراد یک خانواده از یکدیگر بوسیله نام شخصی که در جلوی خانوادگی قرار داده میشود بعمل می‌آید.

۱- مالکیت نام خانوادگی

نام خانوادگی مختص اشخاصی است که بنام آنها ثبت شده و پس از فوت بورثهٔ قانونی آنها منتقل میشود.

نام خانوادگی برای تشخیص هویت افراد جامعه در روابط بین آنان بکار میرود و بدین جهت ماده «۹۹۷» ق. م میگوید: «هر کس باید دارای نام خانوادگی باشد. اتخاذ نامهای مخصوص که بموجب نظامنامهٔ ادارهٔ سجل احوال معین میشود ممنوع است». بنابراین داشتن نام خانوادگی الزامی است و هر کس میتواند هر نامی را برای خود انتخاب نماید، از هر چند حرف که ترکیب شده باشد و اگر چه مفهوم و معنائی را دارا نباشد. فقط بجهات مخصوصه، اشخاص نامهای خاصی را که نظامنامه شمرده است نمیتوانند برای خود انتخاب نمایند. ماده «۱۰۰» آئین‌نامه: «نامهای ذیل را بعنوان نام خانوادگی نمیتوان انتخاب نمود و اشخاصی که قبلا آنها را انتخاب نموده‌اند مکلف بدرخواست تغییر آن میباشند:

۱- نامهای منتسبه بخاندان سلطنت و القاب و اسامی مربوط بعناوین و مناصب دولتی و بنگاههای همگانی بطور کلی، اعم از بسیط یا مرکب.

۲- نامهای مشاهیر و دانشمندان معروف که اسامی آنها از طرف وزارت فرهنگ معین و ابلاغ شده باشد.

۳- نامهائی که صورت لقب را دارد.

۴- واژه‌های منتسب بزبانهای بیگانه.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۱۹۹

۵- نامهائی که حق تقدم آنها با دیگران است و لو با اضافه نمودن اسم محلی یا یک حرف بآن بطوری که در معنی هیچ‌گونه تغییر حاصل نشده و موجب اشتباه باشد».

مادهٔ «۳۸» قانون سجل احوال میگوید: «هر کس باید برای خود نام خانوادگی مخصوص انتخاب کند. زوجه و کلیه اولاد و احفاد ذکور و اناث آن شخص که در تحت ولایت او هستند بآن نام موسوم خواهند بود. کسانی که تحت ولایت نیستند میتوانند نام خانوادگی دیگری برای خود اختیار نمایند». آنها کسانی هستند که هیجده سال تمام دارند و یا طبق مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م حکم رشد آنان پس از ۱۵ سالگی صادر شده است.

بدستور ماده «۹۵» آئین‌نامه: «اسناد سجلی نوزادگانی که در غیر محل صدور شناسنامه پدر متولد میشوند با نام خانوادگی پدر تنظیم خواهد شد و لو اینکه حق تقدم نام خانوادگی مزبور در قلمرو آن با دیگری باشد و اگر آن نام خانوادگی در قلمرو آن دفتر بنام دیگری ثبت نشده و بلا معارض باشد، طفل موصوف دارندهٔ حق تقدم شناخته نمیشود و اگر کسی بخواهد از آن نام استفاده کند مانعی نخواهد داشت». زیرا طفل مزبور منسوب بخانواده ایست که پدر حق تقدم آن نام را در حوزهٔ خود دارا میباشد.

بدستور مادهٔ «۹۱» آئین‌نامه: «هر یک از افراد بدون شناسنامه که بسن ۱۸ سال تمام رسیده‌اند، موظفند در موقع تنظیم اسناد نام خانوادگی مخصوصی که بلا معارض بودن آن مورد تصدیق دفتر محل باشد برای خود انتخاب نماید».

نام خانواده متعلق بکسی است که آن نام را برای خود در دفاتر سجل احوال قلمرو هر دفتری معین نموده‌اند. ماده «۳۹» قانون اصلاح قانون سجل احوال میگوید: «نامهای خانوادگی پس از ثبت در دفاتر ثبت احوال قلمرو هر دفتر آمار و ثبت احوال، مختص اشخاصی است که بنام آنها ثبت شده و دیگری حق اختیار آن نام را در حوزهٔ قلمرو آن ندارد، مگر با اجازه دارندهٔ حق تقدم». ولی در قلمرو دفتر آمار و ثبت احوال حوزهٔ دیگر، اشخاص دیگر میتوانند نام خانوادگی مزبور را انتخاب و بخود اختصاص دهند.

مادهٔ «۹۲» آئین‌نامه میگوید: «قلمرو دفتری که نباید نام خانوادگی در آن تکرار شود، عبارت است از کلیه حوزه‌های تابعه آن دفتر، اعم از حوزه‌های شهری و دهستانی».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۰

ماده «۹۳» آئین‌نامه: «برای ثبت حق تقدم نامهای خانوادگی و جلوگیری از تکرار آن در قلمرو هر یک از ادارات آمار و ثبت احوال دفاتر مخصوصی که نمونهٔ آن ضمیمهٔ این آئین‌نامه است تهیه شده و بوسیلهٔ اداره بازرسی سرب و پس از تعیین حروف مختصه و امضای رئیس اداره ثبت احوال در دسترس دفاتر آمار و ثبت احوال گذاشته میشود».

چنانکه در ذیل ماده سی و نهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال مصرح است، نام خانوادگی پس از ثبت در دفاتر سجل احوال قلمرو هر دفتری، مختص اشخاصی است که بنام آنها ثبت شده است و بدین جهت خانواده مزبور میتواند دیگری را که بآن نام خانوادگی، خود را نامیده منع نماید.

ماده «۹۹۸» ق. م: «هر کس که اسم خانوادگی او را دیگری بدون حق اتخاذ کرده باشد، میتواند دعوی اقامه کرده و در حدود قوانین مربوطه تغییر نام خانوادگی غاصب را بخواهد. (این امر بوسیله اقامه دعوی در دادگاه شهرستان حوزه مربوطه بطرفیت غاصب بعمل می‌آید و حکم باداره آمار فرستاده میشود تا در حاشیه دفتر مفاد آن قید گردد).

اگر کسی نام خانوادگی خود را که در دفاتر سجل احوال ثبت کرده است مطابق مقررات مربوطه باین امر تغییر دهد، هر ذی‌نفع میتواند در ظرف مدت و بطریقی که در قوانین یا نظامات مخصوصه مقرر است اعتراض کند» ماده چهلم قانون اصلاح قانون ثبت احوال میگوید: «حق تقدم نام خانوادگی اشخاص پس از فوت بورثه قانونی آنها انتقال می‌یابد و هر یک از ورثه میتواند دیگری را که بخواهد آن نام را اختیار کند، مورد اعتراض و تعقیب قرار دهد، ولی مشترکا میتوانند بدیگری اجازه دهند که نام خانوادگی آنها

را اختیـار کنـد». چنـانکه گـذشت این امر بوسـیلهٔ اقامـهٔ دعوی در دادگاه شهرسـتان بعمل می‌آیـد. بنابراین یک نفر از ورثه نمیتواند بشخص خارج از خانواده خود، اجازه دهد که بنام خانوادگی او نامیده شود. زیرا نام متعلق بتمامی ورثه است.

۲- تغییر نام خانوادگی

اشاره

افراد در جامعه بوسـیلهٔ نام شخصـی و نام خانوادگی شـناخته میشوند و نام شخصـی بتنهائی برای این امر کافی نخواهد بود، زیرا تمیز افراد از یکدیگر بوسیله نام و نام خانوادگی میباشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۱

و آنـان روابـط حقـوقی خـود را بـآن وسـیله برقرار میدارنـد، لـذا آزادی در تغییر نـام خـانوادگی خود ندارنـد، زیرا آزادی تغییر نـام خـانوادگی، ممکن است موجب اخلال روابط حقوقی افراد گردد. بـدین جهت هیـچ‌کس بـدون تشـریفات مخصوصـی نمیتوانـد نام خـانوادگی خـود را تغییر دهـد خـواه این تغییر مـوجب تغییر در تلفـظ شود، ماننـد آنکه کسـی نـام خـانوادگی خود را از بوذرجمهر بساسان تغییر دهـد و یا فقط در نوشـتن بعض حروف تغییر نمایـد بـدون آنکه در تلفظ مؤثر باشـد، مانند کسی که نام خانوادگی او طهرانی ثبت شـده آن را بتهرانی تغییر دهد، زیرا آنچه متعلق باو است نام طهرانی است و نام تهرانی نام جداگانه‌ای است که دیگری میتواند بخود اختصاص دهد. مادهٔ چهل و دوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال میگوید:

«تغییر نـام خـانوادگی بایـد منحصـراً بفرمان اعلا حضـرت همایون شاهنشاهی باشـد و هیـچ‌کس حق نـدارد بـدون اجازهٔ قبلی در نام خانوادگی خود هیچ‌گونه تغییری بدهد. درخواست کنندگان باید دلائل خود را بوزارت کشور اظهار کرده و پس از بررسـی بوسیلهٔ نخست وزیر بعرض پیشـگاه اعلاـ حضـرت همـایون شاهنشـاهی برسـد». درخواست‌کننـده هر گـونه دلیـل که عقلاـ موجب تغییر نـام خانوادگی باشـد میتوانـد تقـدیم دارد ماننـد زشت و مسـتهجن بودن نام و یا طولانی بودن و یا دشوار بودن تکلم و امثال آن که ماده «۹۷» آئین‌نامه بیان کرده است. ماده «۹۷» آئین‌نامه «اشخاص در موارد ذیل میتوانند درخواست تغییر نام خانوادگی خود را بنمایند:

۱- هرگاه نام خانوادگی در قلمرو یکی از ادارات آمار و ثبت احوال تکرار شده باشد.

۲- هرگاه منظور وحـدت نام خانوادگی باشـد. در مورد اشخاصـی که قرابت نسبی یا قرابت سـببی درجه اول یا دوم با اجازه دهنـده دارند با ارائه اجازه‌نامه گواهی شده از کلانتری یا دفتر اسناد رسمی یا بخشداری، دارندهٔ حق تقدم.

۳- هرگاه نام خانوادگی از واژه‌های زشت و ناپسـند و مسـتهجن بوده و یا از سه کلمه یا بیشتر ترکیب شده باشد و یا با شغل و شئون اشخاص مناسب نباشد.

۴- هرگاه محکومیت جزائی باستثنای خلاف برای یکی از افراد خانواده پیش

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۲

آمده و داشتن نام خانوادگی پیشین موجب ننگ و سرافکندگی باشد.

۵- اگر نام خانوادگی از اسامی ممنوع الاستعمال و قابل حذف بوده و یا با آنها ترکیب شده باشد».

درخواست تغییر نـام خانوادگی از نظر نظم اداری در اوراق آزاد ممنوع میباشـد و بدسـتور ماده «۹۸» آئین‌نامه: «کسانی که بخواهند نـام خـانوادگی خود را تغییر دهنـد بایـد دلائل خود را در درخواست چاپی نمونه ذکر و بفرمانـداری یا بادارهٔ آمار محل اقامت خود تسلیم نماینـد. هرگاه درخواست نامه بفرمانـداری داده شـده باشد، فرمانداری آن را بادارهٔ آمار محل خواهد فرسـتاد و اداره نامبرده مکلـف است چگـونگی را بـا اظهـار نظر بفرمانـداری ادارهٔ کـل آمـار و ثبت احوال گزارش دهـد، فرمانـداری گزارش اداره آمـار را بوزارت کشور میفرسـتد تا مورد بررسـی قرار گیرد. در صورتی که درخواست نامه مسـتقیماً باداره آمار محل تسـلیم شده باشد اداره

نـامبرده بایـد مراتب را بـا اظهـار نظر بـادارهٔ کـل آمار و ثبت احوال گزارش دهـد تا طبق مقررات ماده «۴۲» قانون ثبت احوال اقـدام شود».

بدستور ماده «۹۶» آئین‌نامه: «چنانچه دارندهٔ حق تقدم، نام خانوادگی خود را طبق تشـریفات مقرره تغییر دهد در حاشیه دفاتر نامهای خانوادگی مراتب قید و دیگر شـخص مزبور نمیتواند از حق تقدم نام خانوادگی پیشین خود استفاده نماید، ولی در عین حال این نام خـانوادگی بلامعـارض نبوده و غیر از کسـانی که قبلاـ اسـتفاده مینمودهانـد اشـخاص دیگری نمیتواننـد آن نـام را برای خود انتخاب کنند».

علت این امر آنست که شـخص صـاحب نـام خـانوادگی در حوزهٔ خود بـآن نـام شـناخته شـده و انتخـاب نام مزبور از طرف دیگری ممکن است ایجاد اشکالات حقوقی و امثال آن بنماید.

نام خانوادگی زن و اولادانی که تحت ولایت هستند

ماده سی و هشتم قانون اصـلاح قانون ثبت احوال میگویـد: «هر کس باید برای خود نام خانوادگی مخصوص انتخاب کند. زوجه و کلیه اولـاد و احفـاد ذکور و انـاث آن شـخص که در تحت ولـایت او هسـتند بـآن نـام موسوم خواهنـد بود. کسانی که تحت ولایت نیستند میتوانند نام خانوادگی دیگری برای خود اختیار نمایند». همچنانی که میتوانند نام خانوادگی پدر را اختیار

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۳

کننـد. منظور ماده از اولاد، اولادهای قانونی میباشـند و همچنین است اولاد شـبهه، ولی اولاد متولد از زنا بنام پدر طبیعی خود نامیده نمیشونـد اگر چه ابوین اقرار بنسب بنماینـد، زیرا رابطـهٔ نسب قانونی بین آنها موجود نیست و خویشاوندی طبیعی بتنهائی ایجاب این امر را نمینماید، مگر کسی که حق تقدم نسبت بنام مزبور دارد باو اجازه دهد.

بنـابر آنچه گفته شـد چنانچه پـدر طفل نامعلوم بوده و یا مورد اختلاف قرار گیرد و در اثر این امر نام پـدر در شناسـنامه نامعلوم و یا بنامی دیگر نوشـته شـده باشـد پس از اثبات انتساب فرزنـد بپـدر قانونی و یا شـناختن او از طرف پـدر قانونی نام خانوادگی طفل در اوراق سجلی بنام خانوادگی پدر ثبت میگردد.

نام خانوادگی در دوران زناشوئی

پس از آنکه زن شوهر کند بدسـتور مادهٔ سـی و هشـتم قانون اصـلاح قانون ثبت احوال بنام خانوادگی شوهر نامیده میشود و این امر احتیاج به هیـچ‌گونه تشـریفات اداری نخواهـد داشت. (اطلاق ماده اقتضا میکند که زوجه چه دائمه باشد و چه منقطعه نام خانوادگی زوج خود را اختیار بنماید).

بنـابر مسـتفاد از مـادهٔ چهـل و سوم قـانون اصـلاح قـانون ثبت احوال، پس از نکـاح، شوهر میتوانـد نـام خانوادگی زن خود را اختیار بنماید، ولی این امر منوط باجازهٔ کسی است که حق تقدم نسبت بآن نام دارد، زیرا نام خانوادگی متعلق باو میباشد.

چون نـام خـانوادگی اصـلی از نظر انتسابی است که باعتبار خون، شـخص با منشأ خود دارد و از طرف دیگر دورانی از زنـدگانی را بآن نام خود را در جامعه معرفی کرده و ممکن است اسـناد معاملاتی نیز تنظیم شـده باشـد موجبی ندارد که زن پس از شوهر کردن نام خانوادگی اصـلی خود را از دست بدهد و ماده هم این امر را تصـریح نمینماید. بنظر میرسد که زن پس از آنکه شوهر نمود باید بـا حفـظ نام خانوادگی سابق نام خانوادهٔ شوهر را پس از نام خانوادگی خود ذکر نمایـد که در اصـطلاح نام خانوادگی دوم نامیـده میشود.

در ایران زن پس از شوهر کردن در روابط اجتماعی عموماً نام خانوادگی شوهر را بنام شخصـی پیوست نموده و نام خانوادگی خود

را عملًا الغاء مینماید و در معاملات بالعکس نام خانوادگی اصلی که در شناسنامه قید است بتنهائی استعمال میکند، اگر چه ممکن است

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۴

از مفهوم مادهٔ سی و هشتم قانون سجل احوال خلاف آن استنباط شود که میگوید:

«.... زوجه و کلیه اولاد .... بآن نام موسوم خواهند بود ...».

نام خانوادگی شوهر برای زن پس از انحلال نکاح

چون زن در اثر ازدواج نام خانوادگی شوهر را بنام خود افزوده پس از انحلال نکاح بجهتی از جهات (طلاق بذل مدت، فسخ نکاح) موجبی برای نامیدن زوجه بنام خانوادگی شوهر باقی نیست، علاوه بر آنکه انحلال نکاح در موارد بالا، در اثر عدم رغبت آنان بادامهٔ زناشوئی است، لذا شوهر پس از انحلال نکاح عموماً راضی ببقاء نام خود برای زوجه نخواهد بود. بنابراین چنانچه زن بخواهد از آن پس بنام خانوادگی زوج باقی بماند باید با اجازهٔ شوهر سابق باشد. این است که مادهٔ چهل و سوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال میگوید: «هرگاه بین زن و شوهر تفریق قانونی واقع شود بقاء بنام خانوادگی شوهر برای زن منوط باجازهٔ شوهر است و در صورتی که شوهر نام خانوادگی زن را اختیار کرده باشد بقاء نام مزبور برای شوهر پس از تفریق منوط باجازهٔ زن است».

چنانچه مادهٔ بالا متذکر است شوهری که در اثر ازدواج نام خانوادگی زن را برای خود گرفته نمیتواند پس از انحلال نکاح نام مزبور را برای خود نگاهدارد مگر آنکه زن اجازه دهد.

ماده «۱۰۴» آئین‌نامه میگوید: «ادارهٔ آمار مکلف است پس از اعلام وقوع طلاق بزن اخطار نماید که در مدت پانزده روز اجازه شوهر سابق خود را برای بقاء نام خانوادگی او تسلیم نماید و یا نام خانوادگی دیگری برای خود اختیار کند و اگر اجازه شوهر را در مدت مقرره تسلیم ننمود، ادارهٔ آمار در حاشیه مستندات مربوطه قید خواهد کرد که دیگر زن بنام خانوادگی شوهر سابق خود باقی نخواهد بود». مادهٔ بالا- حکم موردی را که زوج میمیرد ذکر ننموده که آیا زوجه میتواند بنام خانوادگی زوج باقی بماند؟ بدین جهت میتوان از سکوت ماده در مقام بیان، استنباط نمود که این امر مانعی نخواهد داشت، زیرا موجبی که در مورد انحلال نکاح در موارد طلاق و فسخ موجود بوده که عدم رغبت ببقاء

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۵

زوجیت است در مورد فوت موجود نیست، علاوه بر آنکه نگاهداری نام خانوادگی شوهر برای زنی که شوهرش فوت نموده یادگار مقدسی میباشد. بنابراین خویشاوندان شوهر نمیتوانند زوجه مزبور را از نامیدن خود بنام خانوادگی شوهر منع نمایند. معلوم است این امر تا زمانی است که زن بیوه باشد و الا- چنانچه شوهر دیگری اختیار کند نام شوهر اول بخودی خود از بین خواهد رفت، زیرا بدستور مادهٔ سی و هشتم قانون سجل احوال نام خانوادگی شوهر جدید جانشین نام خانوادگی شوهر متوفی خواهد بود.

بنظر میرسد که میتوان از ماده چهل و سوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال استنباط نمود که با فوت شوهر مانند تفریق قانونی رابطهٔ زناشوئی منحل میگردد و موجبی برای بقاء زن بنام خانوادگی شوهر نیست و همچنین است در مورد شوهری که بنام خانوادگی زن نامیده شده هرگاه زن مزبور بمیرد.

وضعیت حقوقی نام خانوادگی

تصمیمات قضائی فرانسه بر آنست که نام خانوادگی ملك خانوادهٔ میباشد که آن نام را دارا هستند.

از نظر علمی حق مالکیت رابطهٔ انحصاری شخص نسبت بچیزی است. حق مالکیت نسبت بهر چیز انحصاری است و مالك میتواند از

آن استفاده ممکنه را بنماید و چنانچه ملکیت نسبت بچیزی مشاع یعنی متعلق بافراد متعددی باشد، تمامی آنان از آن مال استفاده مینمایند.

وضعیت مزبور در تمامی اموال مادی در خارج که ملك اشخاص است موجود میباشد ولی مالکیت در مورد نام خانوادگی بنحو دیگری است که چندین نفر در زمان واحد میتوانند از آن کمال انتفاع اجتماعی ممکنه را ببرند. بنابراین مالکیت خانواده نسبت بنام خانوادگی خود از قبیل مالکیت فردی نسبت باعیان خارجی نمیباشد و نام خانوادگی نمیتواند مانند اموال خارجی ملك اشخاص قرار گیرد. گمان میرود مناسب تر است که در زبان حقوق ایران از استعمال کلمهٔ ملکیت در مورد نام صرف نظر نموده و حق استعمال انحصاری برای خانواده گفته شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۶

انحصاری بودن نام برای یک خانواده، خانواده‌های دیگر را دچار مضیقه نام نمینماید زیرا نامهائی که از حیث تلفظ و املاء با یکدیگر مغایر هستند چندان یافت میشود که هر خانواده‌ای میتواند نامی غیر از نامهای موجود برای خود اختیار کند، بنابراین انحصاری بودن آن سلب آزادی از خانواده‌های دیگر در انتخاب نام نخواهد نمود.

نام شخصی

علاوه بر نام خانوادگی که موجب شناسائی یک خانواده بین خانواده‌های دیگر در قلمرو دفتر آماری که ثبت شده میگردد، هر فردی در هر خانوادهٔ که باشد باید دارای نام مختص بخود باشد که بوسیلهٔ آن هویت او بین افراد خانوادهٔ خود معلوم گردد و آن را نام شخصی خوانند. نام شخصی مانند نام خانوادگی اختصاص بیک فرد معین ندارد و اشخاص دیگر در آن شهر یا در همان خانواده اگر چه نسبت نزدیك بیکدیگر داشته باشند میتوانند همان نام را دارا گردند و این امر نمیتواند مورد اعتراض قرار گیرد.

هر فرد دارای یک نام است خواه آن نام بسیط باشد مانند احمد یا مرکب باشد مانند محمد علی، ولی گاه اتفاق می‌افتد که اشخاص دارای چند نام هستند، در این صورت نامهای مزبور باید در شناسنامه ذکر گردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۷

فصل سوم- در اعتبار اسناد سجلی

اشاره

دفاتر سجل احوال و شناسنامه از اسناد رسمی هستند، زیرا طبق ماده «۱۲۸۷» ق. م «اسنادی که در ادارهٔ ثبت اسناد و املاك و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است». بدستور ماده «۱۲۹۰» ق. م: «اسناد رسمی دربارهٔ طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است و اعتبار آنها نسبت باشخاص ثالث در صورتی است که قانون تصریح کرده باشد». اعتبار اسناد رسمی مبتنی بر فرض صدق گزارش و گفتار مأمورین دولت در حدود وظائفی که قانون بآنان محول نموده است میباشد. دولت بوسیلهٔ فرض مزبور میتواند وظائف خود را در حفظ نظم اجتماعی بکار ببرد. این است که ماده «۱۳۰۵» میگوید: «در اسناد رسمی تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث، ولی در اسناد عادی تاریخ فقط در بارهٔ اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثهٔ آنان و کسی که بنفع او وصیت شده معتبر است» زیرا تاریخ سند بوسیلهٔ مأمور رسمی دولت نوشته شده است. بنابراین آنچه در سند مشهود و یا مسموع مأمور رسمی میباشد معتبر است یعنی کسی که بر علیه او چنین سندی ابراز میگردد نمیتواند بدون دلیل بگوید مأمور دروغ میگوید ندیده و نشنیده است. بعبارت دیگر

کسی که محتویات و مندرجات سند رسمی بر علیه او است نمیتواند بصرف تردید و انکار یا تکذیب خود را از عواقب آن برهاند بلکه باید کذب گزارش مأمور رسمی را ثابت نماید و آن دعوی جعلیت میباشد، بدین جهت است که ماده «۱۲۹۲» ق. م میگوید: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف میتواند ادعای جعلیت باسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور بجهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است». و قسمت اول ماده «۷۰» قانون ثبت اسناد و املاک میگوید: «سندی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۸

مطابق قوانین بثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن سند ثابت شود ...».

باری چنانکه از مفاد ماده «۱۲۹۰» ق. م مذکور در بالا معلوم میگردد اسناد رسمی بر دو دسته‌اند: اسنادی که دربارهٔ طرفین و وراث و قائم مقام آنها معتبر است و اسنادی که اعتبار آن نسبت باشخاص ثالث میباشد. چنانکه از ماده چهل و هفتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال بر می‌آید اسناد سجلی نیز بر دو قسم است: ماده چهل و هفتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال:

«مندرجات دفاتر ولادت و فوت و اسنادی که بر طبق آن صادر میشود و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در دفاتر از اسناد رسمی معتبر خواهد بود مگر آنکه خلاف آن در دادگاه ثابت شود. سایر اسناد سجلی که بر طبق مقررات قانون با تشریفات مذکور در بالا تنظیم شده نیز اسناد رسمی است و لیکن در مقابل اشخاص ثالث معتبر نخواهد بود».

الف- اسناد سجلی که اعتبار آن نسبت به اعلام‌کننده و اشخاص ثالث است-

چنانکه از ماده چهل و هفتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال مخصوصاً قسمت اخیر آن معلوم میگردد، مندرجات دفاتر ولادت و فوت و اسنادی که بر طبق آن صادر میشود و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در اسناد رسمی علاوه بر اعتبار آن نسبت به اعلام‌کننده نسبت باشخاص ثالث نیز معتبر میباشد، زیرا چنانکه شرح آن گذشت دفتر موالید دفتری است که ولادت کودکانی که تولد آنها در مدت قانونی اعلام میگردد در آن ثبت میشود. ثبت اینگونه دفاتر باعتبار آنکه مبتنی بر اصول و قواعد منظمی است که طبق ماده سوم و چهارم قانون اصلاح قانون ثبت احوال میباشد، دارای اعتبار مخصوص است. منظور ماده «۹۹۹» ق. م که میگوید: «سند ولادت اشخاصی که ولادت آنها در مدت قانونی بدایرهٔ سجل احوال اظهار شده است سند رسمی محسوب خواهد بود». نیز اعتبار مندرجات دفتر موالید نسبت باشخاص ثالث میباشد.

ب- اسناد سجلی که اعتبار آن نسبت به اعلام‌کننده است-

و آن در مورد تولد و وفات ثبت شده در دفاتر غیر موالید و همچنین نکاح و طلاق و فسخ و بذل مدت در نکاح منقطع میباشد. در موارد مزبور مندرجات اسناد و دفاتر سجلی اگر چه رسمی است ولی نسبت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۰۹

باشخاص ثالث اعتباری ندارد، چنانکه در ذیل ماده چهل و هفتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال تصریح شده است: «... سایر اسناد سجلی که بر طبق مقررات قانون با تشریفات مذکور در بالا تنظیم شده نیز اسناد رسمی است و لیکن در مقابل اشخاص ثالث معتبر نخواهد بود».

بنابر آنچه گذشت مندرجات اسناد و دفاتر سجل احوال از مندرجات اسناد رسمی محسوب میگردند، با این فرق که آنچه راجع بولادت و فوتی باشد که در دفاتر موالید ثبت شده نسبت بتمامی اشخاص معتبر است، ولی آنچه راجع بولادت و فوتی است که در

دفاتر سجل احوال (غیر موالید) و نکاح و طلاق و فسخ و بذل مدت میباشد فقط نسبت باعلام کنندگان معتبر است و نسبت باشخاص ثالث هیچ‌گونه اعتباری ندارد. یعنی چنانچه چنین سندی بر علیه شخص ثالث از نظر تاریخ تولد، نام پدر یا مادر، ابراز گردد او میتواند باستناد ماده بالا دفاع نماید که بر علیه او هیچ‌گونه اعتبار ندارد، زیرا آن امور از مطالبی است که اشخاص معینی نزد مأمور رسمی اظهار داشته و مأمور گفتار آنان را نوشته است. گفتار اشخاص مزبور بر علیه او اثری ندارد بر خلاف تاریخ صدور که از محسوسات مأمور رسمی است و بدستور ماده «۱۳۰۵» ق. م، بر علیه او معتبر میباشد.

تذکر – اعتبار رو نوشت اسناد سجلی –

مادهٔ چهل و نهم قانون اصلاح قانون ثبت احوال:

«رونوشت کلیه اسناد و آن قسمت از دفاتر در صورتی معتبر است و در دادگاهها و دفترخانه‌ها و ادارات دولتی و شهرداری پذیرفته میشود که از ادارهٔ آمار و ثبت احوال کل یا شعب آن صادر و مصدق شده باشد و ببرگهای نامبرده باین ترتیب تمبر الصاق میشود ...» منظور از اعتبار رونوشت اسناد سجلی، اعتبار آن در حدود اعتبار اصل سند است، بنابراین چنانکه اصل سند از اسنادی باشد که فقط در باره اعلام‌کننده معتبر است رونوشت هم همان اعتبار را دارا میباشد و هرگاه اعتبار اصل نسبت بشخص ثالث نیز باشد، رونوشت نیز همان اعتبار را دارا خواهد بود. ماده مزبور الصاق تمبر را از شرایط پذیرفتن رونوشت دانسته است و حال آنکه مادهٔ «۱۲۹۴» ق. م میگوید: «عدم رعایت مقررات راجعه بحق تمبر که باسناد تعلق

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۰

میگیرد سند را از رسمیت خارج نمیکند». قانون ثبت احوال چون در بیست و دوم اردیبهشت ماه هزار و سیصد و نوزده تصویب شده و خاص است، و قانون مدنی در ۱۳۱۴ تصویب گردیده و عام میباشد. قانون خاص قانون عام را تخصیص داده و نتیجةً رونوشت اسناد سجلی بدون الصاق تمبر پذیرفته نمیشود، یعنی اعتبار قانونی باو داده نخواهد شد، ولی اعتبار رونوشت اسناد دیگر بدون تمبر معتبر است، مگر قانون در مورد مخصوص تصریح بر خلاف بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۱

فصل چهارم – در تصحیح اسناد سجلی

اشاره

طبق قاعدهٔ عقلی هر اشتباهی باید تصحیح گردد، ولی چون اسناد سجلی از اسناد رسمی میباشد، نباید دستخوش تشخیص و ارادهٔ افراد قرار گیرد، این است که قانون اصلاح قانون ثبت احوال و آئین‌نامهٔ آن اقسام اشتباه و طریق تصحیح آن را بیان مینماید.

اختلافات و اشتباهات در اسناد سجلی بر دو قسم است:

۱– اشتباهاتی که ناشی از اظهار اعلام‌کننده باشد

چنانکه اعلام‌کننده یا کسی که ثبت سجل مربوط باو است مدعی گردد که در نام یا تاریخ تولدی که باداره ثبت اعلام گردیده اشتباه شده است، رفع اشتباه با دادگاه شهرستان میباشد.

ماده چهل و چهارم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «هرگاه اختلافی راجع باسناد سجلی ایجاد شود و یا برای یک نفر برگهای مکرر صادر شده باشد، رسیدگی باختلاف و ابطال برگهای اضافی در دادگاه شهرستان محل صدور شناسنامه و در صورت نبودن آن در

نزدیکترین دادگـاه بخش بعمـل می‌آیـد و تا موقعی که از طرف دادگاههای نامبرده اسـناد مـذکور باطل یا تصـحیح نشود آن اسـناد باعتبـار خود بـاقی خواهـد بود و دادنـامه دادگـاه در این موارد فقط قابل پژوهش است. مأمور ثبت احوال مـدلول رأی دادگاه را در اسـناد سجلی محکوم له درج نموده و بر طبق رأی مذکور شناسامه جدید صادر مینماید، دادنامه که بموجب این ماده صادر میشود، از حیث مقررات راجع بنظام وظیفه مؤثر نخواهد بود». دعوی اشـتباه در دادگاه شهرسـتان بوسیلهٔ دادخواست بطرفیت ادارهٔ آمار اقامه میگردد، نتیجه رسیدگی دادگاه پس از قطعیت، در اسناد سجلی محکوم له درج میگردد و اعتبار آن مانند اعتبار اصل سند خواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۲

بود، مگر در مورد تصـحیح تاریـخ تولـد راجع بنظام وظیفه. بنابراین چنانکه کسـی بـدعوی اشـتباه در تاریـخ تولد، رأی از دادگاه بر تصـحیح تاریخ تولد خود بگیرد و شناسـنامه تصـحیح گردد، از نظر خدمت وظیفه تاریخ سابق ملاک خواهد بود، ولی از نظر اهلیت در امور مدنی و سیاسی تاریخی که بوسیلهٔ رأی دادگاه تصحیح شده است.

مادهٔ چهل و پنجم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «باختلاف اسناد ثبت احوال اتباع ایران که در خارجه شناسنامه گرفته‌اند، مادام که در کشورهای خارجه هستند در دادگاه شهرستان طهران و در غیر این صورت در دادگاه محل اقامت صاحب سند رسیدگی میشود». بنـابراین چنانچه کسـی که شناسـنامه خود را از یکی از قونسولگریهای ایران در کشورهای خارجه گرفته است بخواهـد اقامـهٔ دعوی راجع بتصـحیح آن بنمایـد مادام که در خارج از ایران اقامت دارد، دادگاه شهرسـتان طهران و هرگاه بایران بیاید و اقامت اختیار کند در دادگاه شهرسـتان حوزهٔ محل مزبور بایـد اقامهٔ دعوی گردد. بنظر میرسد که سـکونت موقت در حوزهٔ یکی از شهرسـتانهای ایران مادام که آن را اقامتگاه خود قرار ندهد، نمیتواند در دادگاه شهرستان حوزهٔ مزبور اقامهٔ دعوی کند.

باری بنابر اطلاق ماده چهل و چهارم قانون اصـلاح قانون ثبت احوال نسبت بهر یک از اسـناد سـجلی از شناسـنامه و دفاتر خواه دفتر موالید باشد یا دفتر اظهارنامه یا اسناد دیگر میتوان در دادگاه بطرفیت ادارهٔ آمار درخواست تصحیح نمود و خلاف آن را ثابت کرد. این است که ماده «۱۰۶» آئین‌نامه میگوید: «در مواردی که اشـخاص برای رفع اختلاف موجوده در اسـناد سجلی یا ابطال سند مکرر بـدادگاه مراجعه مینمایند ادارات آمار و ثبت احوال مکلفند با مراجعه باسـناد مورد دعوی بوسـیلهٔ اعزام نماینده اقدام نمایند». دادگاه پس از رسـیدگی چنـانکه ادلـهٔ مـدعی تصـحیح را مثبت دعوی دانست، رأی بر تصـحیح یا ابطال سـند مکرر صادر مینمایـد. پس از قطعیت، رأی باداره‌ٔ آمار مربوطه ارسال و در اسناد سجلی ثبت میگردد

ماده «۹۹۶» ق. م میگوید: «اگر عدم صـحت مطالبی که بدایره سـجل احوال اظهار شده است در محکمه ثابت گردد یا هویت کسـی که در دفتر سجل احوال بعنوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۳

مجهول الهویه قیـد شـده است معین شود و یـا حکم فوت فرضـی غـایب ابطال گردد، مراتب بایـد در دفاتر مربوطه سـجل احوال قید شود». چون ممکن است بچه‌ای را که سـر راه گذارده‌اند شیرخوارگاه یا عابری بر دارد و در دفاتر سجل احوال نام او را اداره ثبت و یا شـخص پیداکننده تعیین نماید و ابوین او و یا پدرش را نامعلوم معرفی کنند و پس از آن کسی پیدا شود و دعوی مادری یا پدری نسـبت ببچه بنماید، پس از اقامهٔ دعوی در دادگاه بطرفیت ادارهٔ ثبت و رسیدگی و صدور رأی دادگاه، دفاتر مزبور تصحیح میگردد. اثبات امور مذکور در بالا بوسیلهٔ هر نوع دلیلی پذیرفته میشود.

۲- اشتباهات مأمورین ثبت احوال

قسمت دوم ماده «۱۰۵» آئین‌نامه میگوید: «۲- اشـتباهاتی که در موقع تنظیم اسناد سجلی ناشی از اشتباه تنظیم‌کننده اسناد بوده است، هرگاه مأمور قبل از امضاء متوجه اشتباه گردد طبق قسمت اول ماده «۴۸» قانون ثبت احوال اشتباه را اصلاح مینماید و در صورتی که

بعـد از امضاء باشـتباه متوجه گردیـد بایـد موارد اشـتباه را بطور واضح و روشن باداره کل آمار و ثبت احوال گزارش دهند و پس از وصول دسـتور با موافقت نامهٔ صاحب سـند اشـتباه اسـناد را تصحیح نماید». این است که ماده چهل و هشتم قانون اصلاح قانون ثبت احوال میگوید:

«هرگـاه در تحریر دفـاتر یـا تنظیم اظهارنـامه اشـتباهی از طرف مأمور بشود، چنانچه قبل از امضاء اظهارکننـده و گواهان باشـد مأمور مراتب را در حاشـیه سـند با مرکب اصلاح کرده و بامضاء اظهارکننده و صاحب واقعه و گواهان میرساند و چنانچه بعد از امضاء آن باشـد مـأمور بایـد فوراً شـرح اشـتباه را بـاداره کل آمار و ثبت احوال گزارش دهـد تا بر حسب اجازه کل آمار و ثبت احوال دسـتور اصـلاح داده شود». بنظر میرسد که ماده چهل و شـشم قانون اصـلاح قانون ثبت احوال نیز قسـمت اخیر مادهٔ بالا را که اشتباه از ناحیه مأمور پس از خاتمه و امضاء، باشد، تأکید مینماید.

مـاده چهل و شـشم قانون اصـلاح قانون ثبت احوال: «اشـتباهاتی که ممکن است در تنظیم اسـناد سـجلی از طرف ادارهٔ مربوطه بعمل آمده باشد میتوان با موافقت ادارهٔ کل آمار و ثبت احوال و صاحب برگ تصـحیح نمود، لیکن این تصـحیح در مقابل اشخاص ثالث معتبر نخواهد بود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۴

فصل پنجم- در کیفر

۱- کیفر کسانی که وقایع تولد و فوت را اعلام ننمایند-

بدستور ماده پنجاه قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «از تاریخ اجرای مقررات راجع به ثبت احوال، در هر حوزه کسانی که وظایفی را که بر طبق این قانون برای ثبت ولادت و فوت در عهدهٔ آنها قرار گرفته انجام ندهند و همچنین مشـمولین مواد «۳۲- ۳۳- ۳۴» علاوه بر اینکه بموجب حکم دادگـاه بهشت روز تـا دو مـاه حبس تادیبی قابل خریـداری بقرار روزی از ده تا چهل ریال محکوم میشونـد، بانجـام تکـالیف مقرره نیز محکوم خواهنـد گردیـد. و در صورتی که خود آنهـا تا ده روز بعـد از ابلاغ حکم قطعی تکالیف خود را راجع به ثبت واقعه انجام بدهنـد، از کیفر مـذکور معاف خواهنـد بود». بنابراین چنانچه پـدری تولـد فرزند خود را بادارهٔ آمار اطلاع ندهـد چنـانچه پس از تعقیب و صـدور حکم قطعی در ظرف ده روز آن را باداره ثبت احوال مربوطه اطلاع و تکالیف خود را انجام داد از مجازات معاف و حکم بلااجرا خواهد ماند.

۲- کیفر مامورینی که وظایف مربوطه به ثبت احوال را انجام دهند-

بدسـتور مـاده پنجـاه و یکم قـانون اصـلاح قـانون ثبت احوال: «هر یـک از مـأمورین که در اجرای مقررات این قانون مسامحه نمایند مطابق مقررات قانون اسـتخدام کشوری مورد تعقیب و دادرسـی اداری واقع خواهنـد شد». مادهٔ مزبور راجع بتخلفات اداری مأمورین ثبت احوال است و الا هرگاه در جریان امر مأمور مرتکب یکی از جرائم عمومی مانند جعل گردد، تعقیب کیفری خواهد شد.

۳- کیفر کسانی که شناسنامهٔ مکرر بگیرند-

بدسـتور مـاده پنجـاه و دوم قـانون اصـلاح قـانون ثبت احوال: «کسانی که بعـد از تصویب این قانون بگرفتن شناسـنامه مکرر مبادرت نمایند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۵

بحکم دادگاه کیفر خلافی از یک روز تا هفت روز حبس و یا از ۵ ریال تا پنجاه ریال جریمه محکوم خواهند شد». و چنانچه بوسیله آن مرتکب یکی از جرائم عمومی نیز شده باشند پس از اثبات آن در دادگاههای صالحه بکیفر مخصوص آن خواهند رسید. مانند آنکه کسی شناسنامه مکرر بگیرد تا بوسیلهٔ آن خود را وارث دیگری قلمداد کند و در ترکهٔ او سهیم گردد، شخص مزبور در حدود مقررات کیفری بمجازات کلاه‌برداری نیز محکوم خواهد شد.

خاتمه

ماده پنجاه و سوم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «طرز اجرای این قانون و برگها و دفاتری که وقایع باید در آن ثبت شود، مطابق آئین‌نامهٔ خواهد بود که بتصویب هیئت وزیران رسیده باشد».

ماده پنجاه و چهارم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «آئین‌نامه‌های مربوط باجرای مواد این قانون را اداره کل آمار و ثبت احوال تهیه نموده پس از تصویب وزارت کشور بموقع اجرا خواهد گذارد».

باجازهٔ دو ماده بالا- آئین‌نامه‌ای در ۱۳۱ ماده تصویب گردید و طبق ماده ۱۳۱ آئین‌نامه مزبور کلیه آئین‌نامه‌ها و مقررات، و تصمیمات راجعه بثبت احوال که مخالف با مقررات این آئین‌نامه بود ملغی گشت.

تبصره- بدستور ماده پنجاه و پنجم قانون اصلاح قانون ثبت احوال: «از تاریخ تصویب این قانون کلیه قوانین راجع به ثبت احوال که مخالف مقررات این قانون باشد منسوخ، و این قانون بوسیله وزارت کشور بموقع اجرا گذاشته خواهد شد.

این قانون که مشتمل بر پنجاه و پنج ماده است در جلسه بیست و دوم اردیبهشت ماه یک هزار و سیصد و نوزده بتصویب مجلس شورای ملی رسیده».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۶

کتاب چهارم – در اقامتگاه

اشاره

هر کس بستگی بمحلی دارد که خانواده و شغل و بالاخره منافع او در آنجا یافت میگردد.

محل مزبور جائی است که در او سکونت مینماید. این استقرار در محل، محیط مساعدی را برای نظم روابط حقوقی شخص آماده مینماید، همچنانی که تغییر دائم شخص از جائی بجائی دیگر، او را از تعقیب میرهاند.

علم حقوق توجه مخصوصی باین وضعیت طبیعی نموده و یک مفهوم خاصی از آن انتزاع کرده که اقامت نام نهاده است. حقوق مدنی برای هر فردی محل اقامت مخصوصی را معین مینماید که آن محل اقامت قانونی او شناخته میشود، اگر چه شخص مزبور در حقیقت در آن محل نباشد. بعبارت دیگر محل اقامت جائی است که از نظر قانون، شخص برای انجام بعضی از اعمال خود، (مادی باشد یا حقوقی) در آنجا زیست مینماید. این امر مانع از آن نخواهد بود که شخص در هر محل دیگری بتواند معاملات خریدوفروش اجاره، هبه و امثال آن بنماید.

محل اقامت نقش مهمی را در روابط افراد با یکدیگر بازی مینماید. بعضی از آنها بشرح زیر است:

۱- مدیون باید دین را بدائن خود در موعد مقرر ایفاء بنماید و چنانچه در محل نباشد و یا نخواهد بپذیرد، از طریق قانونی تودیع و بوسیله اظهارنامه بمحل اقامت او اعلام میگردد.

۲- بعضی امور حقوقی هستند که فقط شخص میتواند در محل اقامت خود با طرف خود انجام دهد، چنانچه اقامهٔ دعوی منقول، در

محل اقامت مدعی علیه میشود.

۳- امور قیمومت راجع بدادگاه شهرستان حوزه اقامتگاه محجور است (مادهٔ «۴۸» قانون امور حسبی)

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۷

۴- امور راجع بغائب مفقود الاثر با دادگاه شهرستان محلی است که آخرین اقامتگاه غائب در آن محل بوده (ماده «۱۲۶» قانون امور حسبی)

اقامتگاه عبارت است از محلی که کسی برای زندگانی و امور مهمه خود اختیار مینماید.

عموماً هر فردی دارای اقامتگاه است، زیرا محلی را برای زندگانی و انجام امور مهمهٔ خود دارد، این است که قسمت اول ماده «۱۰۰۲» ق. م میگوید: «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد ...».

در صورتی که شخص در چندین محل، اوقات خود را بگذراند چنانکه در محلی منزل داشته باشد و در محل دیگر مرکز امور مهمه او باشد باید دانست که کدامیک از آنها شایسته است که اقامتگاه او شناخته شود. در این مورد بدستور ذیل مادهٔ: «۱۰۰۲» ق. م: «... اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز امور او اقامتگاه محسوب است.

اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود». چنانچه کسی در محلی نزد زن و فرزند خود زندگانی نماید و در محل دیگر امور مهمه زندگانی خود را اداره کند مانند تاجری که شبها برای خوابیدن بمنزل خود بشمیران میرود و روزها در تجارتخانه خود در تهران بامور تجاری اشتغال دارد، تجارتخانه محل اقامت او محسوب میگردد.

محل سکونت-

و آن محلی است که شخص برای سکونت مدتی آن را اختیار مینماید و امور مهمهٔ او در محل دیگری است. در مثال بالا تاجری که اقامتگاه او تجارتخانه و در تهران است، شمیران که منزل اوست محل سکونت او میباشد و یا کسی که در تهران مرکز امور مهمهٔ او است و آنجا را برای زندگانی خود اختیار کرده است چنانکه بامریکا مسافرت نماید و چندین ماه در آنجا بماند، اقامتگاه او تهران است و محل سکونت او در امریکا میباشد.

سکونت آثار حقوقی اقامتگاه را فاقد است، مگر آنکه قانون بآن تصریح کند چنانکه در ادارهٔ امور ترکه در ارث گذشت.

هر شخص دارای یک اقامتگاه است

ماده «۱۰۰۳» ق. م میگوید: «هیچ کس

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۸

نمیتواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد». این امر از کلمهٔ (مرکز امور مهمه) نیز استنباط میگردد، زیرا انسان بیش از یک مرکز مهم برای امور خود نمیتواند داشته باشد.

تغییر اقامتگاه-

اقامتگاه پس از آنکه محقق گردید ثابت است و تغییر نمیکند مگر تحت شرایطی که ماده «۱۰۰۴» ق. م. مقرر میدارد. ماده «۱۰۰۴» ق. م: «تغییر اقامتگاه بوسیلهٔ سکونت حقیقی در محل دیگر بعمل می‌آید، مشروط بر اینکه مرکز مهم امور او نیز بهمان محل انتقال

یافته باشد». بنابراین چنانچه کسی که در تهران تجارتخانه دارد و اقامتگاه او آنجا محسوب میگردد، بشهر یا کشور دیگری مسافرت نماید اقامتگاه او تغییر ننموده است اگر چه مدت مسافرت او بطول انجامد، مگر آنکه تجارتخانهٔ خود را بآنجا منتقل نماید، این است که پس از مراجعتش گفته میشود بمحل اقامت خود بر گشت.

از اینجا است که بین اقامتگاه و محل سکونت فرق گذارده میشود.

اقسام اقامتگاه-

اشاره

اقامتگاه بر سه قسم است: اختیاری، اجباری، انتخابی.

۱- اقامتگاه اختیاری یا حقیقی

افراد آزاد هستند هر محلی را برای سکونت و امور مهمهٔ خود اختیار کنند و کسی نمیتواند بدستور اصل چهاردهم متمم قانون اساسی دیگری را مجبور باقامت در محل معینی بنماید.

اصل چهاردهم متمم قانون اساسی: «هیچ یک از ایرانیان را نمیتوان نفی بلد یا منع از اقامت در محل یا مجبور باقامت محل معینی نمود، مگر در مواردی که قانون تصریح میکند».

محلی را که شخص برای امور مهمهٔ خود انتخاب مینماید و در آنجا سکونت میکند اقامتگاه اختیاری او است.

۲- اقامتگاه اجباری

اشاره

اقامتگاه اجباری محلی است که از نظر بستگی مخصوص که شخص با دیگری که در آن محل اقامتگاه دارد، اقامتگاه او فرض میشود. بدین جهت میتوان آن را اقامتگاه تبعی نامید، و آن عبارت است از:

الف- اقامتگاه زن شوهردار-

ماده «۱۰۰۵» ق. م میگوید: «اقامتگاه زن شوهردار همان اقامتگاه شوهر است، مع ذلک زنی که شوهر او اقامتگاه معلومی ندارد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۱۹

همچنین زنی که با رضایت شوهر خود و یا با اجازه محکمه مسکن علی‌حده اختیار کرده میتواند اقامتگاه شخصی علی‌حده نیز داشته باشد». بنابراین اقامتگاه زن شوهر دار (دائمه یا منقطعه) از نظر قانون همان اقامتگاه شوهر است، زیرا بدستور ماده «۱۱۱۴» ق. م:

«زن باید در منزلی که شوهر تعیین میکند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل بزن داده شده باشد». فرض ماده «۱۰۰۵» ق. م. در صورتی است که زن در منزل شوهر سکونت نماید چنانکه معمول است و الا اقامتگاه زن مستقل میباشد.

در موارد ذیل اقامتگاه زن تابع اقامتگاه شوهر نیست:

یک- در صورتی که شوهر اقامتگاه معلومی نداشته باشد، مانند کسی که زن خود را در تهران رها کرده و مدتی محل اقامت خود را در بغداد قرار داده و سپس بمحل نامعلومی رفته است.

دو- در صورتی که زنی با رضایت شوهر اقامتگاه دیگری غیر از اقامتگاه شوهر اختیار کند، مانند زنی که شوهرش خانه جداگانه برای او اجاره یا خریده و او را منزل داده است، محل مزبور اقامتگاه زن خواهد بود.

سه- زنی که باجازه محکمه مسکن علی‌حده اختیار کند، و آن در موردی است که بودن زن و شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد.

ماده «۱۱۱۵» ق. م میگوید: «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن میتواند مسکن علی‌حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور محکمه حکم بازگشت بمنزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن بمنزل مزبور معذور است نفقه بر عهدهٔ شوهر خواهد بود».

چهار- در صورتی که بدستور ماده «۱۱۱۴» ق. م اختیار تعیین منزل بزن داده شده باشد و زن در منزلی جداگانه از شوهر زندگی کند یعنی شوهر نزد او اقامت نداشته باشد.

پنج- زنی که پس از عقد نکاح هنوز بخانه شوهر نرفته است. مورد مزبور اگر چه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۰

از مواد مربوطه مستقیماً استنباط نمیشود و بالعکس اطلاق مادهٔ «۱۰۰۵» ق. م اقامتگاه او را اقامتگاه شوهر شناخته است، ولی میتوان از استثنائاتی که در ماده مزبور شده امر فوق را استنباط نمود.

شش- زن ناشزه که خانه شوهر را ترک و در منزل دیگری مانند منزل پدر، برادر یا یکی از خویشاوندان خود سکونت کند.

ب- اقامتگاه محجورین-

منظور از محجور صغیر، مجنون و سفیه است. طبق ماده «۱۰۰۶» ق. م: «اقامتگاه صغیر و محجور همان اقامتگاه ولی یا قیم آنها است». زیرا اینان تحت سرپرستی ولی و قیم میباشند و آنها ادارهٔ امور آنان را تصدی مینمایند و اقامتگاه اینان اقامتگاه تبعی میباشد، اگر چه در منزل جداگانه از ولی و قیم سکونت داشته باشند.

ج- اقامتگاه مأمورین دولت-

اشاره

مأمورین دولت کسانی هستند که از صندوق دولت موظف و تحت اوامر دولت انجام وظیفه مینمایند.

مأمورین دولت بر دو دسته‌اند:

یک- مأمورین ثابت-

و آنها کسانی هستند که از طرف دولت در محل معینی مأمور شده‌اند. اقامتگاه مأمورین مزبور خواه کشوری، قضائی یا لشکری باشند بدستور ماده «۱۰۰۷» و ماده «۱۰۰۸» ق. م محل مأموریت آنها است.

ماده «۱۰۰۷» ق. م: «اقامتگاه مأمورین دولتی محلی است که در آنجا مأموریت ثابت دارند».

ماده «۱۰۰۸» ق. م: «اقامتگاه افراد نظامی که در ساخلو هستند محل ساخلو آنها است».

دو– مأمورین سیار –

و آنها کسانی هستند که برای انجام امور معینه از محلی بمحل دیگر میروند، بازرسان سیار و یا مأمورین که برای سرکشی بقسمتهای نظامی یا ژاندارمری میروند. اقامتگاه آنها در اثر مأموریت تغییر نمینماید و در همان محلی است که در موقع رفتن بمأموریت اقامت داشته‌اند.

سه– اقامتگاه خدمه–

بدستور ماده «۱۰۰۹» ق. م: «اگر اشخاص کبیر که معمولًا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۱

نزد دیگری کار یا خدمت میکنند در منزل کارفرما یا مخدوم خود سکونت داشته باشند، اقامتگاه آنها همان اقامتگاه کارفرما یا مخدوم آنها خواهد بود». ولی چنانچه در منزل کارفرما یا مخدوم خود سکونت نداشته باشند مانند خدمه‌ای که روزها بمنزل اشخاص رفته و خدمت میکنند و شبها بمنزل خود بر میگردند، خانۀ خود آنها اقامتگاه محسوب میگردد.

چنانکه ماده تصریح میکند کسی که کار یا خدمت مینماید باید کبیر باشد تا اقامتگاه او اقامتگاه کارفرما و مخدوم او باشد و الا چنانچه صغیر باشد مانند خانه شاگرد یا دختر- بچه‌هائی که مانند کلفت در بعض خانه‌ها خدمت میکنند بدستور ماده «۱۰۰۶» ق. م اقامتگاه آنان اقامتگاه ولی و یا قیم آنها است، مگر آنکه ولی و قیم نداشته باشند چنانکه عملًا زیاد دیده میشود. در این صورت اقامتگاه آنان محل خدمت آنها خواهد بود.

۳– اقامتگاه انتخابی یا قراردادی

افراد برای سهولت امر در معاملات خود با یکدیگر گاه محلی را غیر از اقامتگاه اختیاری، انتخاب می‌نمایند تا برگهای مربوط بمعامله بآن محل فرستاده شود. محل مزبور اقامتگاه اختصاصی معاملۀ است که برای آن اقامتگاه معین شده است و نسبت بمعاملات دیگر مؤثر نخواهد بود. اقامتگاهی که در سند معامله قید میگردد ممکن است اقامتگاه اختیاری و یا محل دیگری باشد. ظاهر در اقامتگاه معینه در اسناد رسمی اقامتگاه اختیاری است تا آنکه خلاف آن ثابت شود. ماده «۱۰۱۰» ق. م میگوید: «اگر ضمن معامله یا قرار- دادی طرفین معامله یا یکی از آنها برای اجرای تعهدات حاصله از آن معامله، محلی غیر از اقامتگاه حقیقی خود انتخاب کرده باشد نسبت بدعاوی راجعه بآن معامله همان محلی که انتخاب شده است اقامتگاه او محسوب خواهد شد و همچنین است در صورتی که برای ابلاغ اوراق دعوی و احضار و اخطار محلی را غیر از اقامتگاه حقیقی خود معین کند». در این صورت ابلاغ اوراق بمحل اقامت اختیاری، قانونی شناخته نمیشود مگر آنکه بشخص او ابلاغ شده باشد، زیرا طرفین قضیه بتوافق محل معینی برای امور حقوقی خود انتخاب نموده‌اند. مادۀ بالا منافات با مادۀ «۱۰۰۳» ق. م که میگوید: «هیچ‌کس نمیتواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد»

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۲

ندارد، زیرا مادۀ اخیر ناظر باقامتگاه اختیاری است نه قراردادی، بدین جهت هر کس میتواند علاوه بر یک اقامتگاه حقیقی یک یا چند اقامتگاه قراردادی نیز دارا باشد که هر یک را برای معامله‌ای قرار داده است.

مدت اقامتگاه انتخابی که در قراردادی معین شده مادامی است که کاملا آن قرارداد اجرا نشده باشد، زیرا اقامتگاه انتخابی راجع بقرارداد خاص است، و پس از اجراء آن قرارداد، امر فرعی که بر آن مترتب بوده نیز خاتمه میپذیرد.

پس از مردن کسی که محل معینی را در سند برای خود اقامتگاه انتخابی قرار داده است اقامتگاه مزبور، اقامتگاه ورثهٔ او خواهد بود، زیرا طبق مادهٔ «۲۱۹» ق. م عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است و اقامتگاه انتخابی از توابع قراردادی است که اقامتگاه در آن معین شده است.

اقامتگاه انتخابی در سند را نمیتوان بارادهٔ یکی از طرفین تغییر داد، زیرا تعیین محل مخصوص بعنوان اقامتگاه جزء قرارداد است مگر آنکه او از تعیین اقامتگاه انتخابی منحصراً منتفع باشد که در این صورت دارندهٔ حق میتواند بدون موافقت طرف دیگر از حق خود صرفنظر بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۳

کتاب پنجم- در غایب مفقود الاثر

اشاره

در اصطلاح حقوقی چنانکه مادهٔ «۱۰۱۱» ق. م میگوید: «غایب مفقود الاثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ‌وجه خبری نباشد» کسی غائب مفقود الاثر شناخته میشود که مدت بالنسبه مدیدی، از محل خود غایب باشد، و از او هیچ گونه خبری نرسیده باشد که او زنده یا مرده است و الا هرگاه مدت بالنسبه کوتاهی غایب باشد و یا اینکه بدانند زنده است ولی محل او معلوم نباشد غایب مفقود الاثر شناخته نمیشود اگر چه غیبت او مدت مدیدی بطول انجامد و یا هیچ زمان بر نگردد. تشخیص طولانی بودن مدت بعهدهٔ عرف است که باعتبار زمان و مکان تعیین مینماید. در صورتی که غایب مفقود الاثر از خود دارائی و یا زنی را بجا نگذارده باشد وضعیت او مورد گفتگوی حقوقی قرار نمیگیرد، زیرا هیچ‌گونه اثر حقوقی را در بر ندارد ولی چنانچه غایب از خود دارائی و یا زنی باقی گذارد هر یک از این دو وضعیت مورد بحث میباشد.

۱- وضعیت دارائی غایب.

۲- وضعیت زن غایب.

قسمت اول- وضعیت دارائی غایب مفقود الاثر

اشاره

در صورتی که غایب مفقود الاثر از خود دارائی باقی گذارده و برای اداره آن تکلیفی معین کرده است، مانند آنکه وکیل برای این امر تعیین نموده باشد، وکیل مزبور در حدود اختیارات خود باداره آن مبادرت خواهد نمود. و یا آنکه قانوناً کسی باشد که دارائی غائب را اداره نماید مانند آنکه غایب مجنون و یا سفیه بوده و فرار کرده باشد، ولی و یا قیم او، دارائی او را اداره میکند. در دو صورت بالا عمل وکیل، ولی و قیم ادامه خواهد داشت تا غایب برگردد و یا بمیرد و یا حکم موت فرضی او صادر شود هر چند که بطول انجامد. بدستور مادهٔ «۱۴۰» قانون امور حسبی: «در صورتی که غایب برای اداره

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۴

اموال خود کسی را معین کرده باشد و آن کس فوت شود یا بجهت دیگری صلاحیتش از بین برود امین برای ادارهٔ اموال او معین میگردد و اموال بتصرف ورثه داده نمیشود تا حکم موت فرضی غایب صادر شود.» اما در صورتی که غایب مفقود الاثر برای ادارهٔ اموال خود تکلیفی معین نکرده باشد و کسی هم نباشد که قانوناً ادارهٔ دارائی او را تصدی نماید، بوسیله دادگاه تکلیف آن تعیین

میشود که در سه مبحث بیان میگردد:

مبحث اول – تعیین امین

اشاره

طبق مادهٔ «۱۰۱۲» ق. م: «اگر غـایب مفقـود الاـثر برای ادارهٔ اموال خود تکلیفی معین نکرده باشـد و کسـی هم نباشـد که قانوناً حق تصـدی امور او را داشـته باشد، محکمه برای ادارهٔ اموال او یک نفر امین معین میکند ...». موضوعاتی که در این مبحث مورد مطالعه قرار میگیرد:

۱– دادگاه صالح برای تعیین امین

چنانکه مادهٔ «۱۲۶» قـانون امور حسبی میگویـد: «امور راجع بغـایب مفقود الاـثر با دادگاه شهرسـتان محلی است که آخرین اقامتگاه غـایب در آن محـل بوده». امین برای غـایب مفقود الاثر بوسـیله دادگاه شهرسـتان محلی که آخرین اقامتگاه غایب در آن بوده تعیین میگردد، و بدسـتور ماده «۱۲۷» قـانون امور حسبی: «هرگـاه آخرین اقامتگاه غایب در خارج از ایران باشـد دادگاهی برای رسـیدگی بامور غایب صالح است که آخرین محل سکونت غایب در حوزهٔ آن دادگاه بوده». مثلًا هرگاه تاجر ایرانی در کالیفرنیا تجارت خانه و اقامت داشـته و مفقود الاثر شـده است و سه سال قبل از واقعه برای مدت دو ماه در طهران سـکونت داشـته است، درخواست تعیین امین برای ادارهٔ امور دارائی او از دادگاه شهرستان طهران بعمل می‌آید.

ماده «۱۲۸» قـانون امور حسبی: «هرگـاه غـایب در ایران اقامتگاه یا محل سـکنی نداشـته یا اقامتگاه و محل سـکنای او در ایران معلوم نباشد دادگاه محلی برای رسیدگی بامور غایب صالح است که ورثهٔ غایب در آن محل اقامت یا سکنی دارند». در صورتی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۵

غایب چنـدین ورثه داشـته باشـد که بعضـی از آنها در حوزه‌ای اقامت داشـته باشـند و بعض دیگر از آنها در حوزهٔ دیگر، چنانکه از مواد مربوطه میتوان اسـتنباط نمود دادگاه هر یک از حوزه‌هائی که افراد ورثه در آن اقامت دارنـد صالح برای درخواست تعیین امین میباشـد. در صـورتی که یکی از ورثه از دادگـاهی درخـواست تعیین امین نمود و وارث دیگری از دادگـاه دیگر، بدسـتور مـاده «۶» قـانون امور حسبی دادگـاهی که بـدواً درخواست از او شـده صالـح است و دادگـاه دیگر قرار عـدم صـلاحیت خود را اعلام خواهد داشت. ماده «۶» قانون امور حسبی: «در صورتی که دو یا چند دادگاه برای رسـیدگی بموضوعی صالح باشند دادگاهی که بدواً بآن رجوع شده است رسیدگی مینماید».

ماده «۱۲۹» قانون امور حسبی: «در صورتی که ورثه غایب در ایران معلوم نباشـد دادگاهی صالح است که غایب در آنجا مال دارد». مثلًا هرگـاه تاجری در خارج از کشور مفقود الاثر شود و در ایران دارائی دارد و او هیـچ زمان اقامت و سـکونت در ایران نداشـته و ورثهٔ او هم شـناخته نمیشود، درخواست تعیین امین از دادگاهی میشود که دارائی او در آن حوزه است. فرقی نمینماید که مال مزبور منقول باشـد یـا غیر منقول. امـا در صورتی که اموال غایب در حوزه‌های مختلف باشـد تمامی دادگاههائی که اموال غایب در حوزهٔ آنها است برای تعیین امین صالح میباشـند و طبق مادهٔ «۶» قانون امور حسبی دادگاهی که قبلًا از او درخواست شده صلاحیت خواهد داشت. مثلًا هرگاه در تبریز و طهران غائب دارائی از خود گذارده و چون وارث او معلوم نیست از طرف هر یک از دادستان تبریز و دادسـتان تهران از دادگاههای شهرسـتانهای مربوطه درخواست امین شود دادگاهی که قبلًا درخواست باو داده شـده صالـح برای این امر میباشد و اعمالی که دادگاه دیگر نموده باید خود ملغی کند.

۲- درخواست‌کننده تعیین امین

اشاره

طبق ذیل ماده «۱۰۱۲» ق. م: «... تقاضای تعیین امین فقط از طرف مدعی العموم و اشخاص ذی‌نفع در این امر قبول میشود». اشخاص ذی‌نفع را قانون مدنی بیان ننموده بود، مادهٔ «۱۳۰» قانون امور حسبی آن را شرح داده و میگوید: «دادستان و اشخاص ذی‌نفع از قبیل وارث و بستانکار

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۶

حق دارند از دادگاه درخواست تعیین امین برای ادارهٔ اموال غایب بنمایند». منظور از وارث کسی است که در حین تقدیم درخواست تعیین امین (چنانچه فرض شود غایب در آن- زمان فوت نماید) وارث شناخته میشود.

منظور ماده از ذی‌نفع کسانی هستند که از ادارهٔ دارائی غایب منتفع میگردند، و منحصر ببستانکار و کسانی نیستند که در صورت فوت غایب از ترکهٔ او منتفع میشوند مانند ورثه و موصی له.

بنابراین اشخاص واجب النفقه از قبیل زوجه منقطعه که شرط انفاق شده باشد و همچنین اقربای نسبی عمودی غایب، ذی‌نفع در ادارهٔ امور دارائی او هستند و میتوانند درخواست تعیین امین از دادگاه بنمایند.

تبصره- نگاهداری دارائی غایب قبل از تعیین امین-

در موردی که باید برای دارائی غایب امین تعیین گردد، مادام که امین تعیین نشده است، نگاهداری آن بعهدهٔ دادستان میباشد که آن را بکسی که مورد اعتماد است میسپارد. این است که مادهٔ «۱۱۳» قانون امور حسبی میگوید: «حفظ و نظارت اموال در مواردی که محتاج بتعیین امین است مادام که امین معین نشده بعهدهٔ دادستانی است که اموال در حوزهٔ او یافت میشود». بنابراین دارائی غایب اگر چه در تصرف ورثه باشد مسئول نگاهداری آن دادستان خواهد بود که میتواند چنانچه آنها مورد اعتماد نباشند بکسی که مورد اعتماد است بسپارد.

۳- طریق درخواست تعیین امین

کسی که باجازهٔ قانون حق درخواست تعیین امین را برای ادارهٔ دارائی غایب دارد، درخواست خود را مستقیماً بدفتر دادگاه صالح تقدیم میدارد. بدستور ماده «۱۳» قانون امور حسبی: «درخواست در امور حسبی ممکن است کتبی یا زبانی باشد. درخواست زبانی در صورت مجلس نوشته شده و بامضای درخواست‌کننده میرسد».

پس از رسیدن درخواست تعیین امین از طرف ذی‌نفع بدادگاه، دادگاه رسیدگی مقدماتی نموده و چنانچه از موارد تعیین امین باشد، تعیین وقت شده و بدادستان اطلاع میدهند.

بدستور ماده «۱۰۸» قانون امور حسبی: «دادستان میتواند اشخاصی را که برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۷

سمت امانت مناسب باشند بدادگاه معرفی نموده و دادگاه پس از احراز لزوم تعیین امین از بین اشخاص نامبرده یا اشخاص دیگر که طرف اعتماد باشند یک یا چند نفر را بسمت امین معین مینماید». بنظر میرسد که هر یک از کسانی که میتواند درخواست تعیین امین کند، میتواند اشخاصی را برای سمت امانت بدادگاه معرفی بنماید، زیرا کسانی که ذی‌نفع در دارائی غایب میباشند بیشتر آشنائی باشخاصی دارند که بتوانند دارائی غایب را اداره نمایند.

اختصاص ذکر ماده به معرفی اشخاص از طرف دادستان آنست که چون دادستان مأموریت رسمی دارد و بدون دستور قانون مداخلهٔ نمی‌نماید اینست که قانون او را موظف نموده است، و الا اشخاص ذی‌نفع احتیاج باجازه قانون در معرفی ندارند.

۴- وظائف دادگاه

بدستور ماده «۱۳۱» قانون امور حسبی: «پس از وصول درخواست تعیین امین، دادگاه در خصوص غیبت و اینکه غایب کسی را برای ادارهٔ اموال خود معین کرده است یا نه تحقیق نموده و پس از احراز غیبت و وجود شرایط ماده «۱۰۱۲» قانون مدنی تعیین امین مینماید». منظور ماده از شرایط مذکور در ماده «۱۰۱۲» ق. م عدم تعیین تکلیف از طرف غایب برای ادارهٔ اموال و نبودن کسی که قانوناً حق تصدی امور غایب را دارا باشد که در ماده «۱۳۱» قانون امور حسبی مذکور در بالا بیان شده است.

۵- کسی که بسمت امانت منصوب میشود

اشاره

بدستور ماده «۱۰۸» قانون امور حسبی، دادگاه هر کس را که شایسته برای ادارهٔ اموال غایب بداند بسمت امانت منصوب مینماید، خواه از بین کسانی باشد که دادستان یا اشخاص ذی‌نفع معرفی کرده‌اند و یا خود دادرس او را در نظر گرفته باشد.
در صورتی که قبل از درخواست تعیین امین اموال غایب بوسیلهٔ اشخاصی نگاهداری میشده است که هیچ‌گونه سمت قانونی نداشته‌اند، اینان در انتخاب شدن بسمت امانت با داشتن شایستگی بر دیگران مقدم می‌باشند، زیرا آنها در اداره اموال غایب آشنا تر از دیگرانند و با داشتن صلاحیت موجبی برای تغییر آنان نیست. این است که
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۸
ماده «۱۳۲» قانون امور حسبی مقرر میدارد: «کسی که در زمان غیبت غایب عملًا متصدی امور او باشد در موقع تعیین امین برای غایب آن شخص بر دیگران مقدم خواهد بود».
بدستور ماده «۱۰۱۴» ق. م: «اگر یکی از وراث غایب تضمینات کافیه بدهد محکمه نمیتواند امین دیگری معین نماید و وارث مزبور باین سمت معین خواهد شد». علت این امر آنست که عموماً وارث نسبت باموال غائب دلسوزتر از دیگران است و انتصاب او باین سمت بنفع غایب و در صورت فوت بنفع ورثه میباشد.
وظایفی که امین عهده‌دار است همانند تکالیفی است که قیم باید انجام دهد، لذا قانون امور حسبی بتذکر جزئیات امر نپرداخته و در ماده «۱۱۷» ق. امور حسبی میگوید: «اشخاصی که نباید بقیمومت منصوب شوند بسمت امین معین نخواهند شد».
زیرا از نظر ادارهٔ اموال غیر، هر دو یکسانند و در صلاحیت همانند. اشخاص مزبور را ماده «۱۲۳۱» ق. م میشمارد و آنها عبارتند از:
مادهٔ «۱۲۳۱» ق. م: «اشخاص ذیل نباید بسمت قیمومت معین شوند:
۱- کسانی که خود تحت ولایت یا قیمومت هستند. (زیرا اینان قادر باداره اموال خود نیستند چگونه میتوانند عهده‌دار ادارهٔ اموال دیگران شوند).
۲- کسانی که بعلت ارتکاب جنایت یا یکی از جنحه‌های ذیل بموجب حکم قطعی محکوم شده باشند:
سرقت- خیانت در امانت- کلاهبرداری- اختلاس- هتک ناموس یا منافیات عفت- جنحه نسبت باطفال- ورشکستگی بتقصیر.
۳- کسانی که حکم ورشکستگی آنها صادر و هنوز عمل ورشکستگی آنها تصفیه نشده است.
۴- کسی که معروف بفساد اخلاق باشد.
۵- کسی که خود یا اقرباء طبقهٔ اول او دعوائی بر محجور داشته باشد».

تعیین ناظر –

بدستور ماده «۱۱۱» ق. امور حسبی: «دادگاه میتوانـد علاوه بر امین یک یا چنـد نفر را بعنوان ناظر معین نمایـد». ناظر چنانکه در جلد اول در وقف گذشت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۲۹

ممکن است اسـتصوابی باشـد، یعنی امین بـا موافقت او اعمـالی را انجـام دهـد، و ممکن است اطلاـعی باشـد، یعنی فقط بر جریانات اطلاع حاصل نماید و نظر خود را اظهار کند، چنانچه امین موافقت نکرد ناظر میتواند هرگاه عمل امین را بر خلاف غبطه و مصـلحت غایب یافت بعنوان خیانت بدادگاه اعلام دارد.

قانون شـرایطی برای ناظر معین ننموده است. بنظر میرسـد از نظر وحدت ملاک ماده «۱۲۳۱» ق. م کسـانی که نمیتوان آنها را بعنوان امین معین نمود، نمیتوان بسـمت ناظر تعیین کرد، زیرا ناظر ماننـد امین در ادارهٔ امور اموال غائب مـداخله دارد علاوه بر آنکه او برای نظارت در اعمال امین قرار داده شده که دارای سـمت امانت میباشد و معقول بنظر نمیرسد گفته شود که کسـی با دارا بودن صـفات ناپسندیده بتواند بر اعمال کسی ناظر قرار گیرد که از صفات رذیله مبرا باشد.

تعیین چندین امین و چندین ناظر –

بدستور ماده «۱۱۲» قانون امور حسبی:

«در صورت تعـدد امین و ناظر دادگاه بایـد حـدود اختیارات آنها را معین نمایـد و نیز میتوانـد وظائف امناء متعـدد را تفکیک کنـد». دادگـاه همچنـانکه میتوانـد یـک امین و یـک ناظر برای غایب معین نمایـد، میتوانـد چنـدین امین و چنـدین ناظر تعیین کنـد. در این صورت دادگاه حـدود اختیارات هر یک را نیز معین مینمایـد. مثلا در مورد تعـدد امین بایـد تصـریح کنـد که آنان باید هر عملی را مجتمعاً انجام دهنـد یا آنکه هر یک میتوانـد مستقلًا در تمامی امور غائب دخالت کنـد و یا اعمال ادارهٔ امور ترکه را تفکیک کند و بعضـی از آن امور را بیکی و بعضـی را بـدیگری واگذار نماید و همچنین دادگاه میتواند تمامی نظار را اسـتصوابی و یا اطلاعی و یا بعضی را استصوابی و بعضی را اطلاعی انتخاب نماید.

۶– وظیفهٔ مأمورین کنسولی در خارج از کشور

بدستور مادهٔ «۱۱۴» قـانون امور حسبی: «در خارج ایران مأمورین کنسولی ایران حق دارنـد برای ادارهٔ اموال ایرانیان که محتاج بتعیین امین و واقع در حوزهٔ مأموریت آنها است موقتاً نصب امین نماینـد و بایـد تا ده روز پس از نصب امین مـدارک عمل خود را بوسـیلهٔ وزارت امور خارجه بوزارت دادگستری بفرستند، نصب امین نامبرده وقتی قطعی میگردد که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۰

دادگاه شهرسـتان طهران تصـمیم مأمور کنسولی را تنفیذ کند». زیرا امور قضائی مربوط بایرانیان خارج از کشور با دادگاه شهرسـتان طهران است. در مورد بالا مأمورین کنسولی موقتاً بجای دادگاه شهرسـتان انجام وظیفه مینماینـد. بنظر میرسـد که منظور ماده از کلمهٔ (تنفیـذ کند) آنست که ادامه سـمت امین منوط به تنفیذ دادگاه شهرسـتان است و الا هرگاه دادگاه شهرسـتان بجهتی از جهات عمل مـأمورین کنسولی را در نصب امین تنفیـذ ننمود سـمت امین تـا تصـمیم دادگاه قانونی بوده و تصـرفات او در امور اداره اموال غائب معتبر است.

ماده «۱۱۵» قـانون امور حسبی: «وظـائف و اختیاراتی که بموجب قانون و نظامنامه مربوطه در مورد دخالت دادسـتانها در امور محتاج

بتعیین امین مقرر است در خارج ایران بعهدهٔ مأمورین کنسولی خواهد بود». از آن موارد است حفظ و نظارت اموال غائب مذکور در ماده «۱۱۳» قانون امور حسبی.

مادهٔ «۱۱۶» قانون امور حسبی: «اگر در عهود و قراردادهای منعقده بین دولت ایران و دولتی که مأمور کنسولی مأموریت خود را در کشور آن دولت اجرا میکند ترتیبی بر خلاف مقررات دو ماده فوق اتخاذ شده باشد، مأمورین مذکور مفاد آن دو ماده را تا حدی که با مقررات عهدنامه یا قرارداد مخالف نباشد اجرا خواهند کرد». زیرا بدستور ماده «۹» قانون مدنی: «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است».

۷– قبول از طرف امین و تسلیم اموال غایب

بدستور ماده «۱۲۴» قانون امور حسبی: «امین باید در ظرف سه روز پس از ابلاغ با رعایت مدت مسافت مذکور در آئین دادرسی مدنی قبول یا عدم قبول سمت امانت را بدادگاه اطلاع دهد و اگر در این مدت قبول خود را اطلاع نداد شخص دیگری معین خواهد شد، مگر اینکه قبل از تعیین دیگری قبول سمت امانت را بدادگاه اطلاع دهد که در این صورت همان شخص بسمت امانت باقی خواهد ماند». زیرا مادام که دادگاه امین دیگری معین ننموده است، تعیین امین سابق بقوهٔ خود باقی است.

پس از آنکه امین قبولی خود را بدادگاه اعلام داشت، دادگاه دستور میدهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۱

که اموال غایب بتصرف امین داده شود.

بدستور ماده «۱۴۵» قانون امور حسبی: «در مورد تسلیم اموال بامین یا ورثه دادگاه بدرخواست یکی از ورثه یا امین صورتی از اموال و اسناد غایب تنظیم مینماید و این صورت در دفتر دادگاه بایگانی میشود و اشخاص ذی‌نفع میتوانند از آن رونوشت بگیرند».

بدستور ماده «۱۴۶» قانون امور حسبی: «در صورتی که ورثه درخواست کنند صورت اموال با حضور دادستان تنظیم و بهای اموال بتوسط کارشناس معین و در صورت اموال بهای آنها قید شود، دادگاه درخواست نامبرده را میپذیرد و هزینهٔ ارزیابی از مال غائب برداشته خواهد شد».

۸– تقاضای ضامن از امین

طبق ماده «۱۰۱۳» قانون مدنی: «محکمه میتواند از امینی که معین میکند تقاضای ضامن یا تضمینات دیگر نماید». از قبیل وثیقهٔ عینی. ضمان مذکور در ماده ضمان اصطلاحی حقوق مدنی نمیباشد، بلکه تعهدی است که امین طبق ماده «۱۰» ق. م در مقابل دادگاه مینماید که چنانچه در اثر تعدی و تفریط زیانی متوجه اموال غایب گردد از عهده آن بر آید.

همچنین وثیقه عینی که امین میدهد رهن اصطلاحی حقوق مدنی نمیباشد، بلکه مانند ضمان مذکور در بالا تعهدی است که امین طبق ماده «۱۰» ق. م مینماید و مال معینی را بدادگاه معرفی میکند که جوابگوی خسارات وارده باشد.

خواستن ضامن از امین باختیار دادگاه است که هرگاه برای اطمینان خود لازم بداند بامین اعلام میدارد که ضامن و یا تضمینات لازم را معرفی نماید. در این صورت هرگاه امین نخواهد تضمین بدهد و یا نتواند، امین دیگری معین خواهد نمود و الا چنانچه دادگاه اطمینان کافی نسبت بامین داشته باشد میتواند بدون گرفتن تضمین اموال غایب را بتصرف امین بدهد.

۹– وظایف امین

اشاره

طبق مادهٔ «۱۰۱۵» ق. م: «وظایف و مسئولیتهای امینی که بموجب مواد قبل

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۲

معین میگردد همان است که برای قیم مقرر است». مسئولیت قیم در مواد «۱۲۳۵- ۱۲۴۷» ق. م و مواد «۷۴- ۹۵» قانون امور حسبی مذکور است که شرح آن در قیمومت خواهد آمد.

حدود وظایف و مسئولیت امین اگر چه در مادهٔ بالا ذکر شده بود، ولی قانون امور حسبی چون در مقام ذکر وظایف و مسئولیت امین بود در ماده «۱۱۹» قانون امور حسبی میگوید: «مقررات راجع بوظایف و اختیارات و مسئولیت قیم، شامل امین غایب و جنین هم میشود». مادهٔ مزبور مسئولیت امین و اختیارات امین را مانند مسئولیت اختیارات قیم قرار داده است و ضمناً حدود اختیارات و مسئولیتهای امین جنین را نیز متذکر شده است. خلاصه آنکه اختیارات امین، جز آنچه در موارد «۱۴۱ و ۱۴۲» ق. امور حسبی و بعض مواد قانون مدنی بامین اجازه داده است، مانند اختیارات وکیل غائب است و با رعایت مصلحت و غبطه باید دارائی غایب را حفظ و اداره نماید.

فروش اموال ضایع شدنی-

بدستور ماده «۱۴۱» قانون امور حسبی: «هرگاه در بین اموال غایب مال ضایع شدنی باشد ورثه یا امین که اموال غایب بتصرف آنها داده شده آن مال را فروخته و از نتیجهٔ فروش با رعایت مصلحت غایب مالی خریداری و یا اقدام دیگری که بصرفه غایب باشد مینماید». و چنانچه نتوان بوسیلهٔ نتیجهٔ فروش عملی که بصرفه غایب است انجام داد آن را هرگاه پول باشد در یکی از بانکهای معتبر امانت میگذارند.

فروش اموال منقول غایب-

ماده «۱۴۲» قانون امور حسبی: «هر یک از امین و ورثه که اموال غایب بتصرف آنها داده شده است میتوانند با اجازهٔ دادستان اموال منقولهٔ غایب را که مورد احتیاج نیست فروخته و از پول آن مال دیگری که موافق مصلحت غایب باشد خریداری و یا اقدام دیگری که بصرفه غایب باشد بنمایند».

دادن دیون و نفقه زوجه و اقارب غایب

مادهٔ «۱۰۲۸» ق. م: «امینی که برای اداره کردن اموال غایب مفقود الاثر معین میشود باید نفقهٔ زوجه دائم یا منقطعه که مدت او نگذشته و نفقه او را زوج تعهد کرده باشد و اولاد غایب را از دارائی غایب تأدیه نماید و

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۳

در صورت اختلاف در میزان نفقه تعیین آن بعهدهٔ محکمه است». چون امین نمایندهٔ غائب است کلیه تعهدات او را در حدود قانون انجام خواهد داد و از آن جمله نفقهٔ اشخاص واجب النفقه از زوجه و اقرباء غائب میباشند. چنانکه از ماده بالا استنباط میشود نفقه اشخاصی که نفقهٔ آن قانوناً بعهدهٔ غائب نمیباشد نباید پرداخت گردد، مثلا هرگاه غائب در زمان بودن خود عده‌ای از خویشاوندان دور خود را انفاق مینموده است، امین نمیتواند نفقهٔ آنان را از دارائی غائب بپردازد. مادهٔ «۱۴۷» قانون امور حسبی مقرر میدارد که: «نفقهٔ اشخاص واجب النفقه غایب و دیون غائب از وجوه نقد یا منافع اموال او داده میشود و در صورت عدم کفایت، از اموال منقوله فروخته خواهد شد و اگر اموال منقول هم کافی نباشد از اموال غیر منقول فروخته میشود». ترتیب اداء دیون و نفقه از وجوه نقد و سپس از قیمت فروش اموال منقول و بالاخره از قیمت فروش اموال غیر منقول امری عقلی و واضح است و احتیاج باستدلال ندارد،

زیرا با بودن وجوه نقد نباید از دارائی غایب بفروش رود و چنانچه احتیاج بفروش پیدا شود اموال منقول مقدم خواهد بود. ماده در مورد بالا اجازه فروش اموال غیر منقول را بامین داده و راجع برهن ساکت گذارده است. بنظر میرسد که امین با داشتن اجازهٔ فروش بطریق اولی میتواند اموال غیر منقول را هرگاه صلاح غائب باشد برهن گذارد. مفهوم ماده ۱۴۸ قانون امور حسبی این نظر را تأیید مینماید.

منع فروش و رهن اموال غیر منقول–

بدستور ماده «۱۴۸» قانون امور حسبی:

«در غیر مورد مادهٔ قبل ورثه و امین حق ندارند اموال غیر منقول غایب را بفروشند یا رهن بگذارند». مگر در مواردی که برای دادن نفقهٔ اشخاص واجب النفقه لازم باشد.

نمایندگی امین از طرف غائب در دعاوی–

بدستور ماده «۱۴۹» ق. امور حسبی: «در دعوی بر غایب ورثه یا امین که مال بتصرف آنها داده شده طرف دعوی خواهند بود و همچنین ورثه یا امین حق دارند برای وصول مطالبات غائب اقامهٔ دعوی نمایند». و در صورت صدور حکم بنفع غائب در خواست برگ اجرائی نموده محکوم به را اخذ نمایند، زیرا امین نمایندهٔ قانونی غائب میباشد و با داشتن این سمت مانند شخص غایب طرف دعوی قرار میگیرد همچنانی که میتواند از طرف غایب اقامه دعوی نماید.

۱۰– حق الزحمهٔ امین

بدستور مادهٔ «۱۵۰» قانون امور حسبی: «در موردی که اموال غایب

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۴

بتصرف ورثه یا امین داده شده باشد، دادگاه میتواند حق الزحمه متناسبی از درآمد اموال برای ورثه یا امین معین نماید– هزینهٔ حفظ و ادارهٔ اموال غائب از اموال غایب برداشته میشود». زیرا عمل انسان محترم میباشد و اجرت آن بعهدهٔ کسی است که از آن منتفع میگردد. و در مورد بالا آن کس غایب میباشد که امین برای حفظ و ادارهٔ اموال او معین شده است. نظر باستدلال بالا باید بر آن بود که دادگاه باید برای ناظر نیز حق الزحمه متناسب با عمل او معین نماید و از نظر قضائی این امر از وحدت ملاک ماده بالا استنباط میشود.

۱۱– عزل امین

ماده «۱۲۱» قانون امور حسبی میگوید: «مقررات راجع بعزل قیم نسبت بامین هم جاری است» مواد مربوط بعزل قیم عبارت است از مواد «۱۲۴۸– ۱۲۵۲» ق. م و مواد «۹۶– ۱۰۲» قانون امور حسبی که شرح آن در قیمومت خواهد آمد.

۱۲– پایان سمت امین

ماده «۱۳۵» قانون امور حسبی: «بعد از صدور حکم موت فرضی غایب یا معلوم شدن موت حقیقی یا زنده بودن غائب سمت امین زایل میشود». همچنین است در موردی که طبق مادهٔ «۱۳۶»

قانون امور حسبی دارائی بتصرف ورثه داده شود که شرح آن در مبحث بعد خواهد آمد.

مبحث دوم– تصرف موقت ورثه در اموال غایب

اشاره

بدستور ماده «۱۳۶» قـانون امور حسبی: «بعـد از گذشـتن دو سـال تمام از آخرین خبر غایب، ورثه او میتواننـد از دادگاه درخواسـت کننـد که دارائی غـایب بتصـرف آنهـا داده شود» خواه قبلا امین از طرف دادگاه معین شـده و خواه امین تعیین نشـده باشـد. پـذیرش درخواست مزبور از طرف دادگاه چنانکه ماده «۱۰۲۵» قانون مدنی مقرر میدارد متوقف بر دو شرط است:

۱- غـایب کسـی را برای اداره کردن اموال خود معین نکرده باشـد و کسـی هم نباشـد که قانوناً حق ادارهٔ اموال غایب را دارد، مانند ولی و قیم

۲- دو سـال تمام از آخرین خبر غایب گذشـته باشـد، بـدون اینکه حیات یا ممات او معلوم شـده باشـد. این امر نوعاً بوسـیلهٔ گواهی اثبات میگردد. مفاد ماده «۱۳۶» مذکور در بالا در ماده «۱۰۲۵» قانون مدنی ببیان دیگری ذکر شده است: «وراث غایب مفقود

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۵

الاثر میتواننـد قبل از صـدور حکم موت فرضـی او نیز از محکمه تقاضا نمایند که دارائی او را بتصـرف آنها بدهد، مشـروط بر اینکه اولا غایب مزبور کسی را برای اداره کردن اموال خود معین نکرده باشد و ثانیاً دو سال تمام از آخرین خبر غایب گذشته باشد بدون اینکه حیات یا ممات او معلوم باشد ...».

طبق ماده « ۱۴۰» قـانون امور حسبی: «در صورتی که غایب برای ادارهٔ اموال خود کسـی را معین کرده باشـد و آن کس فوت شود یا بجهت دیگری صـلاحیتش از بین برود، امین برای ادارهٔ امـوال او معین میگردد، و امـوال بتصـرف ورثه داده نمیشـود تـا حکم مـوت فرضی غایب صادر شود».

۱– درخواست ورثه بتصرف دادن اموال غایب

طبق مادهٔ «۱۳۷» قانون امور حسبی: «درخواست باید کتبی و مشتمل بر امور زیر باشد:

۱- نام و مشخصات درخواست‌کننده (منظور از مشخصات، نام خانوادگی، محل اقامت است).

۲- مشـخصات غـایب. (منظور از مشـخصات نام، نام خانوادگی و محل اقامت یا سـکونت و نشانیهای دیگری است که ممکن اسـت موجب شناسائی او بشود).

۳- تاریخ غیبت.

۴- ادله و جهاتی که بموجب آن درخواست‌کننده حق این درخواست را برای خود قائل است». که عبارت است از وراثت و انحصار آن.

۲– وظائف دادگاه

ماده «۱۳۸» قانون امور حسبی: «پس از وصول درخواست نامه، دادگاه با حضور درخواست‌کننده و دادستان بدلائل درخواست‌کننده رسیدگی مینماینـد و نیز راجع باقامتگـاه غـایب و تاریـخ غیبت و معلـوم نبـودن محـل او بـازجوئی لازم نمـوده و در صورت احراز صلاحیت درخواست کننـدهٔ آگهی مشـتمل بر درخواست نامبرده و دعوت اشخاصـی که از غایب اطلاعی دارنـد برای اظهار اطلاع بدادگاه ترتیب میدهد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۶

ذیل مادۀ «۱۰۲۵» ق. م میگوید: «... در مورد این ماده رعایت ماده «۱۰۲۳» راجع باعلان مدت یک سال حتمی است».

ماده «۱۳۹» قانون امور حسبی: «آگهی مذکور فوق در سه دفعه متوالی هر کدام بفاصله یک ماه منتشر میشود و پس از یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی در صورت وجود شرایط مذکور در ماده «۱۰۲۵ و ۱۰۲۶» قانون مدنی، اموال غایب بتصرف ورثه او داده میشود» چنانکه ماده «۱۰۲۳» قانون مدنی تصریح مینماید انتشار آگهیها در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه‌های کثیر الانتشار تهران بعمل می‌آید.

پس از گذشتن یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی، ورثه‌ای که درخواست تصرف اموال غائب را از دادگاه نموده‌اند یک نسخه از جراید محل و یک نسخه از روزنامه‌هائی که آگهیها را در سه نوبت انتشار داده بپیوست درخواست خود که حاکی از تقاضای جلسه رسیدگی باشد بدادگاه مربوط تقدیم میدارد و دادگاه در جلسه اداری رسیدگی بصحت مندرجات آگهیها و مدت انتشار آنها و گذشتن یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی مینماید.

و هرگاه اطلاعی نسبت بغایب بدادگاه رسیده مورد رسیدگی قرار میدهد. در صورتی که دادگاه شرائط لازم برای تصرف دادن اموال غائب بورثه احتمالی را موجود دید، بآنها اخطار مینماید که ضامن و یا تضمینات کافی طبق ماده «۱۰۲۶» ق. م بدهند.

۳- تقاضای ضامن از ورثه

مادۀ «۱۰۲۶» ق. م: «در مورد ماده قبل وراث باید ضامن و یا تضمینات کافیه دیگر بدهند تا در صورت مراجعت غایب و یا در صورتی که اشخاص ثالث حقی بر اموال او داشته باشند از عهدۀ اموال و یا حق اشخاص ثالث برآیند، تضمینات مزبور تا موقع صدور حکم موت فرضی غایب باقی خواهد بود». بنابر آنچه گذشت شرائطی که دادگاه باید احراز نماید تا اموال غایب را بتصرف ورثه بدهد عبارت است از:

۱- غایب کسی را برای اداره کردن اموال خود تعیین نکرده باشد. بنظر میرسد که همچنین است هرگاه کسی هم نباشد که قانوناً حق اداره کردن اموال غایب را داشته باشد مانند ولی و قیم.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۷

۲- آگهیهای لازم در جراید محل و روزنامه‌های کثیر الانتشار طهران چنانکه ماده «۱۰۲۵» ق. م میگوید منتشر شده باشد.

۳- یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی گذشته باشد.

۴- دادن ضامن یا تضمینات کافیه دیگر بنحوی که در ماده «۱۰۲۶» ق. م مذکور است. چنانکه ماده مزبور تصریح مینماید دادن ضامن یا تضمینات دیگر الزامی است بر خلاف موردی که اموال بتصرف امین داده میشود که دادن ضامن یا تضمینات دیگر طبق ماده «۱۰۱۳» ق. م اختیاری دادگاه است.

چنانکه از مواد بعد معلوم میگردد اموال غایب مانند آنکه او فوت نموده است بتصرف تمامی وراث داده میشود. این است که مادۀ «۱۵۲» قانون امور حسبی میگوید:

«هرگاه بین ورثه غایب، محجوری باشد سهم او بولی یا قیم یا وصی سپرده خواهد شد». و ماده «۱۴۳» ق. امور حسبی متذکر است: «در موردی که اموال غایب بورثه تسلیم میشود هرگاه وصیتی شده باشد اموال مورد وصیت بوصی یا موصی له داده میشود، مشروط باینکه مطابق ماده «۱۰۲۶» قانون مدنی تأمین بدهند».

بدستور مادۀ «۱۵۱» قانون امور حسبی: «هرگاه بین ورثۀ غایب غایبی بوده که محتاج بتعیین امین باشد برای او نیز امینی معین و سهم شخص غایب بامین سپرده میشود» بنظر میرسد که منظور ماده از ورثۀ غایب، ورثۀ موجود در زمان دستور تصرف اموال میباشد نه

ورثهٔ زمان درخواست. بنابراین هرگاه وارثی که درخواست تصرف اموال غائب را نموده در حین دستور تصرف مرده باشد، اموال غایب بورثهٔ دیگر غایب داده میشود نه بورثهٔ متوفی و میتوان بر خلاف نظر مزبور نیز از مادهٔ بالا استنباط نمود اگر چه دور از اصول حقوقی بنظر میرسد.

مادهٔ «۱۴۵» قانون امور حسبی: «در مورد تسلیم اموال به امین یا ورثه دادگاه بدرخواست یکی از ورثه یا امین صورتی از اموال و اسناد غائب تنظیم مینماید و این صورت در دفتر دادگاه بایگانی میشود و اشخاص ذی‌نفع میتوانند از آن رونوشت بگیرند».

ماده «۱۴۶» قانون امور حسبی: «در صورتی که ورثه درخواست کنند صورت اموال

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۸

با حضور دادستان تنظیم و بهای اموال بتوسط کارشناس معین و در صورت اموال بهای آنها قید شود، دادگاه درخواست نامبرده را میپذیرد و هزینهٔ ارزیابی از مال غایب برداشته خواهد شد».

۴- وظایف ورثه

اشاره

ماده «۱۴۴» قانون امور حسبی: «ورثه و وصی و موصی له که اموال غایب موقتاً بآنها تسلیم میشود، باید اموال را با رعایت مصلحت غایب حفظ و اداره نمایند و آنها در ادارهٔ اموال غایب بمنزلهٔ وکیل او خواهند بود». حدود اختیارات ورثه، وصی و موصی له نسبت باموال غایب مانند حدود اختیارات وکیل مطلق است. وظیفه وکیل مطلق حفظ و ادارهٔ آن اموال با رعایت مصلحت موکل میباشد. بنابراین آنها امین محسوب میشوند و چنانچه بدون تقصیر آنان بعض یا تمام اموال تلف یا ناقص و یا معیوب شود ضامن نخواهند بود، و هرگاه در اثر تعدی یا تفریط آنها از دارائی چیزی تلف یا ناقص یا معیوب گردد آنها ضامنند.

ادارهٔ اموال، باستثناء آنچه مواد «۱۴۱» و «۱۴۲» قانون امور حسبی تصریح مینماید، بمقتضاء عرف زمان و محل، آنچه باید باجاره داده شود اجاره داده میشود و آنچه تعمیرات لازم دارد تعمیر میگردد تعمیرات غیر ضروری بعمل نمیآید.

فروش اموال ضایع شدنی-

بدستور ماده «۱۴۱» قانون امور حسبی: «هرگاه در بین اموال غایب مال ضایع شدنی باشد ورثه یا امین که اموال غایب بتصرف آنها داده شده آن مال را فروخته و از نتیجهٔ فروش با رعایت مصلحت غایب مالی خریداری و یا اقدام دیگری که بصرفه غایب باشد مینمایند». چون فروش اموال و همچنین خرید مال دیگری بجای آن، خارج از حدود اختیارات وکیل مطلق در اداره اموال غیر است ماده «۱۴۱» ق. م.

امور حسبی خود را ناچار بتصریح دانسته است.

فروش اموال منقول غائب-

بدستور ماده «۱۴۲» قانون امور حسبی: هر یک از امین و ورثه که اموال غایب بتصرف آنها داده شده است میتوانند با اجازهٔ دادستان اموال

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۳۹

منقوله غایب را که مورد احتیاج نیست فروخته و از پول آن مال دیگری که موافق مصلحت غایب باشد خریداری و یا اقدام دیگری که بصرفه غایب باشد بنمایند». مادهٔ مزبور نیز خارج از حدود اختیارات وکیل مطلق در ادارهٔ اموال میباشد بدین جهت قانون تصریح

بآن نموده است.

دادن دیون و نفقهٔ اشخاص واجب النفقه–

بدستور ماده «۱۴۷» قانون امور حسبی: «نفقـهٔ اشـخاص واجب النفقهٔ غایب و دیون غایب از وجوه نقد یا منافع اموال او داده میشود و در صورت عـدم کفایت از اموال منقولـهٔ فروخته خواهـد شـد و اگر اموال منقول هم کافی نباشد از اموال غیر منقول فروخته میشود». شرح مادهٔ مزبور در مبحث امین گذشت.

منع فروش و رهن اموال غیر منقول–

بدستور ماده «۱۴۸» قانون امور حسبی:
«در غیر مورد مـادهٔ قبـل ورثه و امین حق ندارنـد اموال غیر منقول غـائب را بفروشـند یـا رهن بگذارنـد». زیرا فروش اموال خـارج از حـدود ادارهٔ اموال است. بنابراین چنانچه ماده «۱۴۷» قانون امور حسبی تصـریح مینمایـد از دارائی غیر منقول غائب فقط در صورتی بفروش میرسد که اموال دیگر او کافی برای دادن نفقه اشخاص واجب النفقه و تأدیه دیوان او نباشد.

نمایندگی ورثه در دعاوی از طرف غایب–

ماده «۱۴۹» قانون امور حسبی:
«در دعوی بر غـایب ورثه یـا امین که مال بتصـرف آنها داده شـده طرف دعوی خواهنـد بود و همچنین ورثه یا امین حق دارنـد برای وصول مطالبـات غایب اقامـهٔ دعوی نماینـد». مادهٔ مزبور اگر چه بکلمه ورثه اکتفا نموده و وصـی و موصـی له را که اموال غایب در تصـرف آنها است متـذکر نشـده است، ولی میتوان از وحـدت ملاک ماده مزبور اسـتفاده نموده و بر آن بود که در دعوی بر غایب، وصـی و موصی له نیز طرف دعوی خواهند بود همچنانی که میتوانند خود نیز اقامهٔ دعوی در موارد لزوم بنمایند، مانند استرداد ترکه و وصول مطالبات و جوابگوئی از آن، زیرا طلب بسـتانکاران در صورت فوت بر ترکه تعلق میگیرد و وصی و موصی له نیز قسمتی از ترکه را متصـرفند، خواه وصـیت کلی باشد چنانکه وصـیت بر ربع دارائی شود، یا وصیت بر عین معین مانند آنکه مورد وصیت خانه معین باشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۰

۵– حق الزحمهٔ ورثه برای نگاهداری اموال

بدستور ماده « ۱۵۰» قانون امور حسبی: «در موردی که اموال غایب بتصـرف ورثه یا امین داده شـده باشـد دادگاه میتواند حق الزحمهٔ متناسبی از در آمـد اموال برای ورثه یا امین معین نماید. هزینهٔ حفظ و ادارهٔ اموال غایب از اموال غایب برداشـته میشود». زیرا چنانکه گذشت عمل انسان محترم است و احترام بآن دادن عوض که اجرت است میباشد.
و هر گـونه هزینه ضـروری که ورثه برای اداره اموال مینماینـد بعهـدهٔ غـائب است، زیرا هزینه اموال هر کس بعهـدهٔ اوست و اعمـال مزبور هم خارج از وظائف ورثه است.

مبحث سوم– در حکم موت فرضی

اشاره

بنابر مستفاد از ماده «۱۰۱۹» ق. م ورثهٔ غایب مفقود الاثر میتوانند هرگاه از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده مدتی گذشته باشد که عادهٔ شخص غایب زنده فرض نمیشود از دادگاه شهرستان درخواست صدور حکم موت فرضی غایب را بنمایند.

۱- کسانی که درخواست حکم موت فرضی مینمایند

فقط کسانی میتوانند درخواست حکم موت فرضی غایب را بنمایند که از موت غایب منتفع میگردند.

طبق ماده «۱۵۳» قانون امور حسبی: «اشخاص زیر میتوانند از دادگاه درخواست صدور حکم موت فرضی غایب را بنمایند:

۱- ورثه غایب (منظور از ورثهٔ غایب، ورثهٔ احتمالی زمان درخواست حکم موت فرضی میباشد).

۲- وصی و موصی له».

پس از آنکه مدت بالنسبه مدیدی از غیبت غائب و از تاریخ آخرین خبری که از زنده بودن او رسیده است گذشت و دیگر خبری از زنده بودن و یا مردن او نرسید، ورثه یا وصی یا موصی له میتواند از دادگاه درخواست صدور حکم موت فرضی بنماید. در این امر فرقی نمینماید که غائب کسی را برای ادارهٔ دارائی خود معین نموده باشد و یا آنکه آن

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۱

دارائی بتصرف امین و یا ورثه داده شده باشد و یا آنکه اشخاصی بدون اجازهٔ قانونی در آن تصرف مینمودند.

۲- طریق درخواست حکم موت فرضی

کسانی که حق درخواست حکم موت فرضی را دارند، درخواست خود را چنانکه ماده «۱۵۴» قانون امور حسبی میگوید تنظیم و بدادگاه شهرستان تقدیم میدارند.

ماده «۱۵۴» قانون امور حسبی: «درخواست باید کتبی و مشتمل بر امور زیر باشد:

۱- مشخصات غایب (از نام و نام خانوادگی و آخرین محل اقامت یا سکونت غائب).

۲- تاریخ غیبت.

۳- دلائلی که بموجب آن درخواست‌کننده حق درخواست صدور حکم موت فرضی را دارد. (دلیل بر وراثت، وصایت یا آنکه درخواست‌کننده موصی له است باید پیوست دادخواست خود نماید)

۴- ادله و اسنادی که مطابق ماده «۱۰۲۰» و «۱۰۲۱» و «۱۰۲۲» قانون مدنی ممکن است بموجب آن ادله و اسناد درخواست حکم موت فرضی غایب را نمود». (ادلهٔ که حاکی میباشد مدت معینه مذکور در مواد بالا گذشته و بدادگاه اجازه صدور حکم موت فرضی را میدهد).

۳- وظائف دادگاه

اشاره

ماده «۱۵۵» قانون امور حسبی: «پس از وصول درخواست نامه، دادگاه اظهارات و دلائل درخواست‌کننده را در نظر گرفته و در صورتی که اظهارات و دلائل نامبرده را موجه دانست، آگهی مطابق مادهٔ «۱۰۲۳» قانون مدنی ترتیب میدهد. و این آگهی در سه دفعه متوالی هر کدام بفاصلهٔ یک ماه منتشر میشود و جلسهٔ رسیدگی بدرخواست، بفاصله یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی

معین میگردد.

مقررات این ماده در صورتی اجرا میشود که قبلا در زمینه درخواست تصرف اموال آگهی نشـده باشد و چنانچه مطابق ماده «۱۰۲۵» قانون مدنی آگهی شده باشد دادگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۲

بآن آگهی اکتفا مینماید». بنابراین چنانچه قبلا در اثر درخواست تصرف اموال بوسیلهٔ ورثه، آگهی مذکور در بالا منتشر شده باشد آگهی مجدد لازم نخواهد بود و دادگاه جلسه رسیدگی معین خواهد نمود و الا دستور انتشار آگهی‌های لازم را میدهد. چنانکه ماده «۱۰۲۳۵» ق. م تذکر میدهد بدون انتشار آگهیهای مذکور در ماده «۱۰۲۳» ق. م و گذشتن یک سال از تاریخ اولین آگهی، حکم موت فرضی غایب صادر نمیشود.

ماده «۱۰۲۳» ق. م میگوید: «در مورد مواد ۱۰۲۰ و ۱۰۲۱ و ۱۰۲۲» محکمه وقتی میتواند حکم موت فرضی غایب را صادر نماید که در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه‌های کثیر الانتشار طهران، اعلانی در سه دفعه متوالی هر کدام بفاصله یک ماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت نماید که اگر خبر دارند باطلاع محکمه برسانند. هرگاه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود حکم موت فرضی او داده میشود». دادگاه پس از توجه بآنکه یک سال از تاریخ اولین آگهی گذشته است، جلسهٔ تعیین مینماید و به درخواست‌کننده و دادستان اطلاع داده میشود که در جلسه مزبور حاضر شوند. این است که ماده «۱۵۶» قانون امور حسبی میگوید: «رسیدگی با حضور درخواست‌کننده و دادستان بعمل می‌آید. عدم حضور درخواست‌کننده مانع رسیدگی نیست». ولی دادستان یا نماینده او باید در دادگاه حاضر باشد.

ماده «۱۵۷» قانون امور حسبی: «دادگاه میتواند هر گونه تحقیق که مقتضی بداند بنماید و پس از احراز موجبات صدور حکم موت فرضی، حکم میدهد».

چنانکه از مادهٔ بالا استنباط میشود دادگاه میتواند از گواهان و کسانی که از وضعیت غائب اطلاعی دارند سؤالاتی بنماید و لازم نیست که درخواست تحقیق از گواهان و مطلعین بوسیلهٔ درخواست‌کننده یا دادستان بعمل آید. این است که ماده «۱۴» ق. امور حسبی میگوید: «در امور حسبی دادرس باید هر گونه بازجوئی و اقدامی که برای اثبات قضیه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۳

لازم است بعمل آورد هر چند درخواستی از دادرس نسبت بآن اقدام نشده باشد و در تمام مواقع رسیدگی میتواند دلائلی که مورد استناد واقع میشود قبول نماید».

مدتهائی که پس از گذشتن آن حکم موت فرضی صادر میشود-

اشاره

بدستور ماده «۱۰۱۹» قانون مدنی: «حکم موت فرضی غایب در موردی صادر میشود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمیماند». ماده مزبور تشخیص امر را بعرف واگذار نموده و چنانچه دیده میشود نظر عرف باعتبار وضعیت مزاجی و محلی که آخرین مرتبهٔ خبر حیات او از آنجا رسیده و موقعیتی را که آن محل داشته است متفاوت میباشد. چون تشخیص عرف نسبت بامر واحد با شرائط متحد در بسیاری از موارد متفاوت میباشد مخصوصاً در این امر، قانون مدنی در مواد زیر نظر عرف را بیان مینماید.

طبق ماده «۱۰۲۰» ق. م: «موارد ذیل از جملهٔ مواردی محسوب است که عادتاً شخص غایب زنده فرض نمیشود:

۱- وقتی که ده سال تمام از تاریخ آخرین خبری که از حیات غایب رسیده است گذشته و در انقضاء مدت مزبور سن غایب از

هفتاد و پنج سال گذشته باشد. (هفتاد و پنج سال را اگر چه نمیتوان منتهای سن انسان دانست ولی با توجه بآنکه از آخرین خبر حیات او ده سال گذشته و دیگر اطلاعی از او نرسیده است در نظر عرف شخص مزبور زنده نمیباشد).

۲- وقتی که یک نفر بعنوانی از عناوین جزء قشون مسلح بوده و در زمان جنگ مفقود و سه سال تمام از تاریخ انعقاد صلح بگذرد، بدون اینکه خبری از او برسد. هرگاه جنگ منتهی بانعقاد صلح نشده باشد مدت مزبور پنج سال از تاریخ ختم جنگ محسوب میشود» بنظر میرسد که این امر در صورتی است که غایب جزء اسرای جنگی که در زندانها بسر میبرد نباشد و الا- این امر کافی نخواهد بود مخصوصاً با وضعیتی که نسبت باسرای جنگی در جنگ بین الملل دوم دیده شد، اگر چه از نظر قضائی ماده مطلق و شامل تمام افراد میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۴

۳- وقتی که یک نفر حین سفر بحری در کشتی بوده که آن کشتی در آن مسافرت تلف شده است سه سال تمام از تاریخ تلف شدن کشتی گذشته باشد، بدون اینکه از آن مسافر خبری برسد». وضعیت مزبور عادی میباشد و میتوان قطع بفوت مسافری نمود که در کشتی بوده و سه سال خبر از او نرسیده است، اگر چه با وسائل موجود کنونی حیات یا ممات مسافرین پس از مدت کوتاهی معلوم میگردد.

مادهٔ «۱۰۲۱» ق. م: «در مورد فقره اخیر مادهٔ قبل اگر با انقضای مدتهای ذیل که مبدأ آن از روز حرکت کشتی محسوب میشود کشتی بمقصد نرسیده باشد و در صورت حرکت بدون مقصد بنبدری که از آنجا حرکت کرده بر نگشته و از وجود آن به هیچوجه خبری نباشد کشتی تلف شده محسوب میشود.

الف- برای مسافرت در بحر خزر و داخل خلیج فارس یک سال.

ب- برای مسافرت در بحر عمان- اقیانوس هند- بحر احمر- بحر سفید (مدیترانه) بحر سیاه و بحر آزوف دو سال.

ج- برای مسافرت در سایر بحار سه سال».

ماده «۱۰۲۲» ق. م میگوید: «اگر کسی در نتیجهٔ واقعه‌ای بغیر آنچه در فقره ۲ و ۳ ماده «۱۰۲۰» مذکور است دچار خطر مرگ گشته و مفقود شده و یا در طیاره بوده و طیاره مفقود شده باشد، وقتی میتوان حکم موت فرضی او را صادر نمود که پنج سال از تاریخ دچار شدن بخطر مرگ بگذرد، بدون اینکه خبری از حیات مفقود رسیده باشد».

حکم دادگاه

دادگاه پس از رسیدگی و احراز شرایط مقرر برای صدور حکم موت فرضی، حکم صادر مینماید و بدستور ماده «۱۵۸» قانون امور حسبی: «حکم باید مشتمل بر امور زیر باشد:

۱- نام و نام خانواده درخواست‌کننده.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۵

۲- مشخصات غایب.

۳- دلایل و مستندات حکم.

۴- تاریخ صدور حکم».

در صورتی که دادگاه ادلهٔ تقدیمی را کافی برای صدور حکم موت فرضی ندید آن را رد مینماید. حکم موت فرضی و یا رد درخواست طبق مقررات مربوط بآئین دادرسی مدنی بدادستان و درخواست‌کننده ابلاغ میگردد.

ماده «۲۴» قانون امور حسبی میگوید: «در مواردی که تصمیمات دادگاه باید ابلاغ شود ترتیب ابلاغ مانند مقررات آئین دادرسی

مدنی است».

بدستور ماده «۱۵۹» قـانون امور حسـبی: «درخواست‌کننـده میتوانـد از رد درخواست خود و دادسـتان از حکم موت فرضـی پژوهش بخواهد و رأی پژوهش قابل فرجام نیست».

درخواست‌کننـده میتواند طبق اصل کلی پس از رد درخواست مجدداً ادلهٔ خود را تهیه نموده درخواست حکم موت فرضـی نماید و این امر تجدید دعوی محسوب نمیگردد.

۴– آثار حکم موت فرضی

حکم موت فرضی که قطعیت پیدا نمود، مورد آن قوهٔ شیئی محکوم بها را پیدا میکند، یعنی دارای همان آثاری خواهد بود که موت حقیقی دارا میباشد، بنابراین:

الف– بدستور ماده «۱۶۰» قانون امور حسبی: «بعـد از قطعیت حکم موت فرضـی تأميناتی که از امین یا ورثه گرفته شـده است مرتفع میشود». ظـاهر مـاده اگر چه میرسانـد که قبـل از تحویـل دارائی غـایب بورثه، تضـميناتی که از امین یا ورثه گرفته شـده است مرتفع میگردد، ولی باید بر آن بود که پس از تحویل دارائی بورثه چنانچه نقصـی در ترکه حاصل نشده باشد که مسئولیت آن بعهدهٔ امین یـا ورثه باشـد، تضـمینات مرتفع میگردد و الاـ نقض غرض لاـزم می‌آیـد، زیرا ممکن است پس از تحویل دارائی بورثه در اثر حکم موت فرضی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۶

معلوم گردد، خساراتی از تعدی و تفریط امین یا ورثه در دارائی غائب که بعنوان امانت، در دست داشته‌اند متوجه شده است و امین و ورثه متصرف در دارائی مزبور مسئول آن هستند که در صورت عدم تأدیه از تضمینات استیفاء میگردد.

ب– دارائی غائب بتصـرف کسانی داده میشود که در تاریـخ صـدور حکم وارث قانونی شـناخته میشونـد، زیرا حکم مزبور تأسیسـی میباشد و فوت غایب را در تاریخ صدور حکم اعلام نموده است. بنابراین چنانچه اموال غایب در تصـرف کسانی باشد که در تاریخ حکم وارث نمیباشند، دادگاه از آنها مسترد و بورثه زمان صدور حکم میدهد.

ج– نکاح بین غائب و زن او خواه دائم باشـد یا منقطع منحل میشود و زن عـده وفات نگاه میدارد، آنگونه که در فوت حقیقی است. ماده «۱۱۵۴» ق. م میگویـد: «عدهٔ وفات چه در دائم و چه در منقطع در هر حال چهار ماه و ده روز است، مگر اینکه زن حامل باشـد که در این صورت عـده وفـات تا موقع وضع حمل است مشـروط بر اینکه فاصـله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشد و الا مدت عده همان چهار ماه و ده روز خواهد بود».

۵– معلوم شدن فوت و یا حیات غایب

اشاره

آثار حکم موت فرضی مادامی است که فوت حقیقی یا حیات غائب معلوم نگردیده است و الا چنانکه ماده «۱۶۱» قانون امور حسبی میگویـد: «در هر موقع که موت حقیقی یا زنـده بودن غائب معلوم شود، اقـداماتی که راجع بموت فرضـی او بعمل آمـده است بلااثر خواهـد شـد، مگر اقـداماتی که برای حفـظ و ادارهٔ اموال غـائب شـده است». بنـابراین پس از صـدور حکم موت فرضـی یکی از دو وضعیت ممکن است معلوم شود: حیات غائب، فوت حقیقی او که شرح هر یک ذیلًا بیان میشود.

یک– حیات غایب

در صورتی که پس از صدور حکم موت فرضی حیات غایب معلوم گردد، شخص او یا هر ذی‌نفع دیگری (مانند زن یا اقربای واجب النفقه و امثال آنها) درخواست

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۷

الغاء حکم موت فرضی بدادگاهی که حکم مزبور را صادر نموده میدهد و ادله‌ای که ثابت نماید غائب زنده میباشد پیوست میکند. دادگاه تحقیقاتی را که لازم میداند مینماید و پس از رسیدگی چنانچه ادله ابرازی و تحقیقات را کافی دانست حکم موت فرضی را الغاء میکند. حکم مزبور قابل پژوهش و فرجام نیست. ماده «۲۷» قانون امور حسبی میگوید:

«تصمیم دادگاه در امور حسبی قابل پژوهش و فرجام نیست جز آنچه در قانون تصریح شده باشد». و در مورد بالا قانون تصریح باجازه پژوهش و فرجام نکرده است، حکم موت فرضی چون الغاء شود، کشف میگردد که غایب زنده میباشد و عملیاتی که در اثر حکم موت فرضی انجام شده در حقیقت ناروا بوده است، لذا بطریق ذیل عمل میشود:

الف- زن غایب چنانچه شوهر ننموده باشد در زوجیت غایب باقی است، اگر چه پس از انقضاء عده باشد و هرگاه پس از عده شوهر کرده است عقدش صحیح میباشد، زیرا بحکم قانون نکاح او با غایب منحل شناخته شده و باجازۀ قانون ازدواج جدید نموده است.

ب- بدستور ماده «۱۰۲۷» قانون مدنی: «بعد از صدور حکم موت فرضی نیز اگر غایب پیدا شود کسانی که اموال او را بعنوان وراثت تصرف کرده‌اند باید آنچه را که از اعیان یا عوض و یا منافع اموال مزبور حین پیدا شدن غایب موجود میباشد مسترد دارند». بنابراین آنچه از دارائی غایب از اعیان و منافع موجود است باو مسترد میگردد و همچنین عوض آنچه از دارائی غایب بغیر واگذار شده و موجود باشد نیز بغایب داده میشود، زیرا معاملاتی که ورثه یا موصی له یا وصی نموده‌اند باجازه و حکم دادگاه بوده است و آثار قانونی خود را داراست ولی چون عین اموال از آن غایب بوده عوضش باو داده میشود. اما آنچه ورثه، وصی یا موصی له مصرف نموده و یا تلف شده است عوض آن را نمیدهند، زیرا بحکم دادگاه اموال مزبور بعنوان سهم الارث بورثه یا موصی له یا وصی داده شده که هرگونه تصرفی را بخواهند از آن بنمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۸

دو- فوت حقیقی غایب-

در صورتی که پس از صدور حکم موت فرضی غایب، تاریخ تحقیقی فوت مسلم شود.

الف- نسبت بزوجیت زن از تاریخ فوت چنانکه گذشت باید عده فوت نگهدارد، بنابراین چنانچه فوت غایب در زمان مدت عدۀ بوده که در اثر حکم موت فرضی نگهداشته یا پس از انقضاء مدت مزبور، باید عده وفات تجدید شود، زیرا بدستور ماده «۱۶۱» ق. امور حسبی اقداماتی که راجع بموت فرضی بعمل آمده است بلا اثر میباشد.

ب- نسبت بدارائی غایب، هرگاه این امر مؤثر در تقسیم ترکه باشد، مانند آنکه ورثه تغییر کند یعنی بعض یا تمامی ورثه زمان فوت حقیقی غیر از آنهائی باشند که در تاریخ حکم موت فرضی وارث شناخته شده‌اند و یا آنکه تغییری در وضعیت دارائی پیدا شده باشد مانند آنکه یکی از اموال غایب تلف شده باشد، چنانچه تمامی کسانی که از این امر متضرر میشوند موافقت در تقسیم مجدد نمایند اشخاص ذی‌نفع میتوانند بدادگاه صادرکننده حکم موت فرضی درخواست تقدیم و تاریخ فوت غایب را اثبات نمایند. دادگاه پس از احراز آن در تعقیب حکم موت فرضی رأی دیگری صادر نموده حکم موت فرضی خود را الغاء و تاریخ فوت حقیقی غایب را اعلام میدارد. دارائی غایب از تصرف کسانی که ذیحق نمیباشند خارج شده و بوصی و موصی له و وراث موجود حین موت حقیقی طبق مقررات ارث تقسیم میگردد. این است که ماده «۱۰۱۶» قانون مدنی میگوید: «هرگاه هم فوت و هم تاریخ

فوت غـایب مفقود الاـثر مسلـم شود، اموال او بین وراث موجود حین الموت تقسیـم میگردد، اگر چه یـک یا چنـد نفر آنها از تاریخ فوت غایب ببعد فوت کرده باشد. مادهٔ بالا مطلق است و اختصاص به پس از صدور حکم موت فرضـی ندارد، بنابراین قبل از صدور حکم موت فرضـی در هر مرحله از رسیدگی چنـانچه هم فوت و هم تاریخ فوت غـایب معلوم شود اموال او بین وراث موجود حین الموت تقسیم میشود.

ماده «۱۰۱۷» قانون مدنی میگوید: «اگر فوت غایب بدون تعیین تاریخ فوت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۴۹

ثابت گردد، محکمه بایـد تاریخی را که فوت او در آن تاریـخ محقق بوده معین کنـد. در این صورت اموال غایب بین وراثی که در تاریـخ مزبور موجود بوده‌اند تقسیم میشود». در صورتی که فوت غایب مفقود الاثر بدون تعیین تاریخ فوت ثابت گردد، چنانچه قبل از صـدور حکم موت فرضـی باشد بدرخواست یکی از اشـخاص ذی‌نفع در ترکه، دادگاه رسیدگی باین امر نموده و تاریخی را که بنظرش فوت غایب در آن تاریـخ مسلـم میباشـد معین خواهد کرد، و چنانچه پس از صدور حکم فوت فرضـی باشد مانند مورد قبل، دادگاهی که حکم موت فرضـی را داده مجدداً بدرخواست یکی از اشـخاص ذی‌نفع رسیدگی نموده، تاریخی را که فوت غایب در آن تاریـخ محقق بوده معین میکنـد و حکم موت فرضـی را الغاء مینماید. این است که مادهٔ «۱۰۱۸» قانون مـدنی میگوید: «مفاد مادهٔ فوق در موردی نیز رعایت میگردد که حکم موت فرضی غایب صادر شود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۰

قسمت دوم– وضعیت زن غایب مفقود الاثر

اشاره

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۴، ص: ۲۵۰

آنچه راجع بوضـعیت زن غایب مفقود الاثر میتوانـد مورد مطالعه قرار گیرد دو امر است: نفقـهٔ زن در مدت غیبت، وضـعیت زوجیت زن غایب

باب اول– نفقهٔ زن در مدت غیبت

نفقهٔ زن غایب مفقود الاثر تا صدور حکم موت فرضـی از دارائی او بوسـیلهٔ امین یا ورثه که متصـرف ترکه میباشـند داده میشود. این است که ماده «۱۴۷» قانون امور حسبی میگوید:

«نفقهٔ اشـخاص واجب النفقهٔ غایب و دیون غایب از وجوه نقد یا منافع اموال او داده میشود و در صورت عدم کفایت از اموال منقوله فروخته خواهـد شـد و اگر امـوال منقـول هم کـافی نباشـد از اموال غیر منقول فروخته میشود». و مـاده «۱۰۲۸» قانون مـدنی میگوید: «امینی که برای اداره کردن اموال غـایب مفقود الاثر معین میشود بایـد نفقـهٔ زوجه دائم یا منقطعه که مـدت او نگذشـته و نفقـهٔ او را

زوج تعهد کرده باشد و اولاد غایب را از دارائی غایب تأدیه نماید. در صورت اختلاف در میزان نفقه تعیین آن بعهدهٔ محکمه است». منظور ماده از اولاد کسانی میباشند که طبق مواد مربوطهٔ بنفقهٔ اقارب، غایب باید نفقهٔ آنان را بپردازد. بنابراین خصوصیتی در اولاد نیست، بلکه در حدود شرائط معینه در نفقهٔ اقارب، نفقهٔ کلیه اقارب عمودی را خواه صعودی باشند و یا نزولی، امین و یا ورثه‌ای که متصرف دارائی غایب میباشند از دارائی غایب تأدیه مینماید.

باب دوم– وضعیت زوجیت زن غایب

اشاره

زن در مدت غیبت شوهر، میتواند زندگانی زناشوئی را ادامه دهد و انتظار شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۱

غایب خود را بکشد تا حیات یا فوت او معلوم گردد، و میتواند بیکی از دو طریق زیر درخواست انحلال زوجیت را بنماید:

۱– صدور حکم موت فرضی

وضعیت حقوقی غایب پس از صدور حکم موت فرضی مانند وضعیت کسی میباشد که حقیقهٔ مرده است. بنابراین همچنانی که دارائی غایب بین ورثه‌اش تقسیم میگردد، زوجیت او نیز منحل میشود و زن او در حکم زنی میباشد که شوهر او حقیقهٔ مرده است و بدستور مادهٔ «۱۱۵۴» قانون مدنی عدهٔ وفات (چهار ماه و ده روز) نگه میدارد و آن از تاریخ صدور حکم موت فرضی شروع میشود و پس از انقضاء عده زوجه میتواند شوهر نماید.

در صورتی که قبل از شوهر نمودن زن، زنده بودن غایب محقق شود، بدستور ماده «۱۶۱» قانون امور حسبی حکم موت فرضی الغاء میشود و کشف میگردد که زوجیت منحل نشده بوده و زن زوجهٔ او است و نمیتواند شوهر دیگری اختیار نماید. ماده «۱۶۱» قانون امور حسبی. «در هر موقع که موت حقیقی یا زنده بودن غایب معلوم شود اقداماتی که راجع بموت فرضی او بعمل آمده است بلا اثر خواهد شد مگر اقداماتی که برای حفظ و ادارهٔ اموال غایب شده است». در صورتی که زن پس از انقضاء عدهٔ وفات، شوهر دیگری اختیار نماید و سپس حیات غائب محقق گردد، بنظر میرسد که نکاح مزبور بحال خود باقی خواهد بود، و غایب نمیتواند حکم بطلان آن را باستناد ماده «۱۶۱» مذکور در بالا بخواهد، زیرا حکم موت فرضی تا قبل از احراز حیات غایب دارای تمامی آثار قانونی بوده است و باستناد آن زن عده وفات نگهداشته و شوهر نموده است و طبق قانون نکاح او در زمان انعقاد، صحیح شناخته شده است.

در صورتی که زوجه در مدت عده‌ای که طبق حکم موت فرضی نگهداشته است، موت حقیقی زوج محقق و تاریخ آن معین گردد، مدت عده وفات از آن تاریخ احتساب میگردد.

مثلا هرگاه پس از چهار ماه که زن عده نگهداشت معلوم گردد که غایب یک ماه میباشد که مرده است، از تاریخ مزبور عدهٔ وفات را از سر میگیرد، زیرا طبق مادهٔ «۱۶۱» قانون

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۲

امور حسبی حکم موت فرضی بلا اثر است و عدهٔ وفات از تاریخ وفات احتساب میشود چنانکه در عده وفات خواهد آمد.

تذکر– زوجهٔ منقطعه مانند زوجهٔ دائمه از تاریخ حکم موت فرضی عدهٔ وفات نگه میدارد و مدت عدهٔ او طبق مادهٔ «۱۱۵۴» قانون مدنی مانند مدت عدهٔ زن دائمه چهار ماه و ده روز است.

۲- طلاق بوسیله دادگاه

اشاره

نکـاح زوجـهٔ دائمه از طریق طلاـق بوسـیلهٔ دادگاه طبق مقررات مـذکور در ماده «۱۰۲۹» ق. م که شـرح آن ذیلاـ ذکر میشـود منحل میگردد. چون این امر از حقوق امـامیه اقتبـاس شـده است برای توضـیح آن مقدمـهٔ مورد درخواست طلاق از طرف زن غایب مفقود الاثر در حقوق امامیه بیان میگردد.

وضعیت زن غایب مفقود الاثر در حقوق امامیه-

زنی که شوهرش غائب مفقود الاثر میباشـد چنانچه بداند شوهرش مرده است میتواند پس از نگهداشـتن عدهٔ وفات بهر کس بخواهد شوهر کنـد و چنانچه زن میدانـد که شوهرش زنـده است ولی نمیداند در کجا است باید صبر کند تا شوهر طلاقش را بدهد یا آنکه بمیرد، هر چند مدت غیبت او بطول انجامد.

در این صورت هرگـاه شوهر دارائی از خود باقی گـذارده باشـد، نفقـهٔ زن از آن تادیه میشود و الا از بیت المال نفقهٔ او داده خواهد شد. اما هرگاه حیات و فوت غایب بر زن معلوم نباشد یکی از دو صورت ممکن است پیش آید:

۱- در صورتی که غائب دارائی دارد که از آن نفقـهٔ زن داده شود و یا کسـی مجاناً نفقـهٔ او را بدهـد، زن بایـد صبر کند تا وضـعیت غایب معلوم شود، زیرا حیات سابق استصحاب میگردد تا فوت او مسلم شود.

۲- در صـورتی کـه غـایب دارائی نداشـته باشـد تـا نفقـهٔ زن از آن داده شـود و کسـی هم مجانـاً نفقـهٔ او را ندهـد، اگر چه مقتضـاء استصـحاب حیـات غایب، ایجاب مینمایـد که زن صبر کنـد تا وضـعیت غایب معلوم شود ولی نظر بروایاتی چنانچه زن نخواهـد صبر کند و

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۳

اراده نمایـد که شـوهر نمایـد، چهـار سـال انتظـار میکشـد تـا وضـعیت شوهرش معلوم گردد که زنـده یـا مرده است و در این مـدت جسـتجوی لازم از وضـعیت شوهر میشود. هرگاه با گذشتن مدت مزبور وضعیت شوهر معلوم نگردید، بعضی بر آنند که حاکم او را طلاق میدهـد و بعضـی دیگر بر آننـد که حاکم امر میکنـد که عـده نگهـدارد. پس از انقضاء عـده زن میتوانـد شوهر دیگری اختیار بنماید.

در مـدت چهار سال جستجو از وضـعیت غایب چنانچه زن بتوانـد از دارائی خود زنـدگانی را تأمین مینماید و هرگاه از خود دارائی نداشته باشد از بیت المال باو داده میشود.

بین فقهاء موضوعاتی چند باعتبار مفاد روایات مورد اختلاف است که ذیلا بیان میگردد:

۱- مـدت عـده- قول مشـهور فقهاء بر آنست که زن عـده وفات که چهار ماه و ده روز است نگه میدارد و عده‌ای بر آنند که عده او عده طلاق است.

۲- ابتداء مدت چهار سال- قول مشهور فقهاء بر آنست که چهار سال مدت انتظار زن از تاریخ رجوع بحاکم و تعیین مدت از طرف اوست، بعضی دیگر بر آنند که گذشتن چهار سال از زمان غیبت شوهر کافی است و احتیاج بامر حاکم ندارد.

درخواست طلاق زن غایب از دادگاه در حقوق مدنی-

انحلال نکاح غایب بوسیلهٔ طلاق از طرف دادگاه غیر از انحلال نکاح غایب در اثر حکم موت فرضی است که شرح آن گذشت. به

پیروی از حقوق امامیه در صورتی که زن غـایب مفقود الاثر نخواهـد انتظار تعیین حیات یا فوت شوهر غائب خود را بکشـد میتواند بدستور مادهٔ «۱۰۲۹» ق. م که میگوید:

«هرگـاه شخصـی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشـد، زن او میتوانـد تقاضای طلاق کنـد در این صورت با رعایت مادهٔ «۱۰۲۳» حاکم او را طلاق میدهد».

درخواست طلاق از طرف زن غائب بوسیلهٔ دادخواست بدادگاه شهرسـتان که طبق قانون آئین دادرسـی مدنی صـلاحیت رسیدگی بـدعاوی را دارد، تقدیم میگردد. زن باید ادلهٔ خود را بر غیبت شوهر پیوست دادخواست نماید و آن عموماً برگ استشـهاد است که اشخاص

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۴

مطلع بر غیبت شوهر و مدت آن گواهی داده‌اند، دادگاه بادلهٔ پیوست رسیدگی مینماید و چنانچه لازم باشد جلسه تشکیل میدهد و گواهی گواهان را که بآن استناد نموده استماع مینمایـد و چنانچه محرز گردیـد که از زمان مفقود الاثر شدن غایب چهار سال تمام گذشته است، بدستور ذیل مادهٔ «۱۰۲۹» ق. م دادگاه درخواست طلاق زوجه را در یکی از جراید کثیر الانتشار طهران در اعلانی در سه دفعهٔ متوالی هر کدام بفاصلهٔ یک ماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت مینماید که اطلاعـات خود را بسـمع دادگـاه برساننـد. دادگاه پس از یک سال از تاریـخ اولین اعلان جلسه معین نموده و بپرونـده امر رسیدگی مینمایـد، و چنانچه خبری از وضـعیت غایب رسـیده باشـد آن را مورد نظر قرار میدهـد. در صورتی که حیات و یا فوت غایب مسلم گردد اگر چه تـاریخش هم معلوم نباشـد، دادگـاه درخواست طلاـق را رد مینمایـد. زیرا مـاده «۱۰۲۹» ق. م اجـازهٔ طلاق را بوسیلهٔ دادگاه نسبت بغایب مفقود الاثر داده است و چنانچه ماده «۱۰۱۱» ق. م تصریح مینماید غایب مفقود الاثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچوجه خبری نباشد.

در صورتی که در نتیجهٔ رسیدگی حیات و یا فوت غایب ثابت نشود و یا آنکه هیچگونه خبری بدادگاه نرسـیده باشد، دادگاه حکم طلاق زن غایب را میدهـد، سپس بوسیلهٔ نمایندهٔ که دادگاه بدفتر طلاق معرفی مینماید زن طلاق داده میشود. زوجهٔ مزبور بدسـتور ماده «۱۱۵۶» ق. م. باید از تاریخ طلاق عده وفات نگهدارد.

ماده «۱۱۵۶» م: «زنی که شوهر او غایب مفقود الاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشـد بایـد از تاریـخ طلاق عدهٔ وفات نگاهدارد». عده وفات چنانکه ماده «۱۱۵۴» ق. م مقرر میدارد چهار ماه و ده روز است.

بدستور ماده «۱۰۳۰» ق. م: «اگر شـخص غـایب پس از وقوع طلاـق و قبل از انقضاء مـدت عـده مراجعت نمایـد، نسبت بطلاق حق رجوع دارد ولی بعد از انقضاء مدت مزبور حق رجوع ندارد». و زن میتواند شوهر دیگری اختیار کند. چنانچه از عبارت مادهٔ بالا که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۵

حق رجوع در مـدت عـده بشوهر میدهـد، بـا توجه بمـاده «۱۱۵۶» ق. م که زن را به نگاهـداری عـدهٔ وفـات راهنمـائی نمـوده معلـوم میگردد، طلاق مزبور طلاق مخصوصـی است در حکم طلاق رجعی ولی از نظر آنکه ممکن است شوهر مرده باشـد، زن عـدهٔ وفات نگه میدارد بنابراین بنظر میرسد که:

۱- زوجه در مـدت عـده مسـتحق نفقه خواهـد بود و از دارائی غایب تأدیه میشود، زیرا در مـدت عـدهٔ مطلقه رجعیه نفقـهٔ زن بعهـدهٔ شوهر است. عـده‌ای از فقهای امامیه بر آننـد که زوجه در مـدت عده حق نفقه از غائب ندارد، زیرا ادله‌ای که زوجه مطلقهٔ رجعیه را در مدت عده مستحق نفقه میداند شامل مورد بالا نمیگردد.

۲- هرگـاه زن در مـدت عـده بمیرد، شـوهر از او ارث میبرد و هرگـاه شوهر بمیرد زن ارث خواهـد برد، زیرا طلاـق مزبور در حکم طلاق رجعی است و طبق ماده «۹۴۳» ق. م هر یک از زوجین که در مدت عده بمیرد دیگری از او ارث میبرد.

۳- زن یائسه و زنی که شوهر با او نزدیکی ننموده نیز باید عده وفات نگهدارند و در عده شوهر میتواند رجوع کند.

۴- در صورتی که طلاق مزبور طلاق سوم و یا نهم عـدی باشد، زن بر شوهر حرام نمیشود و شوهر در مدت عده میتواند رجوع کند و پس از انقضاء عـده میتوانـد بنکاح مجدد شوهر خود در آید، زیرا مادهٔ «۱۰۵۷» ق. م راجع بحرام بودن نکاح شوهر با زنی که سه مرتبه متوالی طلاق داده شده و ماده «۱۰۵۸» ق. م راجع بحرمت ابدی نکاح شوهر با زنی که ۹ طلاق که سه‌تای آن عدی است داده شده، منصرف از مورد میباشد.

۵- در صورتی که قبـل از انقضاء عـده زن آگاه گردد که شوهر او در مـدت عـده فوت نموده است زن از آن تاریـخ (تاریـخ فوت) عـده وفـات نگـاه میـدارد و هرگـاه پس از انقضـاء عـده زن آگـاه گردد که شوهر او فوت کرده است، چون زوجیت منحل شـناخته میشود، تجدید عده لازم نیست.

تذکر ۱- نکته‌ای که از نظر اجتماعی قابل توجه است و باید از نظر حقوقی نیز

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۶

مورد نظر قرار گیرد وضـعیت زوجه منقطعهٔ غایب مفقود الاثر است، خواه شوهر تعهد بانفاق او نموده و یا ننموده باشد. طبق مقررات قانون مدنی فعلی، زوجهٔ منقطعه ناچار است چندان صبر کند که موت حقیقی شوهر مسلم گردد و یا حکم موت فرضی غایب در اثر درخواست ورثه یا موصـی و موصـی له صادر شود و این امر برای زوجهٔ منقطعه در بسیاری از موارد طاقت فرسا میباشد، مخصوصـاً هرگـاه غـایب دارائی نداشـته باشـد که ورثه بتواننـد درخواست حکم موت فرضـی کننـد و یا ورثه نخواهنـد درخواست حکم موت فرضی از دادگاه بنمایند.

این وضعیت را باید چاره‌جوئی کرد و با توجه بآنکه وضعیت مزبور برای زن منقطعه ایجاد عسر و حرج مینماید، قاعده عقلی لا ضرر ایجاب میکند که بوسیلهٔ وضع قانونی بزوجه منقطعه نیز اجازه داده شود که بتواند مانند زوجه دائمه که درخواست طلاق می‌نماید او درخواست بذل مدت کند.

بنظر میرسد که چنانچه تفسیر موسع را روش خود قرار داده و بخود جرأت دهیم، از نظر حقوقی بتوان از وحدت ملاک ماده «۱۰۲۹» ق. م اسـتفاده نموده و بزوجه منقطعه اجازه داد که از دادگاه درخواست بذل مدت بنماید، ولی این گونه تفسیر دور از روش قضائی است که فعلا در دادگاههای ایران معمول و متداول میباشد.

تذکر ۲- سـید محمـد کـاظم طباطبـائی در ملحقـات عروهٔ الوثقی در کتـاب عـده بر آنست که هرگـاه زن غـایب مفقود الاـثر نتواند عملیات مقـدماتی که برای خلاصـی خود از شوهرش لازم است بجهت مانعی از موانع انجام دهد، اگر چه از جهت نداشـتن نفقه در مدت معینه (چهار سال) باشد و کسـی هم نباشد باو انفاق کند، میتواند درخواست طلاق بنماید طلاق او بوسیلهٔ حاکم بعید نمیباشد. همچنین است در زنی که شوهرش غایب، و زنده بودن او مسلم میباشد، ولی از محل او اطلاعی در دست نیست، و زن نمیتواند صبر کند. و همچنین در مورد زن کسی که در محلی حبس است و هیچ زمان نمیآید و یا کسی که شوهرش معسر است و تمکن بر انفاق زن نـدارد و زن بر این وضـعیت صبر نمیتوانـد بکنـد. در تمامی این صور و امثال آن اگر چه ظاهر کلمات فقهاء عـدم جواز رهائی و طلاق زن بوسیلهٔ حاکم است، ولی میتوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۷

گفت که حاکم بتوانـد از نظر قاعـدهٔ نفی حرج و قاعـدهٔ لا ضـرر زن را طلاق دهـد، مخصوصاً که زن جوان باشد و انتظار او موجب گردد که دچـار نـاراحتی سـختی شود. طباطبـائی پس از ذکر این مطلب ولایت امام و نیابت حکام را از امام شـرح میدهـد و متـذکر میشود که هرگاه انجام مقدمات طلاق زنی که شوهرش مفقود الاثر است موجب گردد که زن دچار معصیت شود، امام و یا نائب او میتواند بدون اقدام بآن مقدمات، زن را طلاق دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۸

فصل دوم- در شخص حقوقی

۱- تعریف شخص حقوقی

در میان روابط حقوقی که در جامعه موجود است حقوق و تعهداتی مشاهده میشود که موضوع آن اشخاص طبیعی نیستند بلکه جمعیتها و مؤسساتی هستند که مانند اشخاص طبیعی دارائی دارند که آنها را اشخاص حقوقی، اعتباری یا اخلاقی مینامند.
اشخاص حقوقی بقدرت تصور و اعتبار در عالم حقوق خلق شده‌اند، زیرا دارا شدن حق و تکلیف لازمهٔ وجود طبیعی انسان مادی است و اشخاص حقوقی موجودات طبیعی نیستند. بعضی از حقوقین بر آنند که شخص حقوقی یک موجود حقوقی میباشد و قانون از نظر منافع جامعه، وجود آن را شناخته است و باو اجازه میدهد که بتواند دارائی مخصوص داشته باشد و از منافع اختصاصی خود دفاع بنماید و مانند اشخاص طبیعی دارای وجود حقوقی جداگانه باشد. بدین جهت هر شخص حقوقی دارای ارادهٔ مخصوص بخود میباشد که مجزا از اراده افراد آنست و همچنین دارای یک فعالیت حقوقی خاصی است که غیر از فعالیت افراد آن میباشد. اشخاص حقوقی برای آنکه بتوانند از ارادهٔ خود استفاده کنند و فعالیت آنها بی‌اثر نماند باید از حمایت قانون بهره‌مند گردند و آن شناسائی شخصیت حقوقی آنها از طرف قانون میباشد.

۲- اقسام شخص حقوقی

اشاره

اشخاص حقوقی بر دو دسته‌اند: اشخاص حقوقی در حقوق عمومی، اشخاص حقوقی در حقوق خصوصی.

الف- اشخاص حقوقی در حقوق عمومی-

اشاره

و آنها عبارتند از:

۱- دولت-

دولت برای آنکه گرداننده و نگهبان منافع جامعه باشد، باید بتواند دارای حق شود و عهده دار تکلیف گردد، زیرا دولت مالیاتها و عوارض را جمع‌آوری و در خزانه بنام خود نگهداری میکند و برای ادارهٔ امور کشور مصرف مینماید و اموالی
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۵۹
دارد که قسمتی از آن را در انتفاعات عمومی بکار میبرد مانند بناهائی که تحت اختیار وزارت خانه‌ها گذارده است و قسمتی را مانند اموال افراد از آن استفاده میکند از قبیل خالصجات که باجاره افراد واگذار میکند. دولتهای خارجی نیز مانند دولت ایران دارای شخصیت حقوقی هستند.

۲- ایالات، ولایات و شهرداریها-

در هر کشوری نیز شخصیتهای حقوقی عمومی موجود است ماننـد ایالات، ولایات، شـهرداریها که دارائی مخصوص بخود دارند. و مستقلًا تعهد مینمایند و طلبکار و مدیون میشوند.

۳- مؤسسات دولتی-

مؤسـسات دولتی قسـمتهائی از خدمات عمومی دولت یا اسـتانها و شهرستانها میباشند که برای بهبود وضعیت ادارهٔ آن قسمت، قانون یک حیات حقوقی مستقلی برای آنها شناخته است مانند بنگاه راه آهن ایران، دانشگاه، بنگاه داروئی و امثال آنها.
طبق مـادهٔ «۵۸۷» قـانون تجـارت: «مؤسـسات و تشـکیلات دولتی و بلـدی بمحض ایجاد بـدون احتیاج بثبت دارای شخصـیت حقوقی میشوند».
چنانکه از مادهٔ بالا فهمیده میشود اشخاص حقوقی حقوق عمومی پس از تشکیل در حدود قوانین و مقررات مربوطه دارای شخصیت حقوقی میگردنـد و احتیـاج به هیـچ گونه تشـریفاتی نخواهنـد داشت و بـا انحلاـل طبق قوانین و مقررات مربوطه شخصـیت خود را از دست میدهند.
گفتگو از اشـخاص حقوقی در حقوق عمومی، در حقوق اساسـی و حقوق اداری میشود و از موضوع بحث حقوق مدنی خارج است بدین جهت از شرح آن صرفنظر میگردد.

ب- اشخاص حقوقی در حقوق خصوصی-

اشاره

و آنها بر دو دسته‌اند:

۱- شرکتهای تجاری-

شرکت تجـاری آنست که عـدهٔ از افراد سـرمایه‌ای با یکـدیگر میگذارنـد که بوسـیلهٔ آن عملیاتی بمنظور بـدست آوردن سود بجای آورند و بین خود آن را تقسیم کنند و آن طبق ماده «۲۰» قانون تجارت بیکی از صورتهای زیر تشکیل میگردد.
ماده «۲۰» قانون تجارت: «شرکتهای تجارتی بر هفت قسم است:
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۰
۱- شرکت سهامی.
۲- شرکت با مسئولیت محدود.
۳- شرکت تضامنی.
۴- شرکت مختلط غیر سهامی.
۵- شرکت مختلط سهامی.
۶- شرکت نسبی.
۷- شرکت تولید و مصرف».
طبق «ماده ۵۸۳» قانون تجارت: «کلیه شرکتهای تجارتی مذکور در این قانون شخصیت حقوقی دارند».

۲- مؤسسات غیر تجاری-

و آن اجتماع دسته‌ای از اشخاص است که بمنظور انجام عملیات غیر انتفاعی با یکدیگر همکاری مینمایند مانند: مؤسسات خیریه، احزاب سیاسی جمعیتهای تبلیغاتی و امثال آنها.
طبق ماده «۵۸۴» قانون تجارت: «تشکیلات و مؤسساتی که برای مقاصد غیر- تجارتی تأسیس شده یا بشوند از تاریخ ثبت در دفتر ثبت مخصوصی که وزارت عدلیه معین خواهد کرد شخصیت حقوقی پیدا میکنند».
بدستور «ماده ۵۸۵» قانون تجارت: «شرائط ثبت مؤسسات و تشکیلات مذکور در ماده فوق بموجب نظامنامه وزارت عدلیه خواهد شد ...»
طبق «ماده ۵۸۶» قانون تجارت: «مؤسسات و تشکیلاتی را که مقاصد آنها مخالف با انتظامات عمومی یا نامشروع است نمیتوان ثبت کرد». بنابراین آنها نمیتوانند شخصیت حقوقی بدست آورند.

۳- حقوق و تکالیف و اقامتگاه شخص حقوقی

الف- حقوق و تکالیف شخص حقوقی-

ماده «۵۸۸» قانون تجارت میگوید:
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۱
«شخص حقوقی میتواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبیعهٔ فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذلک». بنابراین اشخاص حقوقی میتوانند مانند اشخاص طبیعی در حدود اساسنامهٔ خود دارای هر نوع اموال و حقوق مالی بشوند و هر گونه عمل و تعهدی را بنمایند.
ماده «۵۸۹» قانون تجارت: «تصمیمات شخص حقوقی بوسیلهٔ مقاماتی که بموجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته میشود». و نوعاً آن مقام رئیس هیئت مدیره یا مدیر عامل میباشد.

ب- اقامتگاه شخص حقوقی-

شخص حقوقی مانند شخص طبیعی دارای اقامتگاه میباشد و اقامتگاه او چنانکه ذیل ماده «۱۰۰۲» قانون مدنی میگوید مرکز عملیات اوست.
ماده «۱۰۰۲» ق. م: «... اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود».
منظور از مرکز عملیات همان مرکز مهم امور او میباشد. مثلًا هرگاه دفتر شرکت مقاطعه کاری راه‌سازی مشهد- تربت جام، در تهران باشد و فعالیت شرکت در راه بین مشهد و تربت جام است، تهران محل اقامت او خواهد بود. منظور از کلمهٔ (اداره شخص حقوقی) مذکور در ماده «۵۹۰» قانون تجارت نیز مرکز مهم امور شخص حقوقی میباشد.
ماده «۵۹۰» قانون تجارت میگوید: «اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که ادارهٔ شخص حقوقی در آنجا است».

ج- تابعیت شخص حقوقی-

شخص حقوقی مانند شخص طبیعی دارای تابعیت میباشد و چنانکه «ماده ۵۹۱» ق. تجارت میگوید: «اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آنها در آن مملکت است».

بحث در موضوعات مربوط بهر یک از شخصیتهای حقوقی بالا در خور این مختصر نیست و بدین جهت مورد گفتگو قرار نمیگیرد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۲

کتاب ششم– در قرابت

اشاره

قرابت عبارت از رابطه خویشاوندی است که بین دو نفر موجود میباشد.

قرابت باعتبار نحوهٔ رابطهٔ که بین دو شخص است بر سه قسم میباشد.

۱- قرابت نسبی.

۲- قرابت سببی.

۳- قرابت رضاعی.

۱– قرابت نسبی

اشاره

قرابت نسبی عبارت است از رابطه‌ای که بین دو نفر باعتبار تولد (مستقیم یا غیر مستقیم) یکی از دیگری و یا تولد (مستقیم یا غیر مستقیم) آن دو از یک نفر بوجود می‌آید. قرابت مزبور باعتبار همخون بودن افراد با یکدیگر در نظر گرفته شده است.

قرابت نسبی چنانکه از تعریف بالا معلوم است بر دو نوع میباشد:

الف– قرابتی که از تولد یکی از دیگری بوجود می‌آید که تشکیل خط مستقیم میدهد، هر چند بین آنان چند نفر فاصله باشد، مانند قرابت شخص با پدر و جد و جد جد هر چه بالا رود، که آن را خط مستقیم صعودی گویند، و قرابت شخص با اولاد یا اولاد اولاد هرچه پائین رود، که آن را خط مستقیم نزولی نامند.

ب– قرابتی که بسبب تولد دو نفر از یک منشأ موجود میشود، اگر چه بین آن دو با منشأ فاصله باشد، مانند قرابت دو برادر که بوسیلهٔ ابوین یا پدر یا مادر بیکدیگر متصل میشوند، و یا قرابت دو پسر عمو که بوسیلهٔ جد بیکدیگر متصل میگردند. این قرابت را میتوان بوسیلهٔ یک مثلث نمایاند. خویشاوندی مزبور را قرابت بخط اطراف نامند. رابطهٔ خویشاوندی در هر یک از دو قسم بالا ممکن است ابوینی باشد و ممکن است ابی یا امی باشد.

تقسیم قرابت بخط مستقیم و خط اطراف در حقوق اروپا بکار رفته است. فقهای امامیه تقسیم مزبور را بصورت دیگری بیان نموده‌اند که ذیلا متذکر میگردد:

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۳

اقربای نسبی عبارتند از:

الف– اصول– و آن عبارت است از پدر و مادر و جد و جده هر چه بالا رود، و آن همان قرابت عمودی صعودی میباشد.

ب– فروع یا فصول– و آن عبارت است از اولاد و اولاد اولاد هر قدر پائین رود، و آن همان قرابت عمودی نزولی است.

ج– حواشی– و آن عبارت است از برادر و خواهر و اولاد آنها، عمو و عمه و دائی و خاله و اولاد آنها، و آن همان قرابت اطراف است.

فقهای امامیه تقسیم قرابت را بطریق بالاـ در کتاب نکاح بکار برده‌اند و بوسیلهٔ آن بزبانی ساده کسانی که نکاح آنان با یکدیگر ممنوع است بیان کرده‌اند، میگویند: یحرم علی الانسان اصوله و فصوله و فصول اول اصوله و اول فصل من کل اصل بعده.

طبقات قرابت-

قانون مدنی قرابت را بطریق بالا تقسیم ننموده و تقسیم دیگری را که بتقسیم طبقات سه‌گانه ارث نامیده میشود بکار برده است. در ماده «۸۶۲» (در باب دوم در ارث) متذکر شده و در ماده «۱۰۳۲» (در کتاب قرابت) آن را تکرار نموده است.

ماده «۱۰۳۲» قانون مدنی: «قرابت نسبی بترتیب طبقات ذیل است:

طبقه اول- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد.

طبقه دوم- اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها.

طبقه سوم- اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها ...»

چنانکه گذشت تشخیص درجه قرابت بطریق بالاـ در تقسیم ارث بکار میرود. برای آنکه بسادگی بتوان درجهٔ خویشاوندی بازماندگان متوفی را دانست، باید متوفی را مانند مرکز دائره فرض کرد و خویشاوندان را مانند دائره در اطراف آن طبق ماده مزبور قرار داد. بنابراین سه دائره فرضی خواهیم داشت که باعتبار قرب و بعد آن از مرکز، طبقات سه‌گانه را مینمایاند.

تقسیم اول چون متناسب با کتاب نکاح میباشد لذا مقتضی آن بود که در کتاب

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۴

قرابت تقسیم مزبور بکار رود و تقسیم طبقات سه‌گانه بکتاب ارث اختصاص داده شود.

باری چون در کتاب قرابت تقسیم طبقاتی در نظر گرفته شده بشرح آن مبادرت میشود.

تقسیم طبقاتی منحصراً بر پایه همخونی قرار نگرفته و نزدیکی خویشاوندان بیکدیگر تنها مبنای آن نمیباشد، بلکه درجه محبت و علاقه خویشاوندان بیکدیگر از نظر عادات اجتماعی نیز در نظر گرفته شده است.

درجات قرابت-

اشاره

چنانکه در ذیل ماده «۱۰۳۲» ق. م تصریح شده: «...

در هر طبقه درجات قرب و بعد قرابت نسبی بعدهٔ نسلها و در آن طبقه معین میگردد، مثلا در طبقهٔ اول قرابت پدر و مادر با اولاد در درجه اول و نسبت باولاد اولاد در درجه دوم خواهد بود و هکذا در طبقه دوم قرابت برادر و خواهر و جد جده در درجهٔ اول از طبقهٔ دوم و اولاد برادر و خواهر و جد و پدر در درجهٔ دوم از طبقه دوم خواهد بود و در طبقهٔ سوم قرابت عمو و دائی و عمه و خاله در درجه اول از طبقه سوم و درجه اولاد آنها در درجهٔ دوم از آن طبقه است». بنابراین هر طبقه دارای درجات مختص بخود میباشد.

تبصره- درجات قرابت در حقوق جدید-

اشاره

چنانکه ماده «۷۳۵- ۷۳۸» قانون مـدنی فرانسه متـذکر است، قرب و بعد خویشاوندان بیکدیگر از روی درجات احتساب میشود و هر درجه عبارت از یک نسل است.
احتساب درجات خویشاوندی در هر یک از خط عمودی و خط اطراف:

الف- درجات خویشاوندی در خط عمودی-

احتسـاب درجات خویشاونـدی در خط عمودی بسـیار ساده است و هر نسـلی درجـهٔ محسوب میشود، مثلا خویشاونـدی پـدر و پسر نسبت بیکدیگر در درجهٔ اول است و خویشاوندی نوه و جد او با یکدیگر در درجه دوم و خویشاوندی نتیجه و جد او در درجه سوم و همچنین هر چه بر نسلها افزوده شود بر عدهٔ درجات افزوده می گردد.

ب- درجات خویشاوندی در خط اطراف-

احتساب درجات خویشاونـدی در خط اطراف بدین نحو است که منشأ مشترک را در حساب نمیآورند و مجموع نسـلهای هر یک از دو خط، درجه خویشاوندی میباشد، مثلا خویشاوندی بین دو برادر، در درجه
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۵
دوم است (منشأ مشترک که پدر باشد بحساب نیامده است) خویشاوندی عمو و برادر زاده در درجه سوم و خویشاوندی دو عموزاده یا دو خاله زاده در درجه چهارم میباشد. در قوانین و آئین‌نامه‌ها عموماً احتساب درجات خویشاوندی بطریق طبقات سه‌گانه میباشد و در بعض قوانین و آئین‌نامه‌ها مخصوصاً آنهائی که از زبان بیگانه ترجمه شده، طریقه حقوق جدید بکار رفته است.

۲- قرابت سببی

قرابت سـببی عبـارت از خویشاونـدی است که باعتبـار زنـاشوئی ایجـاد میشود، ماننـد خویشاونـدی هر یک از زوجین با اقربای نسبی دیگری. در قرابت سببی فرق بین نکاح دائم و منقطع موجود نیست. ماده «۱۰۳۳» ق. م میگوید: «هر کس در هر خط و بهر درجه که با یک نفر قرابت نسبی داشـته باشد، در همان خط و بهمان درجه قرابت سـببی با زوج یا زوجهٔ او خواهد داشت. بنابراین پدر و مادر زن یک مرد، اقربای درجه اول آن مرد و برادر و خواهر شوهر یک زن، از اقربای سببی درجه دوم آن زن خواهند بود».
سزاوار آن بود که در اقربای سـببی نیز، تقسـیم بطبقات سه‌گانه و هر یک بـدرجات چنانکه در اقربای نسبی است، بعمل آیـد، بـدین طریق که طبقـهٔ اول عبارت باشد از پدر و مادر و اولاد هر یک از زوجین نسـبت بدیگری، طبقه دوم عبارت باشد از اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها از هر یک از زوجین نسبت بدیگری، طبقه سوم عبارت باشد از عمو و عمه و خاله و دائی و اولاد آنها از هر یک از زوجین نسـبت بـدیگری. چنانکه در بسـیاری از قوانین این طریق دیـده میشود، مانند شق اول ماده «۱۰۶» آئین دادرسی مدنی «۱- باشخاصـی که بـا مأمور قرابت سـببی یا نسبی تا درجه سوم از طبقه دوم داشـته باشـند ...» و شق دوم ماده «۲۰۸» قانون آئین دادرسی مدنی: «۲- وقتی که دادرس یا زوجه او یا یکی از اصحاب دعوی قرابت نسبی یا سببی تا درجهٔ سوم از طبقه دوم دارند ...».
بنظر میرسد در مثالی که برای توضـیح در ذیل ماده «۱۰۳۳» ق. م بیان گردیـده که میگویـد (برادر و خواهر شوهر یک زن از اقربای سببی درجه دوم آن زن خواهند بود) اشتباه روی
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۶
داده است، زیرا برادر و خواهر نسبت بشوهر طبق تقسـیم طبقاتی از اقربای درجه اول از طبقه دوم میباشند، چنانکه ذیل ماده «۱۰۳۲» قانون مـدنی نیز باین امر تصـریح مینمایـد و میگویـد: «... برادر و خواهر و جـد جده در درجه اول از طبقه دوم ...» نه آنکه در درجه

دوم قرار گیرنـد. بلی طبق قـانون مـدنی فرانسه برادر و خواهر در درجه دوم میباشـند. تصور میرود اشـتباه از همین اختلاـط دو طریق روی داده باشد. ممکن است گفته شود قانون مدنی در اقربای سـببی روش خود را تغییر داده و پیروی از حقوق جدید نموده چنانکه از کلمـهٔ (خط) که در اول ماده اسم برده معلوم میگردد و منظور از آن همان خط عمودی و اطراف باشد، لذا در مثال برادر و خواهر شوهر یک زن را از اقربای سـببی درجه دوم بشـمار آورده است. اگر چنین است این طریق تقسـیم قرابت در قوانین مدنی بکار نرفته است.

باری خویشاوندان سببی هر یک از زوجین از اقربای دیگری شناخته نشده است، بنابراین شخص با شوهر خواهر زن و همچنین با زن برادر خود هیچ گونه قرابتی ندارد.

۳- قرابت رضاعی

اشاره

قرابت رضـاعی عبـارت از خویشاونـدی است که بین دو نفر در اثر شـیر خـوردن یکی از دیگری و یـا شـیر خـوردن دو نفر از یک شخص حاصـل میگردد، ماننـد خویشاونـدی بیـن مـادر رضـاعی و طفـل و خویشاونـدی بیـن دو برادر رضـاعی که شـیر یـک نفر را خورده‌اند.

شرح قرابت رضاعی به پیروی از قانون مدنی در موانع نکاح بیان میگردد.

با آنکه قرابت رضاعی در قانون مدنی ایران در ردیف قرابت نسبی و سـببی از موانع نکاح بشـمار آمده، قانون مدنی آن را در کتاب قرابت از اقسام قرابت بشمار نیاورده است.

قـانون مـدنی در کتـاب قرابت فقط اقسام و همچنین طبقات و درجات خویشاونـدان را با یکـدیگر بیان نموده و احکام آن را ساکت گذارده است.

اینک احکام و آثار قرابت که در موارد مختلفه مذکور است بطور کلی متذکر میگردد.

احکام قرابت بر پنج دسته‌اند:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۷

۱- توارث-

احکام توارث را قانون مدنی در باب ارث از مادهٔ «۸۶۱» ببعد بیان کرده است.

۲- موانع نکاح-

موارد حرمت نکاح با اقارب را قانون مدنی در باب نکاح بیان نموده است.

۳– انفاق–

قانون مدنی احکام نفقه زن را در کتاب نکاح و نفقهٔ اقارب را در کتاب خانواده ذکر کرده است.

۴– تابعیت–

قانون مدنی احکام آن را در کتاب تابعیت بیان کرده است.

۵– نام خانوادگی–

قانون مدنی احکام آن را در کتاب اسناد سجلی ذکر نموده است:
بیان احکام مختلفه قرابت در ابواب مربوطه بطور مشروح، موردی برای جمع‌آوری آنها در کتاب قرابت باقی نمیگذارد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۸

کتاب هفتم– در نکاح و انحلال آن

تعریف نکاح

نکاح عبارت از رابطهٔ حقوقی است که بوسیلهٔ عقد بین مرد و زن حاصل میگردد و بآنها حق میدهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند.
تعریفی که حقوقیین جدید از نکاح مینمایند بآنکه: نکاح رابطه‌ایست بین زن و مرد برای تشکیل خانواده، میتواند تعریف نکاح دائم که در قوانین کشورهای دیگر شناخته شده است قرار گیرد، ولی شامل نکاح منقطع که یکی از اقسام نکاح در حقوق مدنی ایران است نمیشود، بدین جهت از تعریف مشهور صرفنظر گردید. رابطهٔ مزبور بوسیلهٔ توافق اراده (قصد و رضا) طرفین بوجود می‌آید، زیرا افراد طبیعتاً در ایجاد رابطهٔ زناشوئی آزاد هستند و میتوانند برای همیشه مجرد بمانند، همچنانکه میتوانند با هر کس بخواهند زناشوئی کنند. قانون رابطهٔ مزبور را شناخته و آثار حقوقی مخصوصی از نظر اخلاقی و اجتماعی بر آن مترتب ساخته است.
نکاح نیز دارای معنای دیگری است و آن عبارت است از عقدی که بوسیلهٔ آن وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین (رابطهٔ زوجیت) بوجود می‌آید.
نکاح در حقوق موضوعه کشوری یک عقد مدنی بشمار میرود و باعتبار جنبهٔ عمومی که در بر دارد دست آزادی اراده تا حدودی که منافات با آن دارد کوتاه گردیده است، ولی از نظر افکار عمومی موقعیت مذهبی خود را که در ادوار متمادی دارا بوده از دست نداده است نکاح در حقوق مدنی ایران کاملًا از حقوق امامیه اقتباس شده است.
در حقوق مدنی نکاح از حقوق غیر تشریفاتی بشمار میرود و بایجاب و قبول زوجین که دلالت بر قصد و رضای آنان بنماید منعقد میشود و عدم ثبت آن در دفتر ازدواج چنانکه بعداً
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۶۹
بیان میگردد تأثیر در انعقاد نکاح ندارد.
عقد نکاح مانند عقود دیگر دارای شرایط اساسی است که با فقدان یکی از آن شرایط نکاح محقق نمیگردد.
قانون مدنی ایران دو قسم نکاح شناخته است: یکی دائم و دیگری منقطع. هر یک از نکاح دائم و منقطع دارای وضعیت حقوقی مختلف و شرائط و احکام متفاوت است و بوسیله اسباب مختص بخود منحل میگردد. اگر چه در موانع نکاح با یکدیگر مشترک

میباشند بنظر رسید که برای سهولت فرا گرفتن آنها در دو باب گفتگو شود:

باب اول- نکاح دائم و طلاق باب دوم- نکاح منقطع و انقضاء، و بذل مدت

باب اول – نکاح دائم و طلاق

اشاره

باب مزبور در دو مبحث بیان میگردد:

مبحث اول- نکاح دائم مبحث دوم- طلاق

مبحث اول – در نکاح دائم

اشاره

نکاح دائم عبارت از رابطه حقوقی است که بوسیلهٔ عقد بین زن و مرد برای همیشه حاصل میگردد و بآنها حق میدهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند. باعتبار همیشگی بودن نکاح مزبور بآن دائم نام نهاده شده است. بر خلاف نکاح منقطع که برای مدت معینی ایجاد رابطهٔ زناشوئی میکند و بدین جهت منقطع مینامند.

قبل از آنکه نکاح منعقد گردد مقدماتی که بیشتر جنبهٔ عادات را دارا است بین زن و شوهر آینده بعمل می‌آید و ان خواستگاری نام دارد که شرح آن در مقدمه ذیل بیان میشود.

مقدمه – در خواستگاری

اشاره

خواستگاری عبارت است از پیشنهاد زناشوئی از طرف مرد نسبت بزنیست که بتواند با او ازدواج نماید. هر مردی که بتواند ازدواج کند میتواند از زنی که مانع قانونی بر این امر ندارد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۰

خواستگاری نماید. ماده «۱۰۳۴» قانون مدنی میگوید: «هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد میتوان خواستگاری نمود».

خواستگاری نمودن از زنی که مانع قانونی برای ازدواج دارد، مانند زن شوهر دار یا زنی که در عده رجعیه است بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی میباشد. خواستگاری از چنین زنی را قانون مدنی اجازه نداده است، زیرا خواستگاری مرد اجنبی از زن شوهردار، اگر چه برای ازدواج پس از انحلال نکاح با شوهر خود باشد، موجب بدرفتاری او با شوهرش میگردد و زنی که در عده رجعیه است مانند زوجه است.

بنظر میرسد خواستگاری از دختری که قابلیت صحی برای ازدواج را دارا نباشد نمیتوان نمود، اگر چه منظور مرد از خواستگاری پیشنهاد ازدواج پس از رسیدن بسن قانونی باشد، زیرا این امر علاوه بر آنکه موجب فساد اخلاق دختر میگردد ماده بطور مطلق میگوید، از زنی که خالی از موانع نکاح باشد میتوان خواستگاری نمود و منظورش آنست که در حین خواستگاری بتواند با او ازدواج نماید. اگر چه میتوان گفت که منظور ماده نبودن مانع نکاح در زمانی است که وعده ازدواج آن را میدهند. بنابراین

خواستگاری از زنی که در عده طلاق بائن و همچنین دختری که قابلیت صحی برای ازدواج را ندارد میتوان نمود.

۱- نامزدی

در صورتی که از طرف مردی نسبت بزنی خواستگاری شود که بعداً با او ازدواج نماید و زن موافقت کند، آن را در اصطلاح عرف نامزدی گویند و هر یک از آن دو نامزد دیگری خوانده میشود.
پیشنهاد زناشوئی از طرف مرد و موافقت زن با این امر ایجاد تعهد بانعقاد زوجیت نمیکند همچنانی که موجب پیدایش علقهٔ زوجیت نمیگردد، بلکه نامزدی وعدهٔ ازدواج است که تعهد اخلاقی ایجاد مینماید.
در صورتی که خواستگاری مبنی بر اشتباه در شخص طرف یا مبنی بر تدلیس یا اکراه باشد غیر نافذ است. راجع باین امر مادهٔ در قانون مدنی موجود نیست، ولی میتوان آن را از مواد مربوطهٔ بتعهدات استنباط نمود، زیرا وعده درجهٔ ضعیف از تعهد بشمار میرود که وعده دهنده میتواند آن را بر هم زند. نامزدی مدت ندارد و مادام که یکی از زوجین آن را بر هم نزده است
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۱
باقی خواهد بود. این است که مادهٔ «۱۰۳۵» قانون مدنی میگوید: «وعدهٔ ازدواج ایجاد علقهٔ زوجیت نمیکند اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخته شده باشد. بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده میتواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمیتواند به هیچ‌وجه او را مجبور بازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبهٔ خسارتی بنماید».

۲- بر هم زدن نامزدی و آثار آن-

طبق صریح مادهٔ بالا- هر یک از نامزدها میتواند از وصلت امتناع کند، خواه این امر علت موجه داشته یا بدون علت موجه باشد. بدستور ذیل مادهٔ «۱۰۳۵» قانون مدنی طرف دیگر نمیتواند به هیچ‌وجه او را مجبور بازدواج نماید، زیرا وعدهٔ ازدواج تعهد بآن نمیباشد. نامزدها میتوانند بوسیلهٔ قرارداد خصوصی تعهد نمایند که هر کدام از انعقاد نکاح امتناع کند وجه التزام معینی را بطرف دیگر بپردازد، در این صورت آنان ملزم هستند طبق تعهدی که کرده‌اند رفتار نمایند، زیرا قراردادهای خصوصی طبق مادهٔ «۱۰» قانون مدنی در صورتی که مخالف صریح قانون یا اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد صحیح است و قرارداد مزبور بر خلاف هیچ‌یک از آنها نمیباشد و قانون نیز بطلان آن را در مورد نکاح اعلام نداشته است. قانون مدنی بعضی از کشورها مانند سویس و فرانسه اینگونه قرارداد را بلا اثر میداند، زیرا بر آنست که بوسیلهٔ قرار دادن وجه التزام برای نامزد ممتنع از انعقاد نکاح، غیر مستقیم اجبار بانعقاد نکاح میشود و حال آنکه هر یک از زوجین تا آخرین فرصت باید از آزادی ارادهٔ خود برخوردار گردد و بدین جهت وکالت در نکاح را اجازه نداده‌اند. بنظر میرسد که مرد و زن میتوانند با یکدیگر تعهد بازدواج نمایند و تعهد مزبور طبق مادهٔ «۱۰» قانون مدنی منعقد گردیده و الزام‌آور میباشد، زیرا تعهد بنکاح مانند تعهد بانجام معاملات است و چنانچه نامزد متعهد بمیل خود آن را انجام ندهد از طرف دادگاه الزام بانجام میگردد و هرگاه امتناع نماید بوسیلهٔ مأمور دادگاه عقد ازدواج منعقد میگردد.

۳- خسارات ناشیه از بر هم زدن نامزدی-

اشاره

امتناع یکی از نامزدها از وصلت، صرفاً

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۲
موجب توجه خسارت بطرف دیگر نمیگردد، اگر چه امتناع از طرف مرد باشد، بدین جهت ذیل ماده «۱۰۳۵» ق. م مطالبهٔ خسارت را در اثر صرف امتناع منع نموده است. اما در صورتی که در اثر امتناع یکی از نامزدها از وصلت، خسارتی بطرف دیگر وارد شده باشد، مانند هزینه‌هائی که در اثر نامزدی یکی از زوجین مقدمهٔ برای ازدواج نموده، از قبیل اجاره کردن خانه، تهیه وسائل زندگانی، خرید جهیزیه و امثال آن، برای مطالبه جبران آن باید علت امتناع نامزد را جستجو نمود و آن بیکی از دو صورت است:

الف– امتناع نامزد از وصلت علت موجهی دارد

در صورتی که وضعیت نامزد دیگر موجب بر هم زدن وصلت باشد (مانند آنکه محقق گردد که نامزد دیگر با شخص اجنبی رابطهٔ جنسی داشته یا محکومیت کیفری دارد و یا وضعیت اجتماعی که باتکاء آن خواستگاری شده بر خلاف در آید) کسی که وصلت را بر هم زده مسئول پرداخت خسارات طرف خود نمیباشد، زیرا او سبب توجه خسارت شناخته نمیشود، بلکه سبب آن امر، پنهان داشتن وضعیت اخلاقی یا مالی از طرف نامزد دیگر بوده است، بنابراین خود سبب توجه خسارات بخود میباشد.

ب– امتناع نامزد از وصلت علت موجهی ندارد

اشاره

در صورتی که امتناع‌کننده از وصلت عصبانی و بد خلق و یا دارای سوء ظن است و در اثر این حالت وصلت با نامزد خود را بر هم زده است، بدون علت موجه میباشد و کسی که نامزدی را بر هم میزند باید خسارت نامزد دیگر را که در اثر وعدهٔ ازدواج متحمل شده بدهد، زیرا او سبب توجه خسارت بطرف خود شده است: ماده «۱۰۳۶» ق. م میگوید: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی بهم بزند درحالی‌که طرف مقابل یا ابوین او یا اشخاص دیگر باعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند طرفی که وصلت را بهم زده است باید از عهدهٔ خسارات وارده بر آید ولی خسارات مزبور فقط مربوط بمخارج متعارفه خواهد بود». (مادهٔ مزبور از ماده «۹۲» قانون مدنی سویس با تغییرات کوچکی اقتباس شده است) در فرض بالا چند امر مورد مطالعه قرار میگیرد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۳

یک– کسانی که میتوانند مطالبهٔ خسارت بنمایند

قانون مدنی در ماده بالا کسانی که میتوانند در اثر بر هم زدن نامزدی از کسی که امتناع از وصلت کرده خسارت بخواهند سه دسته نموده است: طرف مقابل، ابوین او، اشخاص دیگر.
منظور از اشخاص دیگر کسانی هستند که در امر ازدواج مداخله مستقیم داشته‌اند مانند، ولی، قیم و یا کسانی که در نبودن ابوین وسائل ازدواج نامزدها را فراهم کرده‌اند، مانند عمو، برادر و امثال آنها و الا- نامزدی که وصلت را بر هم زده مسئول خسارت اشخاص دیگر که برای عروسی لباس تهیه کرده‌اند و در اثر امتناع از وصلت متضرر شده نمیباشند، زیرا عرفاً او سبب خسارت مزبور شناخته نمیشود.

دو– خساراتی که میتوان مطالبه نمود–

اشاره

ماده «۱۰۳۶» قـانون مـدنی مخـارج متعـارفی را که اینـان باعتمـاد وقوع ازدواج نموده‌انـد قابـل مطالبه دانسـته است. منظور از مخارج متعارفی هزینه‌های لازمی است که باعتبار شخصـیت خانوادگی برای ازدواج مینماینـد از قبیل اجاره کردن خانه، تهیه وسایل زندگیماننـد دوختن لباس و امثال آن که هرگاه امر ازدواج نمیبود چنین هزینه‌ای را نمینمودند و در اثر بر هم زدن وصـلت آن وسائل مورد اسـتفاده منظور قرار نمیگیرنـد و بقیمت کمتر باید بفروشـند. اما مخارج غیر متعارف از قبیل مهمانیهای معارفه و آشـنائی، مسافرتهای تفریحی و امثال آن قابل مطالبه نمیباشد، زیرا این امور زوائدی هستند که عرف هم لازم نمیداند و مستقیماً نامزدی سبب نشده است.

تبصره- خسارت معنوی-

خسارت معنوی ناشی از امتناع وصلت بر دو قسم است:

الف- تأثرات روحی که برای نامزد دیگر در اثر امتناع از وصلت نامزد حاصل شده است.

ب- هتـک احترام اجتمـاعی نـامزد که در اثر امتنـاع طرف دیگر از وصـلت باو متوجه شـده است از قبیل افتادن سـر زبانها و نزدیک نشدن دیگری برای ازدواج با او و امثال آن.

در قانون مدنی ایران مادهٔ صریحی که این گونه خسارت معنوی را بتوان مطالبه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۴

نمود موجود نیست. بنظر میرسـد که انصاف و عدالت قضائی نمیتواند آنها را بدون جبران پندارد. بنابراین چنانچه نتوان از روح مواد بطـور کلی اینگونه خسـارات را مورد حکم قرار داد، بایـد نقص قـانونی را در جـبران خسـارت معنوی بوسـیله وضع قـانون جدیـدی برطرف نمود. ماد «۹۳» قانون مـدنی سویس اجازه مطالبه این گونه خسارات را داده است و بـدادرس اجازه میدهـد که بتواند آن را بپول با توجه باوضاع و احوال امر تقویم نماید.

آنچه در خسـارت معنوی گفته شـد، در صورتی است که آن امر موجب خسـارت مادی نگردد، و الا هرگاه این امر موجب خسارت مادی شود، چنانچه از مواد مربوطه بتسبیب اسـتنباط میشود، نامزدی که بدون علت موجه امتناع از وصـلت نموده مسئول آنست، مثلا نامزدی که در اثر امتناع طرف از وصـلت دچار تأثرات روحی شـده و در نتیجهٔ آن به بیماری عصبی یا غیر آن مبتلا شود و مخارجی برای مداوای آن تحمل کند، خسارت مزبور را نامزدی که وصلت را بدون علت موجه بر هم زده است خواهد پرداخت.

سه- استرداد هدایائی که در دوران نامزدی داده شده است-

ماده «۱۰۳۷» ق. م میگوید: «هر یک از نامزدها میتواند (اگر چه بدون علت موجه وصلت را بر هم زده باشد) در صورت بهم خوردن وصـلت منظور، هـدایائی را که بطرف دیگر یـا ابـوین او برای وصـلت منظور داده است مطـالبه کنـد. اگر عین هـدایا موجود نباشـد مسـتحق قیمت هدایائی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته میشود، مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد». آنچه یکی از نامزدهـا بـدیگری بمنظور ازدواج میدهـد، که عمومـاً مرد است و چیزهائی بزن هـدیه میکنـد، چون وصـلت بهم بخورد باید بصاحبش مسترد شود، زیرا هدیهٔ آن اشـیاء بمنظور ازدواج بوده و چون بهم بخورد علتی باقی نمیگذارد، لذا آنچه در موقع بهم زدن وصلت عین آن موجود باشد بدهندهٔ آن مسترد میشود و هرگاه عین آن موجود نباشد، آن اشیاء دو نوع است:

۱- اشیائی که عادتاً مصرف میشود مانند خوراکیها، لباس، جوراب و دستمال و امثال آن.

پس از بر هم زدن وصلت، دهنده نمیتواند عوض آن را از طرف خود بخواهد زیرا چنانکه از طبیعت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۵

این گونه اشیاء معلوم است دهنده آن را بطرف خود اباحه نموده و اجازه تلف آن را داده است.

۲- اشیائی که عادتاً نگاهداشته میشود مانند حلقهٔ نامزدی، ساعت، دستبند، شال و انگشتر و امثال آن. اینگونه اشیاء در مقابل وصلت زناشوئی بزن تملیک شده است و چون وصلت بر هم بخورد معلوم میشود که معامله فاقد علت بوده است. بنابراین چنانچه آن اموال در ملکیت زن باقی بماند دارا شدن غیر عادلانه و بدون علت قانونی خواهد بود، لذا عین آنچه موجود است بصاحبش مسترد میگردد، و نسبت ببدل آنچه موجود نیست از مثل یا قیمت طرف مسئول است، مگر آنکه بدون تقصیر او تلف شده باشد.

تبصره- هرگاه نامزدی که بدون عذر موجه از وصلت امتناع نموده بمیرد، دعوی خسارت مانند مطالبات دیگر متوفی ممکن است بطرفیت وارث او اقامه گردد، زیرا با امتناع از وصلت مسئولیت پرداخت خسارت بوجود می‌آید و مانند دیون دیگر او است.

بنابراین چنانچه یکی از نامزدها امتناع از وصلت بنماید و پس از چندی بمیرد کسانی که از این امر متضرر شده‌اند میتوانند در حدود مقررات مربوطه بمطالبه دین از متوفی، بطرفیت ورثهٔ نامزد مزبور اقامه دعوای خسارت بنمایند. همچنین است نسبت باسترداد هدایائی که داده شده هرگاه عین آنها موجود میباشد و مثل یا قیمت آنها هرگاه عین آنها موجود نباشد.

چهار – انحلال نامزدی در اثر فوت یکی از نامزدها–

در صورتی که وصلت در اثر فوت یکی از نامزدها بهم بخورد، عین هدایائی که موجود است مسترد میگردد، اما قیمت هدایائی که یکی از نامزدها بدیگری داده و نزد او موجود نیست مطالبه نخواهد شد، اگر چه در اثر تقصیر او تلف شده باشد، این است که ماده «۱۰۳۸» قانون مدنی میگوید: «مفاد ماده قبل از حیث رجوع بقیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها بهم بخورد مجری نخواهد بود». ولی آنچه بعنوان مهریه داده شده باشد مسترد میشود.

پنج– مرور زمان دعاوی ناشی از بهم خوردن وصلت–

طبق ماده «۱۰۳۹» ق. م: «مدت مرور زمان دعاوی ناشی از بهم خوردن وصلت منظور، دو سال است و از تاریخ بهم خوردن آن محسوب میشود». منظور ماده از دعاوی ناشی از بهم خوردن وصلت، دعوی مطالبهٔ خسارت و همچنین دعوی استرداد عین و یا قیمت هدایائی است که یکی از نامزدها

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۶

بدیگری داده است. اما راجع بآنچه ممکن است بعنوان مهر بزن یا ابوین او قبلا داده شده باشد، بنظر میرسد که دعوی استرداد نسبت بآن مشمول مرور زمان دعاوی عمومی خواهد بود، زیرا ماده بالا منصرف از آن است و نمیتوان بوسیلهٔ تعبیر خشک باطلاق ماده استناد جست و آن را مشمول مرور زمان دوساله دانست.

مفاد مواد فوق از قانون مدنی سویس اقتباس شده است.

خاتمه– جلوگیری از وصلت کسانی که دارای بیماریهای واگیر میباشند–

از نظر بهداشت عمومی بدستور ماده «۱۰۴۰» ق. م: «هر یک از طرفین میتواند برای انجام وصلت منظور از طرف مقابل تقاضا کند که تصدیق طبیب بصحت از امراض مسریهٔ مهم از قبیل سفلیس و سوزاک و سل ارائه دهد». با توجه باطلاق مادهٔ بالا فرقی نمینماید تصدیق صحت مزاج از مرد خواسته شود یا از زن، ازدواج کرده باشد یا نکرده باشد.

امر مزبور چون کافی برای جلوگیری از سرایت امراض واگیری نبود، زیرا عموماً از نظر رعایت نزاکت هیچیک از طرفین گواهی صحت مزاج برای وصلت از طرف دیگر نمیخواست، لذا در ماده «۲» قانون لزوم ارائه گواهینامهٔ پزشک قبل از ازدواج، مصوب آذرماه «۱۳۱۷» مقرر گردید که: «کلیه دفاتر ازدواج مکلفند که قبل از وقوع ازدواج از نامزدها گواهی نامهٔ پزشک را بر نداشتن

امراض مسریهٔ مهم که نوع آنها از طرف وزارت دادگستری معین و اعلام میگردد مطالبه نموده و پس از بایگانی بعقد و ازدواج و ثبت آن با قید موجود بودن گواهی پزشک بر تندرستی نامزدها اقدام نمایند.
تبصره- دختران از داشتن گواهینامه پزشک در قسمت امراض زهری معاف هستند».
ولی نسبت بامراض واگیری دیگر از قبیل سل باید گواهی‌نامه بدهند.

قسمت اول – در شرائط اساسی نکاح

اشاره

عقد نکاح یکی از عقود معینه بشمار میرود و باعتبار جنبهٔ عمومی را که در بر دارد آزادی اراده در آن نقش مهمی بازی نمینماید. برای آنکه عقد نکاح محقق گردد، شرائط معینه باید موجود باشد. شرائط مزبور بر دو قسمند: شرائط زوجین. شرائط عقد نکاح.

۱- شرایط زوجین-

اشاره

شرائط مزبور نیز دو دسته‌اند: شرائط مثبت و شرائط منفی.

۱- شرائط مثبت

اشاره

شرائط مثبت عبارتند از دو جنس بودن زوجین و قابلیت صحی برای ازدواج.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۷

فصل اول – دو جنس بودن زوجین

دو جنس بودن زوجین یکی از شرائط اساسی صحت نکاح است و از نظر آنکه این امر مسلم میباشد در قانون مدنی تصریح بآن نشده است و قوانین کشورهای دیگر نوعاً نیز تصریح بآن ننموده‌اند. از نظر قضائی این امر در صورتی مورد گفتگو قرار میگیرد که یکی از زوجین فاقد آلت مخصوص بجنس خود باشد و ساختمان آن طوری باشد که جنسیت منظور را دارا نباشد و طرف دیگر بعنوان نبودن طرف او از جنس خاص اقامه دعوی و اعلام بطلان نکاح را از دادگاه بخواهد و برای اثبات ادعای خود بگواهی پزشکان استناد جوید. دادرس در مورد لزوم میتواند بدرخواست خواهان از نظر کارشناسی پزشکان استفاده نماید و طبق آن رأی صادر کند. از نظر قضائی دادرس باستناد ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی که میگوید:
«... هرگاه اصلا قانونی در قضیه مطروحه موجود نباشد باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نماید» و از مسائل مسلم عرف اجتماع است که زناشوئی بین دو جنس محقق میگردد و ازدواج بین دو نفر از یک جنس، علاوه بر آنکه شناخته نشده بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی میباشد، و جامعه بنظر نفرت و انکار بآن مینگرد. رأی صادر نماید بنابراین سر دفتر ازدواج پس از مراجعه طرفین، اختلاف جنسیت بین زوجین را در نظر میگیرد و تشخیص آن بوسیله شناسنامه خواهد بود و مادام که خلاف آن ثابت نگردد طبق مفاد شناسنامه رفتار میشود. بنابراین خنثی مشکل (کسی که هیچ‌یک از علائم مرد بودن و یا زن بودن در او بر علامت دیگر غالب نباشد) نمیتواند با کسی ازدواج نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۸

فصل دوم- در قابلیت صحی برای ازدواج

اشاره

فصل مزبور دارای دو قسمت است: قابلیت صحی برای ازدواج. اجازه ولی در نکاح

قسمت اول- قابلیت صحی برای ازدواج

اشاره

منظور از قابلیت صحی برای ازدواج دارا بودن استعداد جسمانی هر یک از زن و شوهر آینده برای روابط جنسی و عواقب مترتبهٔ بر آن میباشد. قانون مدنی یکی از شرایط نکاح را قابلیت صحی زوجین قرار داده است تا موجب اختلال سلامتی آنان نشود، زیرا نزدیکی کسی که قابلیت صحی ندارد موجب بیماری جسمی و عصبی او میگردد و چنانچه زن باشد ممکن است دچار وضع حمل غیر عادی شود.

سنی که افراد قابلیت صحی برای ازدواج پیدا مینمایند باعتبار طبیعت در هر یک متفاوت است، چنانکه بعضی افراد زودتر و بعضی دیرتر آن را بدست می‌آورند که آن قابلیت حقیقی طبیعی است، ولی قانون برای یک‌نواخت ساختن آن در تمامی افراد و آزاد نگذاردن در تشخیص، با توجه بمحیط و طبیعت افراد، سنی را برای آن معین نموده که سن قانونی ازدواج نامند. سن مزبور در ذکور ۱۸ سال تمام و در اناث ۱۵ سال تمام میباشد. قسمت اول ماده «۱۰۴۱» ق. م میگوید: «نکاح اناث قبل از رسیدن بسن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن بسن ۱۸ سال تمام ممنوع است ...».

سنی که قانون برای قابلیت صحی ازدواج معین نموده، غیر از سن رشد است که هیجده سال تمام در اناث و ذکور میباشد، زیرا سن رشد باعتبار نمو قوای دماغی است که صغیر با رسیدن بآن سن، از محجوریت خارج میشود و میتواند در اموال و حقوق مالی خود تصرف نماید و به هیچوجه قابلیت صحی و مزاجی در سن رشد در نظر گرفته نشده است.

ماده «۱۲۰۹» ق. م. میگوید: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۷۹

رشید است. مع ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود». بدین جهت هرگاه حکم رشد کسی بعد از ۱۵ سال از دادگاه صادر شود نمیتواند ازدواج نماید مگر آنکه باستناد ماده «۱۰۴۱» ق. م معافیت از شرط سن برای ازدواج از دادگاه بدست آورد همچنین در موردی که بپسری یا دختری معافیت از شرط سن داده شود رشید محسوب نمیگردند و مادام که بسن رشد نرسند و یا حکم رشد آنها از دادگاه صادر نگردد نمیتوانند در اموال و حقوق مالی خود تصرف نمایند.

معافیت از شرط سن ازدواج-

اشاره

قانون مدنی چنانکه گذشت سن ازدواج را در اناث ۱۵ سال تمام و در ذکور ۱۸ سال تمام تعیین نموده و قبل از رسیدن بسن معین نکاح آنان را ممنوع کرده است، مع ذلک بدستور قسمت دوم ماده «۱۰۴۱» ق. م:

«... در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثناء معافیت از شرط سن اعطا شود، ولی در هر حال این معافیت نمیتواند باناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و بذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

مصالحی که قبل از سن قانونی ازدواج موجب اعطاء معافیت از شرط سن میگردد بر دو دسته‌اند:

الف- مصالح اجتماعی-

مصالح اجتماعی عبارت از مصالحی است که از نظر اخلاق و عادات مورد رعایت قرار میگیرد، مانند آنکه دختر قبل از رسیدن بسن ۱۵ سال تمام از مرد اجنبی حامله گردد، در این صورت برای حفظ حیثیت اجتماعی او و خانواده‌اش با گرفتن معافیت از شرط سن میتواند با مردی که از او حامله شده ازدواج بنماید. و یا آنکه وضعیت مالی دختر چندان ناگوار است که مقتضی میباشد قبل از سن معین قانونی بشوهر داده شود. این امر در دادگاهها مورد نظر قرار گرفته است، ولی بنظر میرسد که قانون ناظر بمورد مزبور نمیباشد. همچنین است در پسر چنانچه قبل از رسیدن به ۱۸ سال تمام در اثر نزدیکی با زنی آن زن حامله شود، در این صورت پسر با بدست آوردن معافیت از

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۰

شرط سن میتواند با زن مزبور ازدواج نماید.

ب- مصالح پزشکی-

مصالح پزشکی عبارت از وضعیت مزاجی و روحی دختر یا پسر است که اقتضاء مینماید قبل از سن معین قانونی ازدواج بنماید. که تشخیص آن وضعیت با پزشک متخصص است.

معافیت از شرط سن باناثی که کمتر از ۱۳ سال تمام و ذکوری که کمتر از ۱۵ سال تمام داشته باشند داده نمیشود. قانون حد اقل سنی که ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود بیان نموده و تشخیص هر مورد را آزاد نگذارده تا موجب بی‌نظمی گردد.

طریق صدور اجازه معافیت-

درخواست اعطاء معافیت صغیر از شرط سن ازدواج بوسیلهٔ ولی یا قیم از دادستان حوزه اقامتگاه صغیر بعمل می‌آید. در درخواست مزبور مصالحی که ایجاب مینماید معافیت از شرط سن بصغیر اعطاء شود ذکر میگردد. دادستان چنانچه مصالحی که بیان شده موجب اعطاء معافیت بداند بپزشک قانونی مراجعه نموده تا از جهات مزاجی صغیر را معاینه کند. پزشک از نظر قابلیت صحی برای روابط جنسی و عواقب روحی و مزاجی آن صغیر را معاینه نموده عقیدهٔ خود را کتبا بدادستان میدهد. دادستان در صورتی که نظریهٔ پزشک را موافق دید از دادگاه شهرستان درخواست اعطاء معافیت از شرط سن برای صغیر مینماید و درخواست ولی یا قیم و گواهی پزشک را بضمیمه آن بدادگاه میفرستد. دادگاه پس از رسیدگی بمصالحی که موجب درخواست معافیت شده است و تشخیص تأثیر آن، معافیت از شرط سن بصغیر اعطا مینماید.

رسیدگی دادگاه بدرخواست معافیت از شرط سن اداری است و تشخیص سن کسی که درخواست معافیت او شده است بوسیلهٔ شناسنامه بعمل می‌آید و چنانچه شناسنامه بدون تاریخ روز و ماه باشد مانند بعضی از شناسنامه‌هائی که در دفتر موالید ثبت نشده روز آخر سال حساب میشود، مثلا چنانچه در شناسنامهٔ سال تولد نوشته شده باشد ۱۳۲۲، سال ۱۳۲۲ احتساب نمیشود، زیرا برای

احراز سال تمام باید آخرین روز را در نظر گرفت چه ممکن است دارندهٔ شناسنامه در روز آخر سال متولد شده باشد.

تبصره- موضوعی که باید مطالعه شود آنست که آیا نکاح قبل از رسیدن بسن قابلیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۱

صحی برای ازدواج باطل است؟ بنظر میرسد هرگاه کسی که ازدواج مینماید (دختر یا پسر) ممیز باشد و بتواند قصد بنماید با اجازه ولی یا قیم نکاح او صحیح است، زیرا کلمه ممنوع (مذکور در ماده «۱۰۴۱» ق. م) با توجه بروش قانون مدنی که عنوان را قابلیت صحی برای ازدواج قرار داده و در ردیف موانع و شرائط صحت نکاح در فصل چهارم ذکر ننموده است، دلالت بر بطلان نمیکند.

ماده «۳» قانون ازدواج مصوب ۲۰ مردادماه ۱۳۱۰: «هر کس بر خلاف مقررات ماده «۱۰۴۱» قانون مدنی با کسی که هنوز بسن قانونی برای ازدواج نرسیده است مزاوجت کند بشش ماه الی دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد. در صورتی که دختر بسن سیزده سال تمام نرسیده باشد لااقل بدو الی سه سال حبس تأدیبی محکوم میشود و در هر دو مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس بجزای نقدی از دو هزار ریال الی ۲۰ هزار ریال محکوم گردد و اگر در اثر ازدواج بر خلاف مقررات فوق مواقعه منتهی بنقص یکی از اعضاء یا مرض دائم زن گردد، مجازات زوج از پنج الی ده سال حبس با اعمال شاقه است و اگر منتهی بفوت زن شود، مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته‌اند نیز بهمان مجازات یا بمجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم میشوند. محاکمهٔ این اشخاص را وزارت عدلیه میتواند بمحاکم مخصوصی که اصول تشکیلات و ترتیب رسیدگی آن بموجب نظامنامه معین میشود رجوع نماید و در صورت عدم تشکیل محکمه مخصوص رسیدگی در محاکم عمومی بعمل خواهد آمد». ماده مزبور صحت نکاح اشخاصی که ممیز میباشند تأیید مینماید، و چنانکه کسی که ازدواج مینماید (پسر یا دختر) ممیز نباشد ازدواج او باطل است، زیرا نمیتوانند قصد که سبب ایجاد نکاح است بنمایند. و از مواد مربوطه استنباط نمیشود که ولی مستقلًا بتواند دختر صغیر خود را شوهر دهد و یا برای پسر صغیر خود ازدواج نماید، بنابراین چنین عقدی باطل و آثار قانونی ندارد، مگر آنکه در اثر وجود مصالحی معافیت از شرط سن بدختر اعطاء شده باشد.

مسأله-

هرگاه کسی در اثر اعطا معافیت از شرط سن، ازدواج نماید و بجهتی از

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۲

جهات از قبیل فوت طرف یا فسخ، نکاح منحل گردد، نکاح مجدد او چنانچه قبل از سن ازدواج باشد، احتیاج باعطاء معافیت جدید ندارد، زیرا بکسی که معافیت. از شرط سن برای ازدواج داده میشود با توجه بوضعیت مزاجی و وجود مصالحی است و بقاء امر اخیر مادامی‌که خلافش ثابت نشود استصحاب میگردد.

قسمت دوم- اجازهٔ ولی در نکاح

1- نکاح ذکور-

عقد نکاح بین دو نامزد بوسیله توافق قصد و رضای آنها واقع میگردد. بنابراین طبق قاعده هر کس که بتواند قصد انشاء بنماید میتواند طرف عقد قرار گیرد و آن را منعقد سازد، ولی چون طبیعت نکاح از طرفی تأثیر مزاجی و روحی در شوهر دارد و از طرف دیگر تصرف در اموال را ایجاب مینماید، اگر چه نکاح دائم و مهر در آن قرار داده نشده باشد، زیرا زوج در اثر نکاح دائم مکلف بتأدیه نفقه بزوجهٔ خود میگردد و غیر مستقیم خود را متعهد بتأدیهٔ مال مینماید و صغیر نمیتواند تصرف در اموال و حقوق مالی خود بنماید اگر چه ممیز باشد. بنابراین ذکور قبل از سن رشد چنانچه ممیز باشد میتواند عقد نکاح را منعقد سازد و صحت و نفوذ آن

منوط باجازه ولی یا قیم خواهد بود. مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م میگوید: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است ...»

و طبق مادهٔ «۱۲۰۷» ق. م غیر رشید از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع است و کسی که از طرف دادگاه معافیت از شرط سن باو اعطا میگردد، رشید شناخته نمیشود، زیرا رشید شناختن صغیر طبق مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م غیر از معافیت از شرط سن است که بدستور مادهٔ «۱۰۴۱» ق. م بصغیر اعطا میشود.

بنابر آنچه گذشت ذکوری که قبل از هیجده سال تمام در اثر معافیت از شرط سن بخواهند ازدواج بنمایند چنانچه حکم رشد از دادگاه نسبت باو صادر نشده باشد، عقد بوسیلهٔ او منعقد میشود ولی صحت آن منوط باجازهٔ ولی یا قیم خواهد بود. مفاد مادهٔ «۱۲۱۲» ق. م این امر را تأیید میکند. ماده «۱۲۱۲» ق. م: «اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط باموال و حقوق مالی او باشد باطل و بلا اثر است، مع ذلک صغیر ممیز میتواند تملک بلاعوض

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۳

کند مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات». اما در صورتی که حکم رشد او صادر شده باشد اجازهٔ ولی یا قیم لازم نیست و مانند کسی میباشد که پس از هیجده سال تمام ازدواج نماید.

2- نکاح اناث-

اشاره

و آن در سه قسمت بیان میگردد:

اول- نکاح اناث پس از سیزده سال تا پانزده سال-

دختری که از سیزده سال گذشته و بپانزده سال تمام نرسیده است و در اثر داشتن معافیت از شرط سن بخواهد ازدواج بنماید، چنانچه ممیز باشد خود طرف عقد قرار میگیرد، زیرا چنانکه در اهلیت طرفین معامله در جلد اول گذشت کسی که ممیز است میتواند طرف عقد قرار گیرد، ولی دختر در سن بین سیزده و پانزده سال تمام، کمتر ممکن است ممیز باشد و بتواند معنی زناشوئی و آثار و عواقب آن را بفهمد. چنانچه عقد بوسیلهٔ دختر واقع شود نظر بمستفاد از عبارت (بعد از رسیدن بسن ۱۵ سال تمام نیز اناث نمیتوانند ...) مذکور در ماده «۱۰۴۲» ق. م و اولویت مستنبطه از حکم آن، اجازه ولی شرط نفوذ نکاح است. و در صورتی که چنین دختری ممیز نباشد و مصالحی اقتضاء نماید عقد بوسیلهٔ ولی منعقد میشود.

دوم- نکاح اناث پس از پانزده سال تا هیجده سال-

دختری که از سن پانزده سال گذشته باشد دارای قصد و تمیز میباشد و چنانکه در اهلیت طرفین معامله گذشت شخص ممیز میتواند طرف عقد قرار گیرد. بنابراین دختر مزبور چنانچه بخواهد ازدواج بنماید خود طرف عقد نکاح قرار میگیرد و این امر از مفاد مادهٔ «۱۰۴۲» ق. م استنباط میشود.

رضایت ولی در نکاح دختر نیز لازم میباشد، زیرا علاوه بر تصریح مادهٔ بالا در این امر بدستور مادهٔ «۱۲۳۵» ق. م مواظبت شخص صغیر بعهدهٔ ولی او است.

مادهٔ «۱۰۴۲» ق. م: «بعد از رسیدن بسن ۱۵ سال نیز اناث نمیتوانند مادام که به هیجده سال تمام نرسیده‌اند بدون اجازهٔ ولی خود

شوهر کند».

چنانکه از کلمهٔ (نمیتوانـد) معلوم میگردد، رضایت ولی شـرط صـحت عقد نکاح است، و بدون آن عقد نکاح نافذ نیست و چنانچه بدون رضایت او عقد منعقد گردد و سپس

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۴

اجازه دهـد، عقد نکاح از زمان انعقاد تنفیذ میگردد. با توجه باطلاق مادهٔ بالا در این امر فرقی نمینماید که دختر شوهر کرده یا هنوز شوهر نکرده باشد.

در دو صورت بالا که دختر با اجازهٔ ولی میتوانـد شوهر کنـد، رد ولی کافی برای عدم انعقاد نکاح خواهد بود و احتیاج ببیان علت و موجه بودن آن ندارد.

تبصره- در صورتی که دختر قبل از ۱۸ سال تمام بخواهد ازدواج نماید ولی یا- وصی نداشته باشد اجازه قیم را لازم دارد. دلیل این امر:

اولا- مفهوم مادهٔ «۱۰۴۴» ق. م است، که فقـط دختری که ۱۸ سال تمام دارد و ولی ندارد هرگاه بخواهد شوهر کند اجازه کسـی را در نکاح لازم نـدارد. بنابراین میتوان از ماده بالا اسـتنباط نمود دختری که کمتر از هیجـده سال دارد و ولی خاص ندارد در نکاح او اجـازه قیم لازم میباشـد. روح مادهٔ «۱۴۲۲» ق. م این امر را تأییـد مینمایـد. وصـی در حـدود اختیاراتی که موصـی باو داده ولایت بر صغیر دارد.

ثانیا- دختری که کمتر از هیجده سال تمام دارد در حکم غیر رشید است و بدستور ماده «۱۲۳۵» ق. م: «مواظبت شخص مولی علیه و نماینـدگی قانونی او در کلیه امور مربوطه باموال و حقوق مالی او با قیم است». نکاح بزرگترین امری است که قیم حفاظت صـغیر را در ورود در آن باید در نظر بگیرد، بدین جهت دختری که پس از پانزده سال ازدواج مینماید منوط باجازه وصی و یا قیم است.

سوم- نکاح اناث پس از هیجده سال تمام

اشاره

بدستور مادهٔ «۱۰۴۳» ق. م:

«نکـاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه بیش از ۱۸ سال تمام داشـته باشد متوقف باجازهٔ پدر یا جد پدری او است. هرگاه پدر یا جـد پـدری بـدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند دختر میتواند با معرفی کامل مردی که میخواهد باو شوهر کند و شـرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شـده بـدفتر ازدواج مراجعه و بتوسط دفتر مزبور مراتب را بپدر یا جد پدری اطلاع میدهد و بعد از پـانزده روز از تاریـخ اطلاـع، دفتر مزبور میتوانـد نکـاح را واقع سازد. ممکن است اطلاع مزبور بوسائل دیگری غیر از دفتر ازدواج بپدر یا جد پدری

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۵

داده شود، ولی باید اطلاع مزبور مسلم شود». ماده بالا حاوی مطالب زیر است:

یک- نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه بیش از هیجده سال تمام داشته باشد متوقف باجازه پدر یا جد پدری است.

در حقوق امامیه نکاح دختری که بکارت او در اثر نزدیکی زائل نشـده باشـد منوط باجازه ولی میباشد. در این امر فرقی نمینماید که دختر شوهر نکرده باشـد یـا شوهر کرده ولی بـا او نزدیکی نشـده یـا از دبر نزدیکی شـده است، اگر چه در اثر پریـدن و یـا عملیـات جراحی و امثال آن ازالهٔ بکارت از او شده باشد. بنابراین دختری که باکره است هر سنی که داشته باشد نکاحش متوقف باجازهٔ ولی

میباشد. اما دختری که بکارت او بوسیلهٔ نزدیکی زایل شده است اگر چه در اثر زنا یا شبهه باشد چنانچه بخواهد شوهر کند اجازهٔ ولی را لازم ندارد. ظاهر ماده خلاف آنچه را در بالا گفته شد میرساند و مناط اجازه ولی را در نکاح، شوهر نکردن دختر قرار داده است. بنظر میرسد که قانون مدنی برای رعایت عفت عمومی با توجه بمحیط اجتماعی ملاک اجازهٔ ولی را در نکاح دختر پس از هیجده سال، بکارت قرار نداده است. بنابراین دختری که هیجده تمام دارد و قبلا شوهر کرده است خواه آنکه شوهرش مرده باشد و یا او را طلاق داده و یا نکاح فسخ شده باشد چنانچه بخواهد مجدداً شوهر نماید اجازه ولی را لازم ندارد اگر چه شوهر اول با او نزدیکی هم نکرده باشد.

هرگاه دختری که هنوز شوهر نکرده و هیجده سال تمام دارد بدون اجازه ولی ازدواج کند، بنظر میرسد که نکاح او غیر نافذ است، زیرا از عبارت (متوقف باجازه پدر یا جد پدری اوست) مذکور در ماده بالا استنباط میشود که اجازه ولی شرط صحت نکاح میباشد. مثلا هرگاه دختری خود را بدون ولی معرفی کند و دفتر ازدواج بنکاح او مبادرت نماید و سپس معلوم گردد دختر دارای ولی قهری بوده است، نکاح او غیر نافذ است و چنانچه ولی بعداً اجازه دهد عقد نکاح از زمان انعقاد تنفیذ میشود.

دو- در صورتی که ولی بدختری که ۱۸ سال تمام دارد و میخواهد شوهر نماید اجازه ندهد، دو صورت فرض میشود:

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۶

صورت اول- ولی بدون علت موجه از دادن اجازه ازدواج بدختر مضایقه میکند، خواه آنکه بدون بیان علت ازدواج او را رد کند یا باستناد علت غیر موجه آن را رد نماید. در این صورت دختر میتواند نامه‌ای بولی خود بنویسد و در آن نامه مردی را که میخواهد با او ازدواج کند کاملا معرفی نماید و همچنین شرایط نکاح را چنانکه شرائطی قرار گذارده باشند ذکر کند، از قبیل وکالت در طلاق در موارد معینه، داشتن اختیار مکان و همچنین مقدار مهری که بین آنها برقرار شده است. این نامه بوسیلهٔ یکی از دفتر- خانه‌های ازدواج برای ولی دختر فرستاده میشود و پس از ۱۵ روز از تاریخ ابلاغ نامه، دفترخانه میتواند دختر را برای همان کسی که بعنوان شوهر بعدی خود معرفی نموده با شرائط و مهری که در نامهٔ بولی تذکر داده است ازدواج نماید. چنانکه از ماده بالا مستفاد میشود هرگاه تغییری در شرائط نکاح یا مهر روی دهد (که نتیجهٔ آن بضرر دختر باشد) باید بوسیلهٔ نامهٔ دیگری بولی اطلاع داده شود و پس از ۱۵ روز دیگر از تاریخ ابلاغ نامهٔ مزبور، ازدواج بعمل آید. و الا هرگاه نتیجهٔ آن بنفع دختر باشد مانند افزودن مهر، اطلاع دادن مجدد بولی لازم نخواهد بود.

ممکن است دختر نکاح خود را بوسائل دیگری غیر از دفتر ازدواج از قبیل اظهار نامهٔ رسمی بپدر یا جد پدری اطلاع بدهد. رسیدن برگ مزبور بولی برای سردفتر باید مسلم شود تا بتواند اقدام بازدواج بنماید.

صورت دوم- ولی با ذکر علت موجه از دادن اجازه بدختر مضایقه مینماید.

بنظر میرسد در این صورت دختر نمیتواند با مرد مورد پیشنهاد ازدواج بنماید، مانند آنکه ولی دختر تحصیل کردهٔ خود را که از خانوادهٔ محترمی میباشد از نکاح با مردی که سابقه شرارت و چاقوکشی دارد یا چندین بار در نتیجهٔ جرائم عمومی محکوم و در زندان بسر برده منع کند. بنظر میرسد که تشخیص موجه بودن علت رد ازدواج و موجه نبودن آن با سردفتر ازدواج خواهد بود همچنانی که تشخیص وجود شرائط صحت نکاح با سردفتر ازدواج میباشد، زیرا ثبت ازدواج بعهدهٔ او است و قانون هم مرجعی برای این امر معین ننموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۷

تذکر- اجازه نکاح دختری که ۱۸ سال تمام داشته و هنوز شوهر نکرده است با پدر یا جد پدری میباشد که سمت ولایت قهری را نسبت بدختر دارند. در صورتی که پدر یا جد پدری فوت کرده باشند و یا بعلتی از قبیل جنون و سفه تحت قیمومت باشند دختر در امر ازدواج خود آزاد است و اجازه کسی را لازم ندارد. مادهٔ «۱۰۴۴» ق. م میگوید:

«در مورد مادهٔ قبل اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر بعلتی تحت قیمومت باشد اجازهٔ قیم او لازم نخواهد بود».

قانون موردی را که پـدر و جـد پـدری در زنـدان و یا غائب باشـند و در اثر ندانسـتن محل اقامت آنان دختر نتوانـد اجازهٔ ازدواج را بـدست آورد پیش‌بینی ننموده است. بنظر میرسـد که بنـابر مسـتنبط از مـاده «۱۰۴۴» قـانون مـدنی حق ولاـیت ولی در این امر سـاقط میگردد و نمیتوان از وحدت ملاک ماده «۱۱۸۷» قانون مدنی اسـتنباط لزوم تعیین امین و اجازه او را نمود. ماده «۱۱۸۷» قانون مدنی: «هرگاه ولی قهری منحصر، بواسطهٔ غیبت یا حبس یا بهر علتی که نتواند بامور مولی علیه رسیدگی کند و کسیرا هم از طرف خود معین نکرده باشـد حـاکم یـک نفر امین به پیشـنهاد مـدعی العموم برای تصـدی و ادارهٔ اموال مولی علیه و سایر امور راجعه باو موقتاً معین خواهد کرد». بنابراین دختر در نکاح خود در مورد بالا دارای استقلال تام است و مانند موردی است که ولی ندارد.

ولایت در نکاح در حقوق امامیه-

ولی که عبارت از پدر و جد پدری میباشد میتواند برای فرزند صـغیر خود (پسـر یا دختر) در هر سنی که باشند ازدواج بنماید. صغیر پس از رشـد و بلوغ و عقل از تحت ولایت خارج شـده و میتوانـد مسـتقلًا ازدواج کنـد. در نکاح دختر باکره پس از رشد و بلوغ بین حقوقین امامیه اختلاف است. عده‌ای بر آنند که او بدون اجازهٔ ولی نمیتواند شوهر اختیار کند. بنابراین نکاح او با اجازهٔ ولی خواهد بود (منظور از رشیده بـاکره دختری است که هنوز شوهر نکرده یـا شوهر کرده و بـدون نزدیکی زوجیت منحـل شـده است اگر چه بکارت او بنحوی از انحاء، ماننـد پریـدن و یا عملیات جراحی زائل شـده باشـد) در صورتی که دختر رشـیده ثیبه باشـد) یعنی در اثر نزدیکی ازاله

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۸

بکارت از او شـده است) اگر چه بزنا و شـبهه باشـد اجازهٔ ولی را در نکاح لازم نـدارد و خود بهر کس بخواهـد میتوانـد شوهر کند. بعضـی دیگر بر آنند که رشـیدهٔ باکره در نکاح مانند پسر رشید احتیاج باجازه ولی ندارد. عدهٔ دیگر بر آنند که رشیده باکره را ولی ازدواج مینمایـد و دختر اختیاری از خود نـدارد. بعض دیگر از فقهاء بین عقـد دوام و انقطاع فرق گذارده‌اند. دسته‌ای در نکاح دائم اجـازه ولی را لاـزم میداننـد و در منقطع دختر را مختـار و دسـته دیگر بالعکس در نکاح دائم دختر را مختار و در نکاح منقطع اجازه ولی را لازم میشمارند.

کسانی از فقهاء که اجازه ولی را در نکاح دختر باکره بالغه رشـیده لازم میداننـد بر آنند که چنانچه زن مایل بازدواج با مردی باشـد که شـرعاً و عرفاً کفو او است و ولی اجازه نمیدهـد و یا آنکه ولی او غائب است بنحوی که اجازه از او ممکن نیست و دختر احتیاج بازدواج دارد اذن ولی لازم نمیباشد.

بنظر میرسـد که قانون مدنی ایران در نوشـتن قابلیت صـحی برای ازدواج قانون مدنی فرانسه و سویس را سـرمشق خود قرار داده و از نظریات حقوق جدید پیروی نموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۸۹

۲- شرائط منفی-

اشاره

شرائط مزبور عبارت است از وضـعیتهای طبیعی یا اجتماعی بین زن و مرد که با بودن آن، آنها نمیتواننـد با یکـدیگر ازدواج بنمایند.

شرائط منفی را موانع نکاح نامند.

موانع نکاح عبارت است از:

فصل اول – قرابت

اشاره

قرابت عبارت از خویشاوندی است که بین دو نفر موجود است. قرابت بر سه قسم است:

اول- قرابت نسبی

اشاره

قرابت نسبی عبارت از خویشاوندی است که در اثر تولد یکی از دیگری و یا دو نفر از یک منشأ بوجود می آید. حقوق ملل مختلف ازدواج بین بعض از اقربای نسبی را با یکدیگر منع نموده است.

علت منع ازدواج بین اقربای نسبی را از دو جهت بیان کرده‌اند:

یک– از نظر علم وظائف الاعضاء–

در اثر ازدواج بین اقربای نزدیک صفات نژادی ضعیف میشود و کسانی که از اینان متولد میگردند اغلب مبتلا بجنون و بلاهت و فلج و گاه پس از تولد میمیرند، علاوه بر آنکه امراض ارثی در متولدین از اقربای نزدیک تشدید یافته و باقی میماند، مانند بیماری هموفیلی.

دو– از نظر روحی–

تمایل جنسی بین اقربای نزدیک که با یکدیگر زندگانی کرده و بزرگ شده‌اند چندان ضعیف و ناچیز است که بزودی از بین خواهد رفت و نمیتواند موجب بقاء خانواده که سلول اولیه اجتماع است قرار گیرد.

منع ازدواج بین اقربای نسبی سوابق ممتد تاریخی دارد و دائرهٔ آن در حقوق بعض ملل وسیعتر از آن در حقوق ملل دیگر است. بنظر میرسد که علت آن را باید بوسیلهٔ حدسیات علمی در تاریکیهای تاریخ اجتماع یافت، لذا با توجه بعلم اجتماع و سیر تکامل و تطور

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۰

اقوام و ملل قدیمه میتوان حدس زد که منع ازدواج بین خویشاوندان در ملل قدیمه موجبات اجتماعی داشته و امور مذکور در بالا کاملًا از نظر آنان دور بوده و به هیچ وجه توجهی بآن نداشته‌اند و آن این است که در تشکیلات خانواده دو چیز بقاء خانواده را تضمین مینموده است: یکی اموال مخصوصا غیر منقول و دیگری افراد. بدین جهت اموال متعلق بخانواده یا رئیس آن بوده و پس از فوت او برئیس بعدی میرسیده و تقسیم نمیشده است و نبت بافراد خانواده سعی و کوشش داشتند که از عدهٔ آنها کاسته نشود، بلکه بوسیلهٔ سرقت و غارت افرادی را از خانواده‌های دیگر ببردگی میگرفتند، و همچنین دختر بافراد خانواده دیگر نمیدادند، و در خود خانواده ازدواج مینمودند. مذاهب که منظورشان اتحاد بشر و تشکیل جامعه منظم است و این امر منوط ببرهم زدن مرکزیت خانواده‌ها میبود، بمنع ازدواج بین اقربا کمر بستند و نکاح بین اقربا را منع نمودند. دائرهٔ منع نکاح بین اقرباء در بعض اقوام و مذاهب چندان وسیع بوده که ازدواج بین کسانی که دارای یک نام خانوادگی بودند منع شده بود.

اقربای نسبی که نکاح با آنان ممنوع است

بپیروی از حقوق اسلام مادهٔ «۱۰۴۵» ق. م میگوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد:

۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا برود.

۲- نکاح با اولاد هر قدر که پائین برود.

۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پائین برود.

۴- نکاح با عمات و خالات خود «و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات» اشخاص مزبور را در اصطلاح فقهاء محرمات نسبی نامند.

تبصره- در منع ازدواج با اقربای نسبی در موارد فوق فرق نمینماید که خویشاوندی با اشخاص مذکور در بالا ابوینی باشد یا ابی و یا امی تنها، همچنانکه فرق نمینماید که خویشاوندی با آنان از شبهه باشد یا از زنا، زیرا در هر یک از اقسام مزبور خویشاوندی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۱

طبیعی که بنای آن بر وحدت خون میباشد موجود است. نکاح با اقربای نسبی دیگر که در ماده نامی از آنها برده نشده است صحیح میباشد.

منشأ قرابت نسبی-

منشأ قرابت نسبی رابطهٔ جنسی است. رابطهٔ جنسی بین زن و مرد بر دو قسم است:

۱- رابطهٔ جنسی زن و مردی که بین آنان نکاح صحیح موجود است.

۲- رابطهٔ جنسی زن و مردی که بین آنان نکاح صحیح موجود نیست. رابطهٔ مزبور نیز بر دو قسم است: زنا و شبهه.

زنا- زنا عبارت از رابطهٔ جنسی زن و مردی است که بین آنان نکاح صحیح موجود نباشد و در حین نزدیکی بدانند که آن رابطه نامشروع است. در صورتی که ندانند که رابطه آنان نامشروع میباشد شبهه است. مثلا هرگاه زن و مرد تصور کنند که با رضایت باطنی نکاح منعقد میشود و احتیاج بچیزی که دلالت بر قصد و رضا کند ندارد و بدین نحو با هم ازدواج کنند و نزدیکی نمایند، رابطهٔ مزبور شبهه است و زنا نمیباشد، زیرا در این امر آنان در اشتباه بوده و تصور مشروعیت آن را مینمودهاند. هرگاه یکی از طرفین (مرد یا زن) جاهل بنا مشروع بودن رابطه باشد، عمل نسبت باو شبهه و نسبت بدیگری که عالم بوده است زنا محسوب میگردد.

کسی که از رابطه زنا متولد شود (ولد زنا) و از رابطهٔ شبهه متولد گردد (ولد شبهه) نامند. بچه متولد از تفخیذ یا لقاح مصنوعی در حکم بچه متولد از نزدیکی بین زن و مرد است، باین تقریب که چنانچه بین زن و مرد نکاح صحیح موجود باشد، طفل متولد از آنان در اثر تفخیذ یا لقاح مصنوعی ناشی از نکاح صحیح است و چنانچه بین زن و مرد نکاح صحیح نباشد در حکم زنا یا شبهه است.

نکاح بین اقربای نسبی که یکی از آنها یا هر دو آنها از زنا و یا شبهه متولد شده باشند از حیث ممنوع بودن مانند متولد از نکاح صحیح میباشد، یعنی در هر موردی که نکاح با اقربای نسبی که از نکاح صحیح متولد شدهاند ممنوع است، نکاح با اقربای نسبی که از

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۲

زنا یا شبهه متولد شده‌اند نیز ممنوع میباشد. بنابراین پسری که از زنا متولد شده با خواهر خود که از نکاح صحیح متولد شده باطل میباشد و همچنین است نکاح بین دو خواهر و برادری که هر دو از زنا و یا از شبهه متولد شده‌اند.

دوم- قرابت رضاعی

اشاره

قرابت رضاعی عبارت از خویشاوندی است که بین دو نفر در اثر شیر خوردن حاصل میشود و آن نیز مانند قرابت نسبی، بخط عمودی و اطراف تقسیم میگردد.

قرابت رضاعی مانند قرابت نسبی موجب حرمت نکاح میباشد، زیرا همچنانی که وحدت خون ایجاد خویشاوندی نسبی بین افراد مینماید که موجب پیدایش مفاسد طبیعی و اجتماعی در اولادهای متولد شده از آنها میگردد، همچنین شیر انسان در کودکانی که از آن تغذیه مینمایند تأثیر بسزائی میکند و وضعیت طبیعی و روحی شیر دهنده را در کودک بودیعه میگذارد، بدین جهت یک نوع خویشاوندی بین کودکانی که از یک زن شیر خورده‌اند و همچنین بین کودک و زنی که باو شیر داده و همچنین مردی که از شیر زن او کودک خورده است ایجاد میگردد.

در حقوق ملل قدیمه تا آنجائی که تاریخ آن در دسترس نگارنده میباشد قرابت رضاعی دیده نشده است و کشورهای غیر اسلامی شیر خوردن را از موانع نکاح بشمار نیاورده‌اند.

بنظر میرسد که باید منشأ قرابت رضاعی را در علم اجتماع و سیر تکاملی خانواده جستجو نمود، اگر چه روایات عدیده موجود است که مبنای ممنوعیت نکاح بین اقربای رضاعی را تأثیر شیر در کودک قرار داده و خویشاوندی ناشی از آن را در ردیف خویشاوندی ناشی از نسب شمرده است. برای پیدا کردن منشأ اجتماعی قرابت رضاعی میتوان حدس زد که در عادات اقوام، شیر دادن بکودک عملا ایجاد یک نوع علاقه بین زن شیر دهنده و شوهر او و کودک مینماید که آن را در ردیف خویشاوندی نسبی در خانواده جلوه میداده و افراد خانواده همان حمایتی را از خویشاوندان رضاعی مینمودند که از خویشاوندان نسبی خود میکردند.

اینست که قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح، در نظر این قبائل مانند خویشاوندی نسبی بشمار رفته است. قرابت رضاعی در عادات قدیمه عرب موجود بوده و حقوق اسلام نیز آن را

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۳

شناخته و قانون مدنی آن را مانند قسمتهای دیگر نکاح از حقوق اسلام اقتباس کرده و پذیرفته است. فقهای امامیه در قرابت رضاعی به کودکی که شیر زن را خورده مرتضع، بزنی که بکودک شیر داده مرضعه، و بشوهر زن فحل (یا صاحب اللبن) گویند. برای آنکه شیر خوردن کودک از زنی بتواند ایجاد قرابت نماید که موجب ممنوعیت نکاح گردد، باید شرایطی موجود باشد که ماده «۱۰۴۶» ق. م متذکر است.

شرائط قرابت رضاعی

اشاره

ماده «۱۰۴۶» قانون مدنی: «قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است مشروط بر اینکه:

اولا- شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد.

ثانیا- شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد.

ثالثاً- طفل لااقل یک شبانه روز و یا پانزده دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد بدون اینکه در بین غذای دیگری یا شیر زن دیگر را بخورد.

رابعاً- شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد.

خامسا- مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد. بنابراین اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد موجب حرمت نمیشود، اگر چه شوهر آن دو زن یکی باشد. و همچنین اگر یک زن یک پسر و یک دختر رضاعی داشته باشد که هر یک را از شیر متعلق بشوهر دیگر شیر داده باشد، آن پسر با آن دختر، برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آنها از این حیث ممنوع نمیباشد».

شرح ماده بالا:

۱- اقربای رضاعی چه کسانی هستند.

قانون مدنی پس از بیان اقارب نسبی که نکاح با آنان ممنوع میباشد، حرمت نکاح با اقارب رضاعی را بعبارت کوتاه (قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است) ذکر کرده است. عبارت مزبور متذکر شده که نکاح با خویشاوندان رضاعی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۴

مانند نکاح با خویشاوندان نسبی حرام است، ولی تصریح نکرده که خویشاوندان رضاعی چه کسانی هستند آنگونه که در مادهٔ «۱۰۴۵» ق. م خویشاوندان نسبی را نام برده است.

آنچه از عبارت مادهٔ بالا- میتوان استنباط نمود آنست که نکاح با هر یک از اقربای رضاعی که یکی از عناوین مذکور در مادهٔ «۱۰۴۵» ق. م (باعتبار خویشاوندی رضاعی) بر او صدق کند ممنوع میباشد. بنابراین نکاح با اقربای رضاعی ذیل ممنوع است:

۱- نکاح با پدر و اجداد رضاعی و یا مادر و جدات رضاعی هر قدر که بالا برود.

۲- نکاح با اولاد رضاعی هر قدر که پائین برود.

۳- نکاح با خواهر و برادر رضاعی و اولادان آنها تا هر قدر که پائین برود.

۴- نکاح با عمّات و خالات رضاعی خود و عمات و خالات رضاعی پدر و مادر و اجداد و جدات رضاعی.

ممنوعیت نکاح با اقربای رضاعی گاه از یک رضاع حاصل میشود، مانند حرمت نکاح بین مرتضع (کودک) با فحل (صاحب شیر) و یا مرضعه (زنی که بکودک شیر داده است) و حرمت نکاح بین مرتضع با یکی از ابوین فحل و مرضعه و یا نکاح مرتضع با اولاد نسبی هر یک از فحل و مرضعه.

گاه ممنوعیت نکاح از دو رضاع حاصل میگردد، مانند نکاح بین کودک و ابوین رضاعی فحل و مرضعه و گاه دیگر از سه رضاع و بیشتر حرمت نکاح ایجاد میگردد، مثلا- هرگاه فحل دارای پدر رضاعی و پدر رضاعی مزبور دارای پدر رضاعی دیگری باشد و بهمین ترتیب پدر رضاعی اخیر پدر رضاعی دیگری داشته باشد تا چندین سلسله، تمامی اینان اجداد رضاعی کودکی محسوب میگردند که از شیر فحل اول خورده است و تمامی زنانی که بپدران رضاعی شیر داده‌اند جدات رضاعی کودک بشمار میروند، بنابراین هرگاه کودک، دختر باشد نکاح او با تمامی اجداد رضاعی مذکور در بالا ممنوع است و هرگاه کودک پسر باشد نکاح او با تمامی جدات رضاعی مذکور در بالا ممنوع میباشد. در صورتی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۵

یکی از جدات رضاعی خواهری داشته باشد، نکاح کودک (پسر) مزبور با او ممنوع است، زیرا او خالهٔ اعلای کودک میشود و هرگاه یکی از اجداد خواهری داشته باشد نکاح او نیز با آن کودک (پسر) ممنوع میباشد، زیرا آن زن، عمه اعلای کودک است.

تبصره- موضوعی که مورد بحث قرار میگیرد، نکاح خویشاوندان رضاعی یکی از زوجین با دیگری میباشد، مانند نکاح با مادر رضاعی زن و یا دختر رضاعی زن، و نکاح با پدر رضاعی و یا پسر رضاعی شوهر و امثال آن.

مشهور فقهای امامیه بر آنند که نکاح بین اقربای مزبور ممنوع میباشد. بدین تقریب که حرمت نکاح مادر زن و دختر زن بشوهر باعتبار خویشاوندی نسبی است که مادر و دختر با زن دارند، همچنانی که حرمت نکاح پدر شوهر و پسر شوهر با زن باعتبار خویشاوندی نسبی است که پدر و پسر با شوهر دارند. بنابراین، قاعدهٔ که روایت نبوی (یحرم بالرضاع ما یحرم من النسب) آن را تأسیس نموده است، بر موارد مذکور صدق مینماید، زیرا ممنوعیت نکاح با مادر و دختر زن و یا پدر و پسر شوهر باعتبار خویشاوندی نسبی است که آنها با زن و شوهر دارند، بنابراین چنانچه کسی خویشاوندی رضاعی در ردیف یکی از عناوین محرمات نسبی با یکی از زوجین دارد، نکاح او با دیگری ممنوع میباشد.

بعبارت دیگر ظاهر قاعده آنست که در هر موردی خویشاوندی نسبی کسی با یکی از زوجین موجب ممنوعیت نکاح او با دیگری باشد، چنانچه همان قسم خویشاوندی بصورت رضاعی موجود باشد، نکاح بین آنان نیز ممنوع خواهد بود. مشهور، بر ممنوع بودن نکاح خویشاوندان رضاعی هر یک از زوجین بر دیگری اکتفا ننموده و در مورد مادر و خواهر رضاعی پسری که با او عمل شنیع شده نیز گفته است. بنابراین کسی که با پسری عمل شنیع نماید نمیتواند با مادر و خواهر رضاعی او تزویج کند.

صاحب کفایه شمول قاعده را بر موارد خویشاوندان سببی تصدیق نمیکند و بر آنست که هرگاه اجماع بر این امر نبود، نکاح بین اینان مشکل بنظر میرسید.

بنظر میرسد که عبارت ماده «۱۰۴۶» ق. م (قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است) تا حدی نارسا است، برای آنکه بتوان پیروی از نظر مشهور

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۶

در مورد حرمت نکاح با خویشاوندان رضاعی هر یک از زوجین با دیگری نمود، زیرا قابلیت تفسیری که قاعدهٔ (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) دارد عبارت ماده آن را فاقد میباشد، ولی از نظر قضائی کار آسان است، زیرا مادهٔ «۱۰۴۷» ق. م که حرمت نکاح با خویشاوندان سببی را بیان مینماید بحرمت نکاح رضاعی نیز تصریح میکند. اما نکاح با مادر و خواهر رضاعی پسری که عمل شنیع با او شده قانون ساکت گذارده است. چنانکه نتوان دائرهٔ مادهٔ «۱۰۴۶» ق. م را توسعه داد، نکاح با آنان ممنوع نمیباشد. و توسعه تفسیر مادهٔ مزبور تا این درجه بر خلاف روش قضائی است.

از نظر تحلیلی- ملاک قرابت سببی که موجب ممنوعیت نکاح میگردد دو امر است:

یکی نکاح (رابطهٔ زوجیت بین زن و شوهر) و دیگر قرابت نسبی. مثلا موجب قرابت شخص با مادر زن، یکی نکاح شخص با زنش است و دیگر قرابت نسبی مادر با آن زن میباشد. و موجب قرابت شخص با زن پسر (عروس) یکی نکاح زن با پسر است و دیگر قرابت نسبی بین پدر و پسر میباشد. چنانکه ماده «۱۰۴۶» ق. م میگوید: «قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است ...» در ممنوعیت نکاح با خویشاوندان سببی رضاعی، رضاع جانشین قرابت نسبی میگردد. بنابراین مرضعهٔ فرزند مرد، زن آن مرد بشمار نمیرود تا نکاح مادر آن مرضعه، بر مرد مزبور ممنوع باشد، زیرا نکاحی موجود نیست بلکه مرضعه مزبور مادر فرزند آن مرد است. ولی مادر و دختر رضاعی زوجه کسی بر آن کس ممنوع میباشد، زیرا مادر و دختر زن رضاعی در ردیف مادر و دختر نسبی زن بشمار میرود، زیرا رابطهٔ قرابت رضاعی جانشین رابطهٔ قرابت نسبی میگردد. همچنین است زن پسر (عروس) رضاعی و زن پدر رضاعی که اولی در ردیف زن پسر (عروس) نسبی و دومی در ردیف زن پدر نسبی میباشد، زیرا قرابت رضاعی در هر یکی از دو مورد جانشین قرابت نسبی گردیده است.

نسبت خویشاوندی بین دو نفر اگر چه بچند فاصله باشد، هرگاه تمامی نسبی باشد قرابت بین آن دو نسبی است و هرگاه یکی از

آنها یا تمامی آنها رضاعی باشد قرابت بین آن دو رضاعی میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۷

۲- شرایط پیدایش قرابت رضاعی

اشاره

طبق ماده «۱۰۴۶» ق. م خوردن کودک از شیر زن کافی برای ایجاد قرابت رضاعی و حرمت نکاح بین آنان نمیباشد، بلکه پیدایش قرابت منوط بتحقق شرایطی است که ذیلا بیان میگردد.

اولا- شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد

اشاره

در پیدایش شرط مزبور دو امر باید مورد نظر قرار گیرد:

الف- شیر زن از حمل باشد-

یعنی زن در اثر حاملگی شیر در پستانهایش پیدا شود، و از آن شیر بکودک بدهد. بنابراین چنانچه زن بدون آنکه حامله گردد، شیر در پستانهایش پیدا شود و از آن بکودکی بدهد (چنانکه این امر دیده شده است) قرابت رضاعی ایجاد نمیگردد.

ب- حمل مشروع باشد-

منظور از حمل مشروع، حملی است که در اثر نکاح دائم یا منقطع بوجود آید. این امر اجماعی بین فقهای امامیه است. در این امر فرق نمینماید که نکاح زن با شوهرش در موقع شیر دادن باقی باشد یا آنکه نکاح آنان بوسیلهٔ طلاق یا فسخ یا فوت شوهر منحل شده باشد و زن شوهر دیگری اختیار کرده است اگر چه از شوهر اخیر نیز حامله شده باشد.

حملی که از شبهه حاصل شده باشد مورد اختلاف بین فقهای امامیه است. و قول مشهور الحاق حکم شبهه در مورد بالا بنکاح صحیح میباشد، زیرا در اثر جهل بحرمت نمیتواند رابطهٔ نزدیکی نامشروع شناخته شود. از نظر قضائی میتوان با استنباط از روح مواد «۸۸۴» و «۱۱۶۴» و «۱۱۶۵» ق. م از نظریه مشهور متابعت نمود. بنظر میرسد که همچنین است هرگاه حمل در اثر نزدیکی باکراه محقق شده باشد. در صورتی که حمل از یک طرف در اثر نزدیکی شبهه و اکراه موجود شده باشد، فقط نسبت بهمان طرف خویشاوندی رضاعی حاصل میگردد. بنابر آنچه گفته شد هرگاه شیر ناشی از حمل در اثر زنا باشد، ایجاد قرابت رضاعی نمینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۸

تبصره- پرسشی ممکن است پیش آید که آیا برای ایجاد حرمت نکاح باید زن حامله پس از وضع حمل شیر دهد، یا آنکه کافی است در مدت حمل شیر بکودک بدهد؟ (زیرا ممکن است مدت قریب بدو هفته قبل از وضع حمل در پستانهای زن شیر بیاید) در این امر بین فقهای امامیه اختلاف نظر است، از نظر قضائی چنانکه از اطلاق ماده فهمیده میشود پیروی از نظریه دوم (کافی بودن آنکه در مدت حمل شیر بکودک داده شود) اولی میباشد، بنا بر این چنانچه زن حامله قبل از وضع حمل از شیری که در پستان او جاری میگردد بکودکی بدهد، کودک مزبور اولاد او محسوب میگردد.

ثانیاً- شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد

دومین شرط نشر حرمت در اثر رضاع آنست که کودک از پستان شیر بمکد و الا چنانچه شیر را در استکان بدوشند و بکودک بدهند و یا در اثر بیماری از راه بینی بوسیلهٔ لوله وارد معده کودک نمایند، ایجاد قرابت رضاعی نمیکند. همچنین است هرگاه زن در اثر زخمی که پستانش پیدا شده شیر را در دهان کودک بدوشد، بدون آنکه طفل پستان را بمکد. قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیه است. گفته شده که ابن جنید شیر خوردن کودک را مطلقاً کافی برای ایجاد قرابت میداند اگر چه از پستان نمکد.

ثالثاً- طفل لااقل یک شبانه روز و یا پانزده دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد بدون اینکه در بین، غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد.

چنانکه گذشت فلسفه حرمت نکاح با خویشاوندان رضاعی تأثیریست که شیر در جسم و روح کودک مینماید و او را بوضعیت طبیعی و روحی شیر دهنده و صاحب شیر نزدیک میکند.

بنابراین شیری که بکودک داده میشود باید مقداری باشد که موجب ایجاد آن وضعیت در کودک بشود و این امر زمانی است که شیر در نمو کودک مؤثر واقع گردد. مقداری که در بالا برای شیر خوردن طفل قرار داده شده از نظر قانون کمترین مقداری است که میتواند در نمو کودک تأثیر کند.

حقوق امامیه مقدار لازم شیر را برای نمو کودک بیکی از سه طریق ذیل تعیین

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۲۹۹

نموده است:

۱- اثر- منظور از اثر محسوس بودن نمو جسمانی کودک در نتیجهٔ خوردن شیر میباشد، یعنی کودک چندان شیر بخورد که گوشت در بدن او بروید و استخوانهایش سخت شود. در صورتی که کودک مدت مدیدی شیر بنوشد، بسهولت میتوان با نظر سطحی و یا بوسیلهٔ وزن کردن کودک نمو او را دانست، ولی چنانچه مدت شیر خوردن کودک طولانی نباشد تشخیص این امر دشوار و گاه غیر ممکن است.

۲- مدت- و آن یک شبانه روز شیر خوردن کامل کودک میباشد.

۳- دفعات- و آن پانزده دفعه شیر خوردن کامل کودک بطور متوالی است.

حقوق امامیه هر یک از دو امر اخیر را که یکی شیر دادن یک شبانه روز و دیگری شیر خوردن پانزده دفعه کامل بطور متوالی است، موجب نمو گوشت بدن و سختی استخوان کودک میداند.

قانون مدنی در ماده «۱۰۴۶» اکتفا بدو طریق اخیر (یکی مدت. دیگری دفعات) نموده و از طریق اول (اثر) که تشخیص آن مشکل میباشد و مورد اختلاف قرار میگیرد صرفنظر کرده است و میگوید: «طفل لااقل یک شبانه روز و یا پانزده دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد بدون آنکه در بین، غذای دیگر یا شیر زن دیگری را بخورد».

اگر چه هرگاه محقق گردد که کودکی چندان از شیر زنی خورده است که نمو نموده قرابت رضاعی حاصل میشود.

بنابر آنچه مادهٔ بالا تصریح میکند یکی از دو امر (مدت، دفعات) کافی برای ایجاد قرابت رضاعی میباشد.

الف- مدت- شق ثالث مادهٔ بالا میگوید: «... طفل یک شبانه روز شیر کامل خورده باشد بدون آنکه در بین، غذای دیگری یا شیر زن دیگری را بخورد». ظاهر از کلمهٔ یک شبانه روز بیست و چهار ساعت است، اگر چه تلفیق شود. منظور از تلفیق یک شبانه روز، آنست که قسمتی از رو یا شب را از روز یا شب بعد تکمیل نموده که بیست و چهار ساعت تمام شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۰

بنابراین چنانچه ظهر روز شنبه شیر دادن بکودک شروع شود تا ظهر روز یک شنبه، یک شبانه روز خاتمه میپذیرد. بعضی از فقهاء بر آنند که تلفیق شب و روز کافی برای ایجاد حرمت نکاح نیست، بلکه باید یک شب تمام و یک روز تمام شیر بکودک داده شود. بنابراین در مثال بالا- یک شبانه روز، غروب روز یکشنبه تمام میشود. منظور از شیر کامل خوردن طفل آنست که کودک باعتبار طبیعتش هر چه بشیر احتیاج دارد و بخواهد باو بدهند. در این امر فرقی نمینماید که کودک سالم باشد یا آنکه بیمار و کم شیر بخورد. از نظر ادبی قید (... بدون اینکه در بین، غذای دیگر یا شیر زن دیگری را بخورد) مذکور در شرط ثالث، اگر چه در ظاهر راجع بعبارت (پانزده دفعه متوالی شیر کامل) میباشد، ولی با توجه بسوابق تاریخی امر (یعنی حقوق امامیه) معلوم میگردد قید مزبور راجع بهر دو امر که یکی (یک شبانه روز) و دیگری (پانزده دفعه متوالی) میباشد. بنابراین چنانچه کودک در مدت بیست و چهار ساعت منحصراً شیر یک زن را بخورد بدون آنکه در بین، غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد قرابت رضاعی حاصل میگردد و الا هرگاه غذای دیگری باو داده شود و یا زن دیگری باو شیر دهد موجب منع نکاح نمیگردد. دادن آب برای رفع تشنگی و یا دارو برای مداوای کودک تأثیر در امر نمیکند و اشکالی ندارد.

ب- دفعات- پانزده دفعه متوالی شیر کامل خوردن کودک ایجاد قرابت رضاعی مینماید. ممنوعیت نکاح در اثر پانزده دفعه شیر دادن بکودک قول مشهور است و عدهٔ بسیاری از فقهاء ده دفعه را کافی بر این امر دانسته‌اند و ابن جنید یک‌دفعه شیر دادن را موجب حرمت نکاح میداند. منظور از شیر کامل آنست که کودک چندان شیر بخورد که سیر شود و پستان را رها کند و الا چنانچه پستان را نیمه سیر از دهن او بگیرند و یا آنکه برای تنفس و یا در اثر بازی گوشی و یا توجه بپستان دیگر آن را از دهان خارج نماید، هر چند مرتبه هم که شیر بکودک بدهند موجب ممنوعیت نکاح نمیشود. بنابراین چنانچه چندین دفعه شیر بکودک داده شود بعضی کامل و بعضی ناقص، مانند آنکه طفل دو مرتبه شیر کامل بخورد و بعداً سه مرتبه ناقص و باز دو مرتبه کامل و بهمین ترتیب تا بیست دفعه تمام شود، بنظر میرسد که برای نشر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۱

حرمت فقط عدد دفعات کامل احتساب میشود و دفعات ناقص در خلال آنها تأثیری ندارد و نمیتوان چندین مرتبه ناقص را حتی یک مرتبه محسوب داشت و این امر بر خلاف توالی نمیباشد که در ماده قید شده است، زیرا منظور از توالی آنست که در بین پانزده مرتبه شیر کامل، مواد خارجی مانند نان، آش، شیر خشک و یا غذای دیگری بکودک داده نشود. این است که در ذیل شق سوم ماده قید شده (بدون اینکه در ضمن غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد) و الا با شرط کلمه متوالی در عبارت احتیاج بقید مزبور نبود. دادن آب برای رفع تشنگی و یا دارو برای مداوا چنانکه کودک بیمار باشد، تأثیری ندارد و مانع از نشر حرمت نمیگردد. بنابر آنچه گذشت هرگاه در بین پانزده دفعه شیر فاصله شود و زن دیگری یک‌دفعه شیر بکودک بدهد و یا غذای دیگری باو بخورانند نشر حرمت نمینماید. مثلا هرگاه کودک چهارده مرتبه شیر کامل از زنی بخورد و زن دیگری باو یک مرتبه شیر دهد و یا یک مرتبه باو آش بدهند، چهارده مرتبه بلا اثر میگردد و تکمیل عدد موجب نشر حرمت نمیشود.

قید اینکه بین پانزده دفعه متوالی هرگاه طفل غذای دیگر بخورد موجب حرمت نمیگردد، مورد اتفاق فقهای امامیه نمیباشد، بلکه بسیاری از آنان بر آنند که خوردن غذای دیگر بین دفعات شیر مؤثر در رضاع نبوده و چنانچه چند دفعه کامل شیر بطفل داده شود و پس از چند روز که غذا باو داده میشود پانزده دفعه شیر تکمیل گردد قرابت رضاعی ایجاد میشود، بخلاف آنکه در بین ۱۵ دفعه، شیر زن دیگری بطفل داده شود که در این صورت آن پانزده دفعه بلا اثر میشود و موجب حرمت نکاح نمیگردد.

تذکر- چنانکه از عبارت بالا استظهار میشود در تمامی مدتی که زن شیر بکودک میدهد باید زنده باشد و الا هرگاه مقداری از آخرین دفعه که شیر بکودک داده میشود زن مرده باشد قرابت رضاعی ایجاد نمیگردد، مانند آنکه زن در پانزدهمین مرتبه که پستان

بدهان کودک گذارد سکته نماید و بمیرد و کودک از شیر او بنوشد تا سیر شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۲

رابعاً- شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد

قرابت رضاعی زمانی حاصل میشود که کودک قبل از دو سالگی شیر بخورد و الا چنانچه پس از آنکه دو سال تمام شد بمقدار معینه یا بیشتر شیر بخورد ایجاد حرمت نکاح نمینماید و همچنین است هرگاه قسمتی از آن مقدار قبل از دو سال و قسمتی بعد از دو سال باشد. بنظر میرسد که سال مذکور در این ماده قمری است (زیرا این امر از حقوق اسلام اقتباس شده و سالهای مذهبی قمری است).

قید دو سال چنانکه ماده تصریح مینماید راجع بسن کودک میباشد، نه از زمان وضع حمل زنی که بکودک شیر میدهد. بنابراین فرقی نمینماید که زن در مدت دو سال از زمان وضع حمل خود شیر دهد یا پس از دو سال، اگر چه از نظر پزشکی زن پس از دو سال از زمان تولد شیر ندارد و هرگاه از پستان زن ترشحی شود آبی است کمرنگ بدون مواد لازم غذائی.

بعضی از فقهاء بر آنند که شرط نشر حرمت نکاح، آنست که زن در مدت دو سال از زمان وضع حمل خود بکودک شیر بدهد و الا چنانچه پس از مدت مزبور شیر دهد اگر چه کودکی که شیر میخورد کمتر از دو سال داشته باشد نشر حرمت نمیکند.

خامساً- مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد

ماده «۱۰۴۶» ق. م میگوید: «خامساً- مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد. بنابراین اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد موجب نشر حرمت نمیشود، اگر چه شوهر آن دو زن یکی باشد ...».

فرقی نمینماید که شیر دادن زن بکودک در مدت زوجیت باشد یا پس از انحلال زوجیت، اگر چه زن شوهر دیگری اختیار کرده باشد.

پنجمین شرط پیدایش حرمت نکاح بین کودک و بین شیر دهنده و شوهر او، یکی بودن زن و شوهری است که از شیر آنها کودک تغذیه مینماید. بنابراین هرگاه مردی دو زن داشته باشد و زنان مزبور از او حامله گردند و وضع حمل نمایند و یکی از آن دو هفت دفعه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۳

کامل و دیگری هشت دفعه کامل بکودکی شیر دهند و یا یک روز از شیر یک زن و یک شب از شیر زن دیگر بخورد، نکاح بین آن کودک و زن شیر دهنده و شوهرش ممنوع نمیباشد، یعنی آن مرد پدر رضاعی و آن زن مادر رضاعی کودک محسوب نمیگردند. هر یک از شرائط مذکور در بالا را چنانچه فاقد باشد قرابت رضاعی حاصل نمیشود.

تبصره- قرابت رضاعی بین دو کودک که شیر یک نفر را خورده باشند

اشاره

آنچه تاکنون در بالا- بیان گردید راجع بقرابت رضاعی بین کودک از یک طرف و زن شیر دهنده و فحل (صاحب لبن) از طرف دیگر است. در این تبصره موضوع دیگری تذکر داده میشود و آن قرابت رضاعی بین دو کودکی است که شیر یک زن را خورده باشند.

قانون مدنی ماده‌ای را اختصاص باین امر نداده بلکه در شق خامس ماده «۱۰۴۶» بصورت یکی از شرائط قرابت رضاعی، بطور عموم آن را نیز بیان کرده است. برای توضیح امر متذکر میگردد که دو کودک زمانی با یکدیگر قرابت رضاعی پیدا مینمایند که آن دو در حدود شرائط مذکور در بالا چنانکه ذیلا دیده میشود از شیر یک شوهر و زن خورده باشند.

الف- از شیر یک شوهر باشد-

بنابراین هرگاه زن از شوهر خود حامله شود و پسر کسی را شیر دهد و سپس دختر شخص ثالثی را نیز شیر دهد خواه شیر او از همان حمل باشد و یا از حمل مجدد، در صورتی که حمل مجدد از همان شوهر باشد، نکاح بین آن دختر و پسر ممنوع است. اما چنانکه در ذیل شق خامس ماده «۱۰۴۶» ق. م تصریح شده: «... اگر یک زن یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هر یک را از شیر متعلق بشوهر دیگر شیر داده باشد آن پسر با آن دختر برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج آنها از این حیث ممنوع نمیباشد». زیرا چنانکه در بالا تذکر داده شد شرط ممنوعیت نکاح در قرابت رضاعی بین دو کودک (پسر و دختر) یکی بودن فحل است ولی هر یک از آن دو، فرزند رضاعی زن شوهری که شیر او را خورده است میباشد، باین معنی که زن شیر دهنده مادر آن دختر و پسر است و یکی از آن دو شوهر پدر رضاعی آن دختر و دیگری پدر رضاعی آن پسر میباشد.

ب- از شیر یک زن باشد-

چنانکه از ظاهر عبارت شرط خامس که میگوید:

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۴

«خامساً- مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد ...» معلوم میگردد در صورتی دو طفل قرابت رضاعی با یکدیگر پیدا مینمایند که از شیر یک زن خورده باشند.

قول مشهور که دعوی اجماع هم بر آن شده بر آنست که برای ایجاد برادری و خواهری رضاعی کافی است که آن دو طفل شیر متعلق بیک شوهر را در حدود شرائط لازم خورده باشند و لازم نیست که از شیر یک زن باشد. قول دیگر که طبرسی بر آنست شیر خوردن دو طفل از شیر متعلق بیک شوهر یا از شیر یک زن کافی برای ایجاد قرابت رضاعی بین آن دو طفل میباشد.

بنابر قول مشهور هرگاه کسی چند زن داشته باشد و هر یک از آنها از آن مرد حامله شود و بکودکی شیر دهد، نکاح آن کودکان با یکدیگر ممنوع است، مثلا کسی زنی داشت که حامله شد و پسری را شیر داد، سپس زن مزبور فوت کرد و یا طلاق گرفت و آن مرد زن دیگری را گرفت و او نیز حامله شد و دختری را شیر داد، آن پسر و دختر خواهر و برادر رضاعی میباشند و نمیتوانند با یکدیگر ازدواج نمایند. بنابراین از شیر یک زن خوردن دو طفل شرط تحقق قرابت رضاعی نمیباشد. عبارت شق خامس مادهٔ «۱۰۴۶» ق. م میگوید: «مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد ...» موهم خلاف نظر مشهور است، ولی با توجه بمثالی که بلافاصله متفرع بر شرط مذکور مینماید و میگوید: «... بنابراین اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد موجب حرمت نمیشود، اگر چه شوهر آن دو زن یکی باشد ...»

باید بر آن بود که متحد بودن مرضعه شرط تأثیر مقدار شیر خوردن طفل در نشر حرمت است، بعبارت دیگر، قانون شیر خوردن طفل را در مدت یک شبانه روز و یا پانزده دفعه متوالی، در صورتی مانع از نکاح بین مرضعه و فحل از یک طرف و مرتضع یا مرتضعه از طرف دیگر قرار داده که آن شیر از یک زن و از یک شوهر باشد. بدین جهت عبارت را بکلمهٔ (مقدار شیری که طفل خورده است) شروع نموده است. اما مثال دوم شرط خامس که میگوید: «...

و همچنین اگر یک زن یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هر یک را از شیر متعلق بشوهر دیگر شیر داده باشد، آن پسر و

آن دختر برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۵

بین آنها از این حیث ممنوع نمیباشد». هیچ مناسبتی با مقدار شیری که طفل خورده است ندارد، بلکه مطلب تازه‌ای را طرح مینماید و آن خواهر و برادر رضاعی نبودن پسر و دختری است که شیر زنی را خورده‌اند که دو شوهر کرده و هر یک از آنها را از شیر شوهری شیر داده است. فرض عکس آن را که شیر خوردن پسر و دختری از دو زن که شوهر آنان یکی میباشد مسکوت گذارده، با آنکه در مقام بیان بوده است. سکوت او را میتوان دلیل بر آن دانست که یکی بودن زن شیر دهنده شرط ایجاد قرابت بین دو نفر طفل با یکدیگر نمیباشد.

استدلال مذکور در بالا برای رعایت اجماع فقهای امامیه میباشد و الا با طرز بیان و نارسا بودن عبارت شرط خامس نمیتوان وحدت زن شیر دهنده را شرط حرمت نکاح بین برادر و خواهر رضاعی ندانست.

نتیجه

پس از آنکه شرائط پنج‌گانه مذکور در بالا موجود گردید، قرابت رضاعی بین دو نفر حاصل میگردد و بدستور ماده «۱۰۴۶» ق. م: «قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است ...». یعنی هر عنوانی که از خویشاوندی نسبی موجب حرمت میگردد، همان عنوان در خویشاوندی رضاعی موجب حرمت نکاح خواهد بود. بعبارت دیگر هر یک از عناوین نسبی مذکور در ماده «۱۰۴۵» ق. م که از موانع نکاح شناخته شده است همان عنوان در خویشاوندی رضاعی از موانع نکاح بشمار میرود. چنانکه گذشت، در اصطلاح فقهاء شوهری که از شیر او بکودك داده شده (فحل) و زنی که شیر داده است (مرضعه) و کودکی که شیر خورده است (مرتضع چنانکه پسر و مرتضعه چنانکه دختر باشد) نامیده میشود و برای سهولت امر اصطلاحات مزبور در شرح اقربای رضاعی استعمال میگردد. بنابراین فحل پدر و مرضعه مادر کودك میباشد و اصول مرضعه و فحل، اجداد و جدات مرتضع یا مرتضعه هستند. فروع مرضعه و فحل، برادر و خواهر یا برادر زاده و خواهر زاده مرتضع

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۶

و مرتضعه میباشند، کسانی که در حاشیه مرضعه و فحل هستند، اعمام و عمات و اخوال و خالات مرتضع یا مرتضعه محسوب میگردند. از طرف دیگر فروع مرتضع، یا مرتضعه اولاد اولاد مرضعه و فحل هستند.

شرح اقسام خویشاوندان رضاعی-

اشاره

موارد ممنوع بودن نکاح اقربای رضاعی در هفت قسمت بیان میگردد:

اول- ممنوع بودن نکاح مرضعه و فحل با مرتضع و مرتضعه.

دوم- موارد ممنوع بودن نکاح اقربای نسبی مرتضع و مرتضعه با مرضعه و فحل.

سوم- موارد ممنوع بودن نکاح اقربای نسبی مرضعه و فحل با مرتضع و مرتضعه.

چهارم- موارد ممنوع بودن نکاح اقربای نسبی مرتضع و مرتضعه با اقربای نسبی مرضعه و فحل.

پنجم- موارد ممنوع بودن نکاح اقربای رضاعی هر یک از زوجین بر دیگری.

ششم- موارد ممنوع بودن نکاح بین دو مرتضع.

هفتم- موارد ممنوع بودن نکاح بین اقربای نسبی هر یک از دو مرتضع با مرتضع دیگر.

اول- ممنوع بودن نکاح مرضعه و فحل با مرتضع و مرتضعه

۱- نکاح مرضعه با مرتضع ممنوع است، زیرا مرضعه مادر رضاعی مرتضع است و نکاح مادر نسبی با پسرش ممنوع میباشد.
۲- نکاح فحل با مرتضعه ممنوع میباشد، زیرا فحل پدر رضاعی مرتضعه است و نکاح پدر نسبی با دخترش ممنوع است.

دوم- موارد ممنوع بودن نکاح اقربای نسبی مرضعه و فحل با مرتضع و مرتضعه

۱- نکاح اصول نسبی مرضعه و فحل (یعنی پدر و مادر، اجداد و جدات آنها)
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۷
با مرتضع و مرتضعه ممنوع است، زیرا اصول مزبور اجداد و جدات رضاعی مرتضع و مرتضعه شناخته میشوند و نکاح شخص با اجداد و جدات نسبی ممنوع میباشد.
۲- نکاح فروع نسبی مرضعه و فحل (یعنی پسر و دختر و اولاد آنها) با مرتضع و مرتضعه ممنوع است، زیرا فروع مزبور نسبت بمرتضع و مرتضعه برادر و خواهر رضاعی و اولاد آنها برادر زاده و خواهر زاده رضاعی محسوب میشوند و نکاح شخص با برادر و خواهر نسبی و اولاد آنها ممنوع میباشد.
در این امر فرقی نمینماید که فروع مرضعه از فحل باشد یا از شوهر دیگری، همچنانی که فرق نمینماید که فروع فحل از مرضعه باشد یا از زن دیگری، زیرا اولاد هر یک از مرضعه و فحل برادر و خواهر رضاعی مرتضع و مرتضعه هستند و اولاد آنها برادر زاده و خواهر زاده رضاعی میباشند.
۳- نکاح کسانی که در حاشیه نسبی مرضعه و فحل هستند (یعنی برادر و خواهر آنها) با مرتضع و مرتضعه ممنوع است، زیرا اینان عمو و عمه و دائی و خاله رضاعی مرتضع و مرتضعه میباشند و نکاح شخص با عمو و عمه و دائی و خاله نسبی ممنوع است.
همچنین است اعمام و عمات و اخوال و خالات پدر و مادر یا اجداد و جدات نسبی مرضعه و فحل، یعنی نکاح اینان با مرتضع و مرتضعه ممنوع میباشد، زیرا آنها اعمام و عمات و اخوال و خالات پدر، مادر، اجداد و جدات رضاعی مرتضع و مرتضعه شناخته میشود، و نکاح شخص با اعمام و عمات و اخوال و خالات نسبی پدر، مادر، اجداد، جدات ممنوع میباشد.

سوم- موارد ممنوع بودن نکاح اقربای نسبی مرتضع و مرتضعه با مرضعه و فحل

نکاح فروع نسبی مرتضع و مرتضعه با مرضعه و فحل ممنوع است، زیرا فروع مرتضع و مرتضعه اولاد اولاد رضاعی مرضعه و فحل میباشند و نکاح شخص با اولاد اولاد نسبی ممنوع
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۸
شناخته شده است. بنابر عقیدهٔ عده‌ای از فقهای امامیه در این امر فرقی نمینماید که فروع مرتضع و مرتضعه نسبی باشند یا رضاعی، زیرا اینان نیز طبق قاعده، اولاد اولاد آنها محسوب میگردند. علامه و محقق ثانی در قواعد و شرح آن، نکاح فروع رضاعی مرتضع و مرتضعه را بر مرضعه و فحل ممنوع نمیدانند.
تبصره- نکاح اقربای نسبی مرتضع و مرتضعه با مرضعه و فحل که در زیر بیان میشود ممنوع نمیباشد، زیرا عناوین خویشاوندی که بین آنان حاصل میشود از عناوینی که قانون نکاح با آنها را ممنوع نموده نمیباشد:

الف- نکاح اصول نسبی مرتضع و مرتضعه با مرضعه و فحل ممنوع نیست، زیرا مرضعه نسبت بپدر مرتضع یا مرتضعه، مادر فرزند رضاعی او است و مادر فرزند شخص در حکم زن او است. و اما رابطهٔ خویشاوندی مادر مرتضع و مرضعه با فحل، رابطهٔ مادر فرزند رضاعی میباشد که آن هم در ردیف زن او خواهد بود.

ب- نکاح حواشی نسبی (برادر و خواهر) مرتضع و مرتضعه با مرضعه و فحل ممنوع نیست، زیرا حواشی اینان برادر و خواهر فرزند شخص هستند و برادر و خواهر فرزند، عنوانی بخصوص در قانون ندارد و کسی که نکاح با او حرام است خود فرزند میباشد. همچنین است نکاح اعمام و عمات و اخوال و خالات مرتضع و مرتضعه نسبت بمرضعه و فحل.

چهارم- موارد ممنوع بودن نکاح اقربای نسبی مرضعه و فحل بر اقربای نسبی مرتضع و مرتضعه

۱- نکاح اصول نسبی مرضعه و فحل با فروع مرتضع و مرتضعه ممنوع است، زیرا اصول آنان اجداد و جدات رضاعی فروع مرتضع و مرتضعه محسوب میگردند، و نکاح با اجداد و جدات نسبی ممنوع میباشد.

۲- نکاح فروع نسبی درجهٔ اول مرضعه و فحل، با فروع نسبی مرتضع و مرتضعه ممنوع است، زیرا آنان عمو و عمه و دائی و خالهٔ رضاعی اولاد مرتضع یا مرتضیه میباشند و نکاح با عمو و عمه و دائی و خاله نسبی ممنوع است.

۳- نکاح حواشی نسبی مرضعه و فحل با فروع نسبی مرتضع و مرتضعه ممنوع است. زیرا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۰۹

حواشی مزبور عمو و عمه و دائی و خاله رضاعی پدر یا مادر و اجداد یا جدات فروع مرتضع و مرتضعه میباشند و نکاح با عمو و عمه و خاله و دائی پدر یا مادر یا اجداد یا جدات نسبی ممنوع است. بنابراین برادر و خواهر مرضعه و فحل نمیتوانند با پسر یا دختر مرتضع و مرتضعه ازدواج کنند، همچنین است نکاح حواشی پدر و مادر و اجداد و جدات مرضعه و فحل با فروع مرتضع و مرتضعه.

تبصره- نکاح اقربای نسبی مرضعه و فحل با اقربای نسبی مرتضع و مرتضعه که در زیر بیان میشود ممنوع نمیباشد:

الف- فروع نسبی مرضعه و فحل با اصول مرتضع یا مرتضعه ممنوع نمیباشد، زیرا فروع درجهٔ اول مرضعه و فحل، برادر یا خواهر رضاعی اولاد اصول مرتضع و مرتضعه (پدر و مادر، اجداد و جدات آنها) میشود و نکاح برادر و خواهر اولاد، عنوان مستقلی در موانع نکاح ندارد، بلکه برادر و خواهر اولاد هرگاه اولاد شخص باشند، نکاح آنان از نظر اولاد بودن ممنوع است و قاعدهٔ حرمت نکاح اقارب رضاعی بر برادر و خواهر اولاد صدق نمینماید.

بدین جهت شیخ در مبسوط نکاح آنان را حرام ندانسته است، ولی عده‌ای از فقهای امامیه باستناد روایات معتبره خاص، نکاح مزبور را ممنوع میدانند.

ب- نکاح اصول نسبی مرضعه و فحل با اصول مرتضع و مرتضعه ممنوع نمیباشد، زیرا عنوان قرابت نسبی که نکاح ممنوع باشد بین آنان موجود نیست.

ج- نکاح فروع نسبی مرضعه و فحل با حواشی نسبی مرتضع یا مرتضعه ممنوع نمیباشد، زیرا فروع مرضعه و فحل برادر یا خواهر رضاعی مرتضع یا مرتضعه هستند و برادر برادر، و یا خواهر برادر و یا برادر خواهر و یا خواهر خواهر از عناوین ممنوعه قانونی در نسب بشمار نمیرود و آنچه نکاح با آنان ممنوع است برادر و خواهر شخص هستند.

د- نکاح حواشی نسبی مرضعه و فحل با اصول مرتضع و مرتضعه ممنوع نمیباشد، زیرا حواشی مرضعه و فحل، نسبت باصول مرتضع و مرتضعه، عمو و عمه یا دائی و خاله اولاد اینان هستند و هیچیک از عناوین قرابت نسبی که نکاح بین آنان ممنوع باشد در مورد مزبور بعنوان رضاعی صدق نمیکند.

ه- نکاح حواشی نسبی مرضعه و فحل با حواشی نسبی مرتضع و مرتضعه ممنوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۰

نمیباشد، زیرا هیچ‌یک از عناوین محرمات نسبی بر برادر و خواهر مرضعه و فحل نسبت برادر یا خواهر مرتضع و مرتضعه منطبق نمیگردد.

پنجم- موارد ممنوع بودن نکاح اقربای رضاعی هر یک از زوجین بر دیگری

در صورتی که کسی در اثر قرابت رضاعی با یکی از زوجین عنوانی را پیدا نماید که نکاح او در قرابت نسبی با دیگری ممنوع باشد، نکاح خویشاوند رضاعی مزبور با او ممنوع است، مثلا مادر زن که باعتبار قرابت نسبی که با زن دارد نمیتواند با شوهر دختر خود (داماد) نکاح نماید، همین‌گونه نکاح مادر رضاعی زن با شوهر او ممنوع است. مادهٔ «۱۰۴۷» ق. م تصریح بممنوعیت نکاح اقربای رضاعی هر یک از زوجین بر دیگری مینماید ماده «۱۰۴۷» ق. م: «نکاح بین اشخاص ذیل بواسطهٔ مصاهره ممنوع دائمی است:

۱- بین مرد و مادر و جدات زن او از هر درجه که باشد، اعم از نسبی و رضاعی.

۲- بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر و یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است هر چند قرابت رضاعی باشد.

۳- بین مرد با اناث از اولاد زن از هر درجه که باشد و لو رضاعی، مشروط بر اینکه بین زن و شوهر زناشوئی واقع شده باشد». چنانکه شرح آن گذشت قاعدهٔ مروی از بنی اکرم صلی اللّه علیه و آله (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) شامل آن میگردد، زیرا معنی قاعده آنست که هر کسی که بیکی از عناوین نسبی نکاح با او حرام باشد، نکاح دارندهٔ آن عنوان در رضاعی نیز حرام است. کسانی که باعتبار عنوان نسبی نکاح با آنان حرام میباشد بر دو دسته‌اند:

۱- اقربای نسبی مذکور در ماده «۱۰۴۵» ق. م.

۲- اقربای نسبی یکی از زوجین بر دیگری مذکور در ماده «۱۰۴۷» ق. م.

بنابراین نکاح هر کس که از جهت رضاعی تحت یکی از عناوین مذکور در دو ماده بالا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۱

در آید ممنوع میباشد و نکاح کسانی که از عناوین مزبور خارج میباشند ممنوع نخواهد بود.

ششم- موارد ممنوع بودن نکاح بین دو مرتضع

هرگاه دو کودک (دختر و پسر) در حدود شرایط معینه شیر یک زن متعلق بیک شوهر را خورده باشند، نکاح آنان با یکدیگر ممنوع است، زیرا آنان خواهر و برادر رضاعی میگردند و نکاح بین خواهر و برادر نسبی ممنوع است (شرح آن گذشت)

هفتم- موارد ممنوع بودن نکاح بین اقربای نسبی هر یک از دو مرتضع با مرتضع دیگر

اشاره

۱- فروع نسبی هر یک از دو مرتضع بر مرتضع دیگر ممنوع است، زیرا مرتضع عموی اولاد مرتضع دیگر است و چنانچه مرتضعه باشد عمه اولاد مرتضع محسوب میگردد و عمو و عمه از محرمات نسبی میباشند.

تبصره- نکاح اخوهٔ نسبی هر یک از مرتضع و مرتضعه بر دیگری ممنوع نمیباشد، مثلا چنانچه زنی طبق شرایط مقرره پسر یک نفر و دختر دیگری را شیر دهد اگر چه آن دو کودک برادر و خواهر رضاعی میشوند و نکاح آنان با یکدیگر ممنوع است، ولی خواهر و

برادر دختر (مرتضعه) مزبور میتواند با برادر و خواهر نسبی آن پسر (مرتضع) ازدواج کند و همچنین برادر و خواهر پسر (مرتضع) مزبور میتواند با خواهر و برادر نسبی آن دختر (مرتضعه) ازدواج نماید، زیرا برادر برادر و خواهر برادر و برادر خواهر عنوان مستقلی در قرابت نسبی ندارند تا نکاح آنان در قرابت رضاعی ممنوع باشد.

۲- نکاح اصول نسبی هر یک از مرتضع و مرتضعه با دیگری ممنوع نمیباشد، زیرا اصول هر یک از آن دو پدر و مادر برادر یا خواهر دیگری محسوب میگردد و عنوان مزبور از محرمات نسبی شناخته نمیشود تا رضاعی آن ممنوع باشد.

تبصره- ۱- عموم منزله

بعض از فقهاء امامیه دایرهٔ محرمات رضاعی را توسعه داده و اکتفا ننموده‌اند بممنوع بودن

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۲

نکاح کسانی که باعتبار رضاع تحت یکی از عناوین محرمات نسبی درآیند، بلکه نکاح با کسانی که باعتبار رضاع در ردیف محرمات نسبی قرار میگیرند نیز ممنوع دانسته‌اند. بنا بر این شخص نمیتواند با کسی که برادرش را شیر داده ازدواج نماید، زیرا در ردیف مادر او است، بدین جهت میگویند هر گاه زنی برادر شوهر خود را شیر دهد آن زن بر شوهر خود حرام میشود و نکاح آنان منحل میگردد، زیرا زن مزبور مادر رضاعی برادر شوهر خود میشود و مادر رضاعی برادر شوهر در ردیف مادر نسبی شوهر است و نکاح با مادر نسبی ممنوع میباشد. این امر را (یعنی کسانی را که در ردیف عناوین نسبی میباشند در حکم عناوین نسبی قرار دادن و نازل منزله آنها بشمار آوردن) در اصطلاح فقهاء عموم منزله گویند.

تصور میرود که نتوان از نظر قضائی بجهاتی که ذیلا دیده میشود از عقیدهٔ بالا متابعت نمود.

چنانکه گذشت طبق قاعده مذکور در مادهٔ «۱۰۴۶» قانون مدنی، فقط نکاح دو طبقه ممنوع است.

اول- نکاح با اقربای رضاعی که تحت یکی از عناوین قرابت نسبی که نکاح با آنان ممنوع است در آید. آن عناوین در ماده «۱۰۴۵» ق. م بیان شده است. ماده «۱۰۴۵» ق. م: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد:

۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا رود.

۲- نکاح با اولاد هر قدر که پائین برود.

۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پائین برود.

۴- نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات».

دوم- نکاح اقربای رضاعی یکی از زوجین با دیگری که تحت یکی از عناوین قرابت سببی که نکاح با آنان ممنوع است در آید. آن عناوین در ماده «۱۰۴۷» ق. م بیان شده است. ماده «۱۰۴۷» ق. م: «نکاح بین اشخاص ذیل بواسطه مصاهره ممنوع دائمی است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۳

۱- بین مادر و جدات زن او از هر درجه که باشد اعم از نسبی و رضاعی.

۲- بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر و یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است هر چند قرابت رضاعی باشد.

۳- بین مرد با اناث از اولاد زن از هر درجه که باشد و لو رضاعی، مشروط بر اینکه بین زن و شوهر زناشوئی واقع شده باشد». اما عنوانی که در ردیف یکی از عناوین مذکور در بالا باشد، مانند مادر برادر که در ردیف مادر محسوب گردد و یا خواهر برادر که در ردیف خواهر او شناخته شود موجب حرمت نمیگردد، زیرا مادر برادر تحت هیچ یک از عناوینی که در مرحله نسب نکاح با آن ممنوع باشد داخل نمیشود و همچنین است خواهر برادر، زیرا خواهر برادر از عناوینی که قانون نکاح با او را منع نموده نمیباشد. بنابراین چنانچه زنی برادر شوهر خود را شیر دهد، زن مزبور مادر شوهر خود نمیگردد تا شوهرش بر او حرام شود، بلکه مادر

رضاعی برادر شوهرش خواهد شد و در قرابت نسبی چنین عنوانی در موانع نکاح بشـمار نیامده است. ولی چون مادر برادر شوهر در ردیف مادر شوهر قرار گرفته عـده‌ای از فقهاء از باب عموم منزله نکاح زن و شوهر را باطل دانسـته‌اند و با توضـیحی که در بالا داده شد ضعف نظریه مزبور ظاهر است.

تبصره- ۲- رضاع پس از نکاح

رضـاع همچنـانی که ابتـداء ایجاد قرابت مینمایـد و مانع از نکاح میگردد هرگاه پس از انعقاد نکاح موجود شود نکاح سابق را از آن زمـان منحـل میگردانـد، زیرا چنـانکه در شـرح قرابت رضـاعی گـذشت، رضاع ایجاد خویشاونـدی مینمایـد و با خویشاونـدی رابطهٔ زوجیت نمیتوانـد بوجود آید. بنابراین همچنانی که رضاع ابتداء مانع از ایجاد رابطهٔ زوجیت است، هر زمان که خویشاوندی رضاعی بین زوجین موجـود شـود رابطـهٔ زوجیت بخـودی خـود قطع میگردد، زیرا خویشاونـدی امری طـبیعی است که در اثر رضـاع موجود میشود، پس ناچـار زوجیت منحل خواهـد گردیـد. از نظر قضائی قاعـده مـذکور در ماده «۱۰۴۶» ق. م مطلق میباشـد و شامـل هر دو مورد قبل و بعد از عقد میشود، مثلا هرگاه کسی دو زن

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۴

داشـته باشد یکی کبیره و دیگری صـغیره و زوجهٔ کبیره از شـیر شوهر خود زوجهٔ صغیره او را شیر دهد، آن دو زن بشوهر خود حرام میشوند و نکاح آنان از تاریخ مزبور باطل میشود، زیرا یکی مادر زن و دیگری اولاد رضاعی شوهر میگردد. و هرگاه زوجهٔ کبیره از شیر مرد دیگری زوجـهٔ صـغیره را شـیر دهـد چنـانچه شوهر بـا زوجه کـبیره نزدیکی کرده باشـد نکـاح هر دو باطـل میشود و هرگـاه نزدیکی نکرده‌اند نکاح کبیره باطل خواهد بود. فرض مزبور اکنون که نکاح با صغیره بعمل نمیآید مورد عمل پیدا نمیکند.

مثالهـای دیگری بعض از حقوقیین در این بـاب آورده‌انـد، من جمله آنکه هرگـاه مـادر زن شـخص، فرزنـد او را شـیر دهـد، در این صورت زن بر شوهر خود حرام میشود، زیرا شـیر خوردن کودک موجب میگردد که زن مزبور خواهر آن کودک شود، و نتیجـهٔ آن زن خواهر رضـاعی فرزنـد شوهر خود خواهـد بود. بعبـارت دیگر آن مرد بـا خواهر رضـاعی فرزنـد خود ازدواج کرده است و نکاح اصول نسبی مرتضع با حواشی رضاعی مرتضع مزبور حرام است.

فرض مزبور ممکن است عملا پیش آید، ولی نظر مشـهور که عموم منزله را معتبر نمیدانند نکاح را در مورد بالا ممنوع نمیشـمارند، زیرا خواهر فرزند تحت یکی از عناوین محرمات نسبی مستقلًا در قانون بشمار نیامده است تا نکاح با رضاعی آن ممنوع باشد.

سوم- قرابت سببی

اشاره

قرابت سببی خویشاوندی است که در اثر نکاح بین هر یک از زوجین با خویشاوندان دیگری موجود میگردد و موجب حرمت نکاح عیناً و یا جمعاً میشود. فرق نمینماید که نکاح بین زوجین دائم باشد یا منقطع. قرابت مزبور را قرابت بمصاهره نیز گفته‌اند. کسانی که نکاح با آنان در اثر مصاهره ممنوع میباشد در دو قسمت بیان میشود:

اول- کسانی که نکاح آنان عیناً ممنوع میباشد

اشاره

نکاح بین یکی از زوجین با بعضی از خویشاوندان دیگری برای همیشه ممنوع است، اگر چه نکاح بین زوجین در اثر فسخ، طلاق، یا

فوت منحل گردد، زیرا از نظر اخلاقی و بدیدهٔ اجتماع خویشاوندی بین آنان در اثر نکاح همانند خویشاوندی نسبی قرار میگیرد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۵

ماده «۱۰۴۷» ق. م میگوید: «نکاح بین اشخاص ذیل بواسطه مصاهره ممنوع دائمی است:

۱- بین مرد و مادر و جدات زن او از هر درجه که باشد اعم از نسبی و رضاعی ...».

چنانکه از مادهٔ بالا فهمیده میشود، عقد نکاح مرد با زنی موجب میگردد که نکاح مادر و جدات او (مادری یا پدری) بر شوهر مزبور ممنوع شود، خواه زوجین با یکدیگر نزدیکی کرده باشند یا نکرده باشند. بنابراین چنانچه مردی با زنی ازدواج کند و قبل از نزدیکی او را طلاق دهد، نمیتواند با مادر او نکاح بنماید. ماده مزبور نه فقط نکاح مادر و جدهٔ نسبی زن را بر شوهر ممنوع دانسته است، بلکه مادر و جدهٔ رضاعی او را نیز بر شوهر ممنوع نموده است (شرح آن در رضاع گذشت)

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۴، ص: ۳۱۵

«۲- بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر و یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است، هر چند قرابت رضاعی باشد ...» چنانکه در ماده مزبور تصریح شده کسی نمیتواند با زن پدر و زن اجداد خود ازدواج نماید، زیرا اینان بمنزله مادر او هستند و از نظر نظم اجتماعی و آرامش خانوادگی نکاح بین آنان ممنوع شده است. بنابراین هرگاه نکاح زن با شوهرش بجهتی از جهات منحل گردد، پسر آن شوهر نمیتواند با آن زن ازدواج بنماید و همچنین است نسبت بزن پسر و زن نوه هر چه پائین برود. نظر باطلاق ماده در این امر فرقی نمینماید که نزدیکی با آن زن حاصل شده باشد یا قبل از نزدیکی نکاح منحل گردد.

امر دیگری را که شق دوم مادهٔ بالا متذکر میباشد آنست که نکاح پسر با زن پدر و اجداد رضاعی نیز ممنوع میباشد، همچنانی که نکاح پدر با زن پسر و یا احفاد رضاعی او ممنوع میباشد.

«۳- بین مرد با اناث از اولاد زن از هر درجه که باشد و لو رضاعی، مشروط بر اینکه بین زن و شوهر زناشوئی واقع شده باشد». منظور از کلمهٔ (اناث از اولاد زن) دخترهای بلافصل و یا بواسطهٔ زن میباشد، خواه پسر باشند یا دختری، مانند نوهٔ دختری یا نوهٔ پسری زن. بنابراین کسی که با زنی ازدواج کرده هیچ زمان نمیتواند با دختر آن زن نکاح نماید،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۶

خواه زن دختر را از شوهر قبلی خود داشته و یا از شوهر بعدی خود بدست آورده باشد.

مثلًا چنانچه مردی با زنی ازدواج بنماید و پس از نزدیکی او را طلاق دهد و آن زن شوهر دیگری کند و از شوهر مزبور دارای دختری شود، شوهر اول زن نمیتواند با دختر او ازدواج بنماید، زیرا دختر مزبور بدیدهٔ اجتماع در ردیف دختر آن شوهر شناخته میشود و نظم اجتماعی ایجاب این امر را مینماید.

چنانکه در ماده تصریح شده است در حرمت نکاح مرد با دختر زن خود فرقی نمینماید که دختر مزبور نسبی زن باشد یا دختر رضاعی او.

بنابر صریح ماده، عقد نکاح بتنهائی موجب حرمت ابدی بین شوهر و دختر زن نمیگردد، بلکه مشروط است باینکه بین زن و شوهر نزدیکی بعمل آمده باشد، بنابراین چنانکه کسی زنی را بگیرد و قبل از نزدیکی، بجهتی از جهات نکاح منحل گردد، مانند آنکه زن بمیرد یا طلاق داده شود و یا نکاح فسخ گردد، شوهر مزبور میتواند با دختر آن زن ازدواج نماید.

نزدیکی بین زن و شوهر را ماده بالا شرط حرمت ابدی نکاح شوهر با دختر آن زن دانسته است، و الا مرد نمیتواند بین دختر و مادر

را جمع کند، باین معنی که مردی در یک زمان شوهر مادر و دختر او باشد.

تبصره- نزدیکی بشبهه و زنا در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است

بدستور ماده «۱۰۵۵» ق. م: «نزدیکی بشبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است ولی مبطل نکاح سابق نیست».

منظور از زنا چنانکه شرح آن بعداً خواهد آمد آنست که مرد با علم نبودن رابطهٔ زوجیت آلت خود را بقدر حشفه در آلت زن داخل بنماید، خواه این عمل در قبل زن باشد یا در دبر او و چنانچه بتصور وجود رابطهٔ زوجیت این عمل انجام گردد و حال آنکه در حقیقت رابطهٔ نباشد، نزدیکی بشبهه خواهد بود.

مادهٔ مزبور دارای دو قسمت است:

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۷

الف- نزدیکی بشبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است. چنانکه از عبارت ماده بالا فهمیده میشود، کسانی که در ماده «۱۰۴۷» ق. م بواسطهٔ مصاهره ازدواج با آنان ممنوع است بسبب نزدیکی بزنا و بشبهه نیز نکاح با آنان ممنوع میباشد. بنابراین نکاح بین اشخاص ذیل ممنوع است ۱- بین مرد و مادر و جدات زنی که آن مرد با او زنا کرده و یا وطی بشبهه نموده است. از هر درجه که باشند اعم از نسبی و رضاعی.

۲- بین مرد و زنی که سابقاً پدر آن مرد با او زنا کرده و یا بشبهه نزدیکی نموده، یا یکی از اجداد آن مرد با او زنا نموده و یا بشبهه نزدیکی کرده است، یا پسر و یا یکی از احفاد آن مرد با او زنا کرده و یا بشبهه نزدیکی نموده است.

۳- بین مرد و اناث از اولاد زنی که آن مرد با او زنا کرده و یا بشبهه نزدیکی نموده است از هر درجه که آن اولاد باشند و لو رضاعی. لذا چنانکه کسی با عمه و خاله خود بزنا یا شبهه نزدیکی کند با اولاد آنها نمیتواند ازدواج نماید.

همردیف قرار دادن نزدیکی بشبهه و زنا در حکم با نکاح صحیح در مصاهره، قول مشهور فقهای امامیه است. قول غیر مشهور بر خلاف آن میباشد و حکم مصاهره را نسبت بآن دو جاری نمینمایند.

ب- نزدیکی بزنا یا شبهه چنانچه پس از عقد نکاح باشد، مبطل آن عقد سابق نخواهد بود. بنابراین هرگاه کسی پس از عقد نکاح، با مادر زنش بشبهه یا زنا نزدیکی بنماید، نکاح بحال خود باقی است و باطل نمیگردد. همچنین است هرگاه شوهر با دختر زنش نزدیکی بنماید. طبق قاعدهٔ (الحرام لا یحرم الحلال) عقد نکاح صحیحاً واقع شده و دلیلی بر انحلال آن نیست و چنانچه تردید شود که آیا نزدیکی بزنا یا شبهه نکاح سابق را باطل نموده است، صحت آن استصحاب میگردد.

آنچه گفته شد در صورتی است که در فرض بالا- نکاح پس از نزدیکی بشبهه یا زنا بعلت فسخ یا طلاق یا بذل مدت و یا انقضاء مدت منحل نگردد و الا چنانچه پس از نزدیکی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۸

بزنا یا شبهه، نکاح بجهتی از جهات منحل شود، نکاح مجدد بین شوهر سابق و آن زن ممنوع خواهد بود، زیرا نزدیکی بشبهه و زنا سابق بر عقد مزبور قرار خواهد گرفت و آن زن، کسی است که قبل از عقد مجدد با آن مرد نزدیکی بشبهه و زنا نموده است. این امر اتفاقی فقهاء نمیباشد، بلکه بعضی بر آنند که نکاح مجدد زن مزبور اشکالی ندارد، زیرا هرگاه زن او و شبهه مزبور مانع از انعقاد نکاح مجدد باشد، موجب انحلال نکاح سابق میگردید.

مسأله-

هرگاه شوهر پس از نکاح، با مادر زن خود بزنا یا شبهه نزدیکی نماید و سپس آن زن را طلاق دهد و در عده رجوع کند اشکالی بنظر نمیرسد، زیرا رجوع، نکاح مجدد نمیباشد. بلکه بوسیلهٔ رجوع زوجیت سابق عودت می‌یابد.

دوم- کسانی که نکاح آنان جمعاً ممنوع است

اشاره

- آنچه در ممنوعیت نکاح بین اقارب نسبی و رضاعی و مصاهره در بالا گفته شد، ممنوعیت همیشگی بین اقارب است که آن را در اصطلاح فقهاء حرمت عینی گویند. مواردی موجود است که ممنوعیت عینی در نکاح بین دو نفر موجود نیست ولی مرد نمیتواند چند زن را که بین آنها قرابت است در نکاح جمع نماید، یعنی در یک زمان شوهر آنها باشد، مانند نکاح با دو خواهر در یک زمان. معلوم است این امر با تعدد زوجات که یک مرد میتواند چند زن داشته باشد قابل تحقق است.
مواردی که نکاح جمعاً ممنوع میباشد عبارت است از:

۱- جمع بین دو خواهر-

مادهٔ «۱۰۴۸» ق. م میگوید: «جمع بین دو خواهر ممنوع است، اگر چه بعقد منقطع باشد». بنابراین چنانچه کسی زنی را بگیرد، نمیتواند مادام که در زوجیت او باقی است با خواهرش ازدواج نماید، و هرگاه ازدواج کند آن ازدواج باطل است، زیرا عقد اول صحیحاً واقع شده است و چون جمع بین دو خواهر ممنوع میباشد، عقد دوم منعقد نمیگردد، در این امر فرقی نمینماید که هر دو عقد دائم باشند یا منقطع یا یکی دائم باشد و دیگری منقطع.
در صورتی که دو خواهر در یک عقد برای یک مرد نکاح گردد. عقد نکاح نسبت بهر
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۱۹
دو باطل خواهد بود، زیرا صحت هر دو عقد موجب جمع بین دو خواهر میگردد و آن ممنوع میباشد و صحت هر یک موجب بطلان دیگری است و هیچ‌یک در این امر بر دیگری برتری ندارد تا بتوان آن را مقدم داشت.
تذکره- در صورتی که کسی بخواهد خواهر زن خود را بگیرد باید نکاح با آن زن منحل گردد و سپس خواهر او را بگیرد. بدین نحو که اگر طلاق زن، رجعی باشد مرد نمیتواند قبل از انقضاء مدت عده با خواهر او ازدواج نماید و پس از آن مانعی ندارد، زیرا بنا بر مستفاد از مواد «۹۴۳» و «۱۱۴۸» و مواد دیگر قانون مدنی، مطلقهٔ رجعیه در حکم زوجه است و نکاح شوهر با خواهر زن خود موجب جمع بین دو خواهر میشود و آن ممنوع است. اما چنانچه زن بطلاق بائن مطلقه گردد مانند زن یائسه یا غیر مدخوله و سه طلاقه یا نه طلاق عدی، مرد میتواند بلافاصله با خواهر زن خود ازدواج کند، زیرا در اثر طلاق بائن، نکاح منحل گردیده و رابطهٔ زوجیت قطع شده است.
در صورتی که نکاح با زن متعه باشد، شوهر میتواند پس از انقضاء مدت و یا بذل آن خواهرش را در مدت عده بنکاح خود در آورد. عده‌ای از فقهاء بر آنند که شوهر مزبور نمیتواند قبل از انقضاء عده او نیز با خواهرش ازدواج کند. در این امر فرقی نمینماید که نکاح خواهر دائم باشد یا منقطع. از نظر قانون مدنی متابعت قول اول موافق با اصول و فلسفهٔ حقوق است، زیرا پس از انقضاء مدت نکاح منقطع و یا بذل آن، نکاح منحل شده و زن بیگانه از شوهر میباشد و این امر مانند طلاق بائن است. بنظر میرسد که فسخ نکاح مانند طلاق بائن باشد و شوهر بتواند با خواهر زن خود در مدت عده ازدواج نماید.
تبصره- هرگاه یکی از دو خواهر یا هر دو ولد زنا یا ولد شبهه باشند، نیز جمع بین آنان ممنوع است. مستفاد از ماده «۱۰۴۵» ق. م

که میگوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد ...» همچنانی که فرق نمینماید که دو خواهر با یکدیگر نسبی باشند یا رضاعی. این امر در صورتی است که بتوان قاعدهٔ مذکور در مادهٔ «۱۰۴۶» ق. م را شامل خویشاوندان رضاعی در مصاهره دانست، زیرا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۰

ماده «۱۰۴۸» که جمع بین دو خواهر را ممنوع نموده نامی از رضاعی نبرده است.

چنانکه گذشت از نظر حقوق امامیه جمع بین دو خواهر رضاعی نیز ممنوع است.

۲- جمع بین عمه و خاله با خواهر زاده و برادر زاده-

اشاره

طبق ماده «۱۰۴۹» ق. م: «هیچ‌کس نمیتواند دختر برادر زن و یا دختر خواهر زن خود را بگیرد، مگر با اجازهٔ زن خود» مادهٔ مزبور متابعت از قول مشهور فقهای امامیه نموده است. دو قول دیگر نیز موجود است: یکی قول محکی از صدوق بعدم جواز نکاح اگر چه زن اجازه دهد، دیگری قول اسکافی و عمانی است که نکاح مزبور را اجازه داده‌اند، اگر چه زن آن را منع نماید.

شرح مادهٔ بالا ایجاب دانستن امور ذیل را مینماید:

الف- در صورتی که کسی قبلا- زنی را گرفته و بعداً بخواهد خواهر زاده و یا برادر زاده آن زن را بگیرد باید با اجازهٔ زن باشد. چنانکه از مفهوم مخالف مادهٔ مزبور استنباط میشود هرگاه بالعکس کسی که زن دارد و بخواهد عمه یا خاله آن زن را بگیرد احتیاج باجازهٔ آن زن نیست و نکاح مزبور صحیح میباشد، اگر چه عمه و خاله آگاه نباشند که مرد مزبور زن دارد و یا آنکه آن زن برادر زاده یا خواهر زاده اوست. بعضی از فقهای امامیه نکاح مزبور را صحیح دانسته‌اند ولی بعد از نکاح حق فسخ بعمه و خاله داده‌اند.

ب- چنانکه از اطلاق ماده فهمیده میشود، در این امر فرقی نمینماید که نکاح با برادر زاده و یا خواهر زاده بعنوان دائم باشد یا متعه، همچنانی که فرق نمیکند که نکاح با زن اول (عمه و خاله) دائم باشد یا متعه.

ج- چنانکه ماده بالا تصریح مینماید، کسی که زن دارد هرگاه بخواهد خواهر زاده و یا برادرزادهٔ آن زن را بگیرد، باید قبلا اجازهٔ ازدواج از آن زن بگیرد و سپس ازدواج کند. موضوعی که باید مورد مطالعه قرار گیرد ضمانت اجرائی حکم مزبور است که هرگاه شوهر بدون اجازهٔ زن خود با خواهر زاده یا برادر زاده او نکاح نمود، خواه زن (عمه یا خاله) بر این امر در حین نکاح عالم بوده یا جاهل، حکم نکاح مزبور چیست؟ بین فقهای امامیه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۱

چند قول است:

یک- نکاح شوهر با برادر زاده یا خواهر زاده زن خود باطل است و اجازهٔ بعدی زن مؤثر نخواهد بود، زیرا طبق اصل، صحت نکاح اینان مشروط باجازهٔ زن است و شرط باید در زمان وجود مشروط محقق باشد.

دو- شیخان بر آنند که نکاح شوهر با برادر زاده و خواهر زاده زن خود صحیح است ولی زن اول (عمه و خاله) میتواند آن را فسخ نماید، زیرا بدون اجازهٔ او واقع شده است.

سه- عمه و خاله میتوانند نکاح خود را فسخ کنند و یا عقد برادر زاده و خواهر زاده را فسخ نمایند، بدون آنکه احتیاج بطلاق داشته باشد، زیرا هر دو عقد صحیح واقع شده است و بدون رضایت عمه و خاله نمیتوانند باقی بمانند. بنابراین بقاء آن دو منوط باجازهٔ عمه و خاله است و چنانکه بخواهند میتوانند آن را اجازه دهند و یا آنکه یکی را فسخ و دیگری را باقی گذارند، مورد مزبور مانند

آنست که هر دو عقد دفعهٔ واقع شده باشند.

آنچه از مادهٔ «۱۰۴۹» ق. م استنباط میشود آنست که عقد برادر زاده و خواهر زاده زن بدون اجازهٔ آن زن صحیح نمیباشد و چنانچه بدون اجازه واقع شود اجازهٔ بعدی او میتواند نقص را بر طرف و آن را صحیح گرداند و لزومی ندارد که شرط مقارن مشروط موجود شود، چنانچه در عقد فضولی گذشت که اجازه میتواند شرط متأخر قرار گیرد. و هرگاه پس از عقد زن اجازه ندهد و رد کند، عقد برادر زاده و خواهر زاده باطل خواهد بود.

تذکره ۱

اعتبار اذن زن در صحت نکاح خواهر زاده و برادر زاده خود مانند خیار فسخ، حق نمیباشد تا زن بتواند آن را ساقط کند، بلکه حکم و از قوانین آمره است. بنابراین چنانچه ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری شوهر با زن خود شرط نماید که حق مداخله در نکاح برادر زاده و خواهرزادهٔ خود ندارد صحیح نمیباشد. در صورتی که در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر با زن شرط شود که شوهر بتواند برادر زاده و خواهر زاده او را بگیرد شرط صحیح است و بنظر میرسد که زن از اجازهٔ خود که در ضمن عقد لازم واقع شده نتواند رجوع کند، اگر چه بعض از فقهاء احتیاط نموده و بر آنند که بدین وسیله حق اذن زن ساقط نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۲

عده‌ای از فقهای امامیه اجازه عمه و خاله را از هر درجه که باشند برای نکاح برادر زاده و خواهر زاده لازم دانسته‌اند، ولی از ظاهر مادهٔ قانون استنباط این امر نمیشود، بلکه اجازه زن را فقط در مورد خواهر زاده و برادر زاده درجهٔ اول لازم شمرده است، بنابراین چنانچه کسی بخواهد نوهٔ خواهر یا نوهٔ برادر زن خود را ازدواج نماید اجازهٔ زن را لازم نخواهد داشت.

تذکره- ۲

در صورتی که شوهر زن خود را بطلاق رجعی مطلقه سازد، مادام که عده باقی است نمیتواند بدون اجازه زن خواهر زاده و یا برادر زاده او را بنکاح خود در آورد، زیرا چنانکه گذشت مطلقه رجعیه زوجه یا در حکم زوجه است ولی چنانچه طلاق زن بائن باشد نکاح آنها احتیاج باجازهٔ زن مطلقه ندارد. همچنین است هرگاه عمه و خاله در نکاح منقطع بوده و شوهر بقیه مدت را بذل نموده و یا مدت نکاح منقضی شده باشد، زیرا مورد مزبور مانند مورد طلاق بائن است. بنظر میرسد که فسخ نکاح مانند طلاق بائن میباشد.

تذکره- ۳-

در صورتی که ماده «۱۰۴۷» ق. م را بتوان بوسیلهٔ تفسیر وسیع شامل خویشاوندان سببی دانست، خواهر زاده و برادر زاده رضاعی در حکم خواهر زاده و برادر زاده نسبی میباشند و شوهر بدون اجازهٔ زن خود نمیتواند با خواهر زاده و برادر زاده رضاعی او ازدواج نماید. حقوق امامیه خواهر زاده و برادر زاده رضاعی را در حکم نسبی دانسته است.

تذکره- ۴-

چنانچه زن بشوهر خود اجازه دهد که با خواهر زاده یا برادر زاده او ازدواج نماید، اذن مزبور مادام که رجوع از آن ننموده باقی میباشد و چنانچه از آن رجوع نمود دیگر شوهر نمیتواند با آنها ازدواج کند، زیرا اجازه قابل رجوع میباشد. در صورتی که زن از اجازه خود رجوع نمود و شوهر از آن آگاهی نیافت و خواهر زاده یا برادر زاده زن خود را بنکاح در آورد، نکاح مزبور بدون اجازهٔ

زن منعقد شده است، زیرا اجازه با رجوع زائل میگردد، اگر چه کسی که مأذون بوده از رجوع بی‌اطلاع باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۳

فصل دوم- شوهر داشتن زن یا در عده غیر بودن او

اشاره

نکاح با زن شوهر دار یا زنی که در عده غیر میباشد بر دو قسم است:

اول- نکاحی که مرد با زنی با علم بحرمت و شوهر داشتن و یا در عدهٔ غیر بودن او منعقد مینماید

ماده «۱۰۵۰» ق. م میگوید: «هر کس زن شوهر دار را با علم بوجود علقهٔ زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عدهٔ طلاق یا در عدهٔ وفات است با علم بعده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل و آن زن مطلقاً بر آن شخص حرام مؤبد میشود».

مادهٔ مزبور حکم دو فرض را بیان نموده است:

۱- فرضی که مرد با زن شوهردار با علم بوجود علقهٔ زوجیت و حرمت، نکاح کند.

عقد مزبور باطل و آن زن بر آن شخص حرام مؤبد میباشد.

یکی از شرائط صحت نکاح، شوهر نداشتن زن است. بنابراین چنانکه کسی زنی را که در زوجیت دیگری است بنکاح خود در آورد، نکاح مزبور باطل و بلا اثر است، خواه طرفین عقد آگاه از علاقهٔ زوجیت سابقه باشند یا نباشند. آنچه بر حکم بطلا نکاح مادهٔ «۱۰۵۰» ق. م. افزوده آنست که هرگاه مرد مزبور با علم بوجود علقهٔ زوجیت آن زن، و همچنین با علم بحرمت نکاح خود با او ازدواج کند، آن زن برای همیشه بر آن مرد حرام میشود، اگر چه زن عالم یا جاهل بهر دو امر یا یکی از آن دو باشد. قانون بدین وسیله جلوگیری از تجری مرتکب عمل خلاف نموده است. در این امر فرقی نمینماید که نکاح اول و دوم دائم باشد یا متعه یا مختلف، زیرا اطلاق ماده شامل هر دو قسم از نکاح میگردد.

۲- فرضی که مرد زنی را که در عدهٔ طلاق مرد دیگر، یا وفات است، با علم بعده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد مزبور باطل و آن زن برای آن مرد حرام مؤبد است، خواه زن عالم بعده و حرمت نکاح بوده و خواه جاهل.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۴

چنانکه ماده «۱۱۵۰» ق. م تصریح مینماید زنی که نکاح او بجهتی از جهات منحل شود مادام که در عده است نمیتواند شوهر دیگری بنماید. بنابراین نکاح با چنین زنی باطل خواهد بود. ولی مادهٔ بالا امری را اضافه نموده و آن اینست که هرگاه مردی با علم ببودن زن در عدهٔ غیر و همچنین حرمت نکاح، تجری نماید و با آن زن نکاح کند، نکاح مزبور باطل و آن مرد برای همیشه از ازدواج با او محروم است. قانون بدین وسیله از ارتکاب این گونه اعمال خلاف نظم اجتماعی جلوگیری مینماید.

دوم- نکاحی که مرد با جهل بشوهر داشتن زن و یا در عده غیر بودن او واقع میسازد.

اشاره

ماده «۱۰۵۱» ق. م میگوید: «حکم مذکور در مادهٔ فوق در موردی نیز جاری است که عقد از روی جهل بتمام یا یکی از امور مذکوره فوق بوده و نزدیکی هم واقع شده باشد. در صورت جهل و عدم وقوع نزدیکی عقد باطل ولی حرمت ابدی حاصل نمیشود». مادهٔ مزبور حکم دو فرض را بیان مینماید:

۱- فرضی که مرد با زن شوهردار و یا در عدهٔ غیر، نکاح کند و نزدیکی نماید و نمیدانسته که او در علقهٔ زوجیت یا در عده است و

یا نکاح با چنین زن ممنوع میباشـد. در این صورت نکاح باطل و زن مزبور برای او حرام مؤبد است. مثلًا چنانکه زنی خود را بمردی بـدون شوهر و یـا عـده معرفی نمایـد و مرد با او ازدواج کنـد و نزدیکی نمایـد، آن زن دیگر نمیتوانـد پس از طلاق از شوهر خود یا انقضاء عـده با آن مرد ازدواج نمایـد و همچنین است هرگاه مرد نادانی بتصور آنکه نکاح بین کسانی که دارای مذهب دیگری غیر از اسـلام میباشـند باطـل است بـا زن او ازدواج نمایـد، علاـوه بر آنکه عقـد مزبور باطل است، آن مرد هیـچ زمان نمیتوانـد با آن زن ازدواج کند.

تذکره- نزدیکی که شرط حرمت ابدی در مورد جهل بعده یا حرمت نکاح میباشد، آیا مانند عقد باید در عده واقع شود یا نزدیکی پس از انقضـاء عـده هم موجب حرمت ابـدی میگردد؟ بین فقهای امامیه دو قول است: با توجه باطلاق مادهٔ «۱۰۵۰» و «۱۰۵۱» ق. م برای ایجاد حرمت ابدی کافی است که نکاح در عده واقع شود و در اثر آن نزدیکی بعمل

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۵

آیـد، خواه آن نزدیکی در عـده باشـد یا خارج از آن. بنابراین هرگاه نزدیکی پس از انقضاء عـده هم محقق گردد، نکاح آن زن بر مرد مزبور نیز برای همیشه حرام میشود.

مسأله

در صورتی که مردی با زنی که نکاح او منحل شده ولی هنوز عده‌اش شروع نشده است تزویج نماید، مثلا کسی با زنی که شوهر او مرده و هنوز خبر فوت باو نرسیده است (با علم باینکه عـده وفات از تاریخ آگاهی زن بر فوت شـروع میگردد) ازدواج نماید، زن بر او حرام ابـدی نمیشود، زیرا نکـاح مزبور بـا زن شوهر دار و همچنین در مـدت عـده واقع نشـده است و ماده «۱۰۵۰» ق. م شامـل آن نمیگردد. فقهای امامیه بر دو قولند:

یکی مثبت و دیگری منفی که مـورد پیروی مؤلـف قرار گرفته است. (مسـأله مزبـور در صـورتی مـورد گفتگـو قرار میگیرد که عـده وفـات از تاریـخ اطلاـع زن بر فوت شوهر شـروع گردد و الا هرگاه از تاریـخ فوت باشـد موردی برای فرض بالا باقی نمیمانـد. بعـده وفات رجوع شود).

۲- فرضـی که مرد با زن شوهردار یا زنی که در عـده غیر است نکاح کنـد، و جاهل بوجود علقـهٔ زوجیت یا عـده و همچنین حرمت نکـاح یا یکی از آن دو باشـد و نزدیکی بعمل نیامـده است نکاح باطل میباشـد، زیرا زن دارای شـرط لازم برای ازدواج نبوده است، ولی حرمت ابـدی بین زن و مرد مزبور حاصـل نمیشود، زیرا انعقـاد نکـاح از روی جهـل بوده و تجری از طرف مرد بعمـل نیامـده تا حرمت ابدی را موجب گردد، بنابراین پس از انحلال نکاح و انقضاء عده آن مرد میتواند با او ازدواج نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۶

فصل سوم- زنای با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است

اشاره

بعض اشـخاص بوالهوس که تربیت خـانوادگی را فاقدنـد ممکن است دست بـاغوای زنـان شوهر دار بزننـد و برای پیـدا کردن رابطهٔ نامشـروع و عـدهٔ ازدواج بدهنـد تا آنها را بفریبنـد. در اثر این امر زنان با شوهران خود بـدرفتاری پیش میگیرنـد شاید طلاق گرفته و بازدواج رفیق خود درآیند. این گونه اشـخاص سبب میشوند که کانون خانوادگی از هم گسیخته گردد. قانون مدنی برای جلوگیری از این امر در مـاده «۱۰۵۴» خود میگویـد: «زنـای بـا زن شوهردار یـا زنی که در عـده رجعیه است موجب حرمت ابـدی است» تا زن شوهر دار بامیـد ازدواج با مرد اجنبی اغوا نشده و دامن عفت خود را ننگین ننماید. با توجه با طلاق ماده که زنای با زن شوهر دار را

موجب حرمت دانسته فرقی نمیکند که زن متعه باشد یا دائم. همچنانی که فرق نمینماید که مرد عالم باشد که زن شوهر دارد یا جاهل. در صورتی که مرد مکره در عمل زنا با زن شوهر دار باشد حکم حرمت ابدی جاری نمیگردد، زیرا از نظر تحلیلی احکامی که مبتنی بر تجری است شامل مکره نمیگردد، زیرا مکره متجری نمیباشد.

مادهٔ بالا نه فقط زنای با زن شوهر دار را موجب حرمت ابدی میداند، بلکه زنای در عدهٔ رجعیه را نیز موجب حرمت ابدی دانسته است، زیرا مطلقه رجعیه زوجه یا در حکم زوجه میباشد و با رجوع شوهر زوجیت اولیه عودت پیدا مینماید. بنابراین زنای با زنی که در عدهٔ فسخ یا وفات یا طلاق بائن است (در مورد طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع بعوض نکرده است) و یا زنی که در عدهٔ متعه است (یعنی پس از بذل مدت یا انقضاء آن) موجب حرمت ابدی نمیگردد و آن مرد میتواند پس از انقضاء مدت عده با او ازدواج نماید، زیرا زن مزبور با انحلال نکاح از قید زوجیت رها شده است و مدت عده برای جلوگیری از اختلاط انساب یا احترام بشوهر متوفی میباشد.

و طی بشبهه ملحق بزنا نمیشود، زیرا تجری بعمل نیامده است تا حرمت ابدی را

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۷

ایجاب نماید. بنابراین وطی بشبهه با زن شوهر دار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی نمیگردد و پس از انحلال نکاح زن میتواند با مرد اجنبی ازدواج نماید.

ماده بالا در موردی است که زن در عدهٔ رجعیه غیر باشد و الا چنانچه مردی زن خود را طلاق رجعی دهد و با او در عده زنا نماید (یعنی در عمل خود قصد رجوع نداشته باشد) زن بر او حرام ابدی نمیشود، اگر چه عالم بعده و حرمت نزدیکی بوده است. (این امر در صورتی است که عمل نزدیکی رجوع شناخته نشود همچنانی که بسیاری از فقهاء بر آنند، بدین تقریب که عمل مسلم حمل بر صحت میگردد و صحت آن فرع بر آنست که بقصد رجوع بنکاح، با زوجه خود نزدیکی نموده و عمل خلاف که زنا باشد انجام نمیدهد).

تذکره- 1-

نظر باصل جواز و مفهوم مادهٔ بالا زنای با زن بی‌شوهر و زنی که در عده نمیباشد مانع از نکاح نیست. بنابراین کسی که با چنین زنی زنا نماید میتواند او را بنکاح خود در آورد.

تذکره- 2-

زنا دادن زن شوهردار موجب انحلال نکاح او نمیگردد و چنانچه در عده رجعیه زنا دهد مانع از رجوع شوهر نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۸

فصل چهارم– نکاح با مادر و خواهر یا دختر کسی که عمل شنیع با او کرده است

اشاره

برای جلوگیری از عمل شنیع و حفظ نظم خانوادگی ماده «۱۰۵۶» ق. م مقرر میدارد که: «اگر کسی با پسری عمل شنیع کند، نمیتواند مادر یا خواهر یا دختر او را تزویج کند»، زیرا زنی که گاه گردد شوهرش با پسر یا برادر یا پدر او عمل شنیع نموده است همیشه در خود سرشکستگی را حس میکند که ممکن است رشتهٔ زوجیت را از هم بپاشد.

منظور از عمل شنیع که موجب حرمت نکاح میگردد داخل کردن مرد است آلت خود را در دبر مردی اگر چه مقدار کمی از حشفه باشد. نظر بنحوهٔ بیان ماده چنانچه فاعل با مادر یا دختر یا خواهر پسر مزبور نکاح نماید آن نکاح باطل خواهد بود. از اطلاق ماده

بالا معلوم میگردد در این امر فرق نمینمایـد که طرفین عمل صـغیر باشـند یا کبیر، مجنون باشـند یا عاقل یا مختلف، زیرا حکم مزبور وضعی است و مترتب بر نزدیکی بین دو نفر ذکور میگردد و از اقسام احکام تکلیفی نمیباشد تا شامل صغیر و مجنون نشود.

اما نکاح مرد با مادر و دختر و خواهر رضاعی پسری که عمل شـنیع با او بعمل آورده است، بنظر میرسـد که ممنوع نباشد، زیرا مادهٔ «۱۰۴۶» ق. م کـه میگویـد: «قرابـت رضـاعی از حیـث حرمت نکـاح در حکم قرابت نسـبی است ...» چنـانکه در شـرح قاعـدهٔ مزبـور گـذشت شامـل آن مورد نمیگردد، اگر چه بعضـی از فقهـا آن را نیز حرام دانسـته‌اند. بعضـی از فقهـای امـامیه دائره حرمت نکاح را وسعت داده و بر آنند که نکاح مرد با مادر پسری که عمل شنیع با او کرده هر قدر که بالا رود و با دختر او هر قدر که پائین رود و همچنین با خواهر مفعول ممنوع میباشد ولی ماده «۱۰۵۶» ق. م چنانکه استظهار میشود از این نظریه پیروی ننموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۲۹

بنابر اصل جواز و مستفاد از مفهوم مخالف مادهٔ بالا مفعول میتوانـد با هر یک از خویشاوندان فاعل نکاح نماید، اگر چه مادر، دختر یا خواهر فاعل باشد اگر چه بعضی از فقهاء معتقد بر حرمت نکاح مزبور نیز میباشند. تصور میرود که عدم منع نکاح در موارد بالا از نظر آنست که بر فرض زن از رابطـهٔ پـدر، برادر یا پسـر خود با شوهرش آگاه گردد و حس تحقیر نسـبت بشوهر خود پیدا نماید این امر موجب از هم گسـیختگی خانواده نخواهد شد، زیرا تفوق اجتماعی که مرد بر زن دارد آن را جبران مینماید، مخصوصاً که شوهر حق طلاق دارد و در صورت حس تحقیر و عدم تحمل آن از طرف زن میتواند بوسیلهٔ طلاق خود را آزاد گرداند.

تبصره- 1-

چنانکه از ظاهر ماده مستفاده میشود آنچه گفته شد در صورتی است که عمل شنیع قبل از نکاح واقع شود، ولی هرگاه کسی زنی را بنکاح خود در آورد و سـپس با پسر یا پدر یا برادر او عمل شنیع انجام دهد، زن مزبور بر او حرام نمیشود، زیرا علاوه بر آن که عقد صحیحاً واقع شده و در مورد تردید، صـحت آن استصـحاب میگردد و طبق قاعدهٔ عقلی (الحرام البعدی لا یحرم الحلال القبلی) عمل حرام نمیتوانـد آثـار حقوق ثـابته را زائـل گردانـد، مـاده شامل مورد مزبور نمیگردد. نکته‌ای که بایـد متوجه بود آن است که هرگاه نکـاح زن در مثال بالا بجهتی از جهات منحل گردد، عقـد مجـدد شوهر مزبور با آن زن ممنوع خواهـد بود، زیرا مورد مشـمول ماده «۱۰۵۶» ق. م میشود و نکاح مجدد شوهر از مصادیق نکاح با خواهر، مادر و پدر کسـی است که عمل شنیع با او کرده است، اگر چه بعضی از فقهاء در این امر تأمل نموده‌اند و بر آنند که عمل مزبور چنانچه مؤثر میبود نکاح سابق را منحل مینمود.

تبصره- 2-

در صورتی که کسـی زنی را بنکاح خود در آورد و سپس با پـدر، پسـر و یا برادر او عمل شـنیع نماید. هرگاه آن زن را طلاق دهد میتوانـد در عـده رجوع نمایـد، زیرا رجوع نکـاح مجـدد نمیباشـد و ادامهٔ همـان نکـاح سـابق است بـدین جهت مـادهٔ بالاـ شامل آن نمیگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۰

فصل – پنجم لعان

اشاره

لعـان مصـدر است و بمعنی ملاـعنه میباشـد و از لعن بمعنی ناسـزا گفتن و دور داشـتن از نیکی است. در اصـطلاح، لعـان لعن کردن مخصوص هر یک از زن و شوهر بیکدیگر است.

قانون مـدنی در ماده «۱۰۵۲» بپیروی از حقوق امـامیه مقرر میدارد: «تفریقی که بـا لعـان حاصل میشود موجب حرمت ابـدی است».

شرح مادهٔ مزبور محتاج بذکر مقدمهٔ مختصری در لعان است:
لعان چنانکه در جلد سوم در ارث گذشت، سوگند مخصوصی است که در اثر انجام آن، نکاح بین زوجین منحل میگردد.

لعان در دو مورد ممکن است پیش آید:

الف- لعان در مورد نسبت دادن بزنا-

و آن در صورتی است که شوهر مدعی گردد که خود دیده زن دائمه او بمرد اجنبی زنا داده است و شاهدی بر آن امر نباشد. بنا بر این چنانکه شوهر مدعی گردد که نزدیکی مرد اجنبی از طرف زن بشبهه بوده از موارد لعان نخواهد بود. لعان در موردی بعمل می‌آید که شوهر با زن خود نزدیکی کرده و زن هم شهرت بزنا نداشته باشد.

ب- لعان در مورد نفی ولد-

و آن در صورتی بعمل می‌آید که طبق مقررات قانونی فرزند ملحق بپدر باشد. بنابراین لعان در مورد نفی ولد در صورتی ممکن است که شوهر با زن نزدیکی نموده و ولادت طفل از تاریخ نزدیکی بیش از شش ماه و کمتر از ده ماه باشد (یعنی قاعدهٔ فراش موجود باشد). شرط اجراء لعان در مورد نفی ولد، نسبت دادن شوهر زن خود را بزنا نمیباشد، زیرا ممکن است طفل از نزدیکی بشبهه حاصل شده باشد (شرح آن در حقوق مدنی جلد پنجم در نسب بیان خواهد شد).

طریق اجرای لعان-

برای اجرای لعان باید زوجین نزد حاکم شرع حاضر
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۱
شوند و شوهر پس از نسبت دادن زنا بزن دائم خود و یا نفی ولد از خود، چهار مرتبه بصیغهٔ عربی بگوید: خداوند را گواه میگیرم که در زنائی که بزن خود نسبت داده و یا در نفی ولد خود از او، از راستگویانم، و سپس یک مرتبه بگوید: خشم خداوند بر من هرگاه از دروغگویان باشم. زن پس از گفتار شوهر چهار مرتبه بصیغهٔ عربی میگوید: گواه میگیرم خداوند را بآنکه او در امری که بمن از زنا یا نفی ولد نسبت داده از دروغگویان است. سپس یک مرتبه میگوید: «خشم خداوند بر من اگر او از راستگویان باشد. (گفتار زن و شوهر نزد حاکم باید بعربی و ترتیبی باشد که در شرع اسلام مقرر است).
پس از تحقق لعان در هر یک از دو مورد بالا نکاح منفسخ میگردد و زوجین بر یکدیگر حرام مؤبد میشوند. یعنی آن شوهر نمیتواند دیگر با آن زن ازدواج بنماید.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۲

فصل ششم- احرام

اشاره

کسانی که بمکه معظمه مشرف میشوند (خواه برای حج باشد یا عمره مفرده) در مسافت معین که آن محل را میقات نامند، لباسهای خود را کنده و لباس مخصوصی که آن را احرام نامند بقصد تشرف بمکه میپوشند. کسی که محرم میشود تا مدتی که در حال احرام است اعمال چندی بر او حرام میباشد و بدین جهت آن را احرام گویند. یکی از اعمالی که در حال احرام بر محرم حرام میباشد نکاح کردن است.

قانون مدنی در ماده «۱۰۵۳» بپیروی از حقوق امامیه مقرر داشته است که: «عقد در حال احرام باطل است و با علم بحرمت موجب حرمت ابدی است».

مادهٔ مزبور دارای دو قسمت است:

الف- بطلان عقدی که در حال احرام واقع میشود-

عقدی که در حال احرام واقع گردد باطل و بلا اثر است. چنانکه از احکام محرم معلوم میگردد نظر شارع اسلام آن بوده کسانی که محرم هستند بامور دنیوی نپردازند. از اطلاق مادهٔ بالا معلوم است فرق نمینماید که نکاح دائم باشد یا منقطع، همچنانی که فرق نمینماید محرم خود عاقد باشد یا دیگری بوکالت برای او نکاح کرده باشد، وکالت قبل از احرام باشد یا در حال احرام، زنی که مورد عقد نکاح است محرم باشد یا محل.

ب- نکاح مجدد با زنی که در حال احرام عقد شده است-

اشاره

چنانکه گذشت هرگاه کسی با زنی در حال احرام نکاح نماید نکاح مزبور باطل خواهد بود و در نکاح مجدد پس از خروج از احرام دو فرض است:

اول- در صورتی که محرم جاهل بحرمت نکاح بوده است،

محرم پس از آنکه از احرام خارج گردید میتواند با زن مزبور نکاح مجدد منعقد سازد، اگر چه در اثر نکاح سابق

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۳

نزدیکی هم بعمل آمده باشد.

دوم- در صورتی که محرم عالم بحرمت نکاح بوده است،

آن زن بر او حرام مؤبد خواهد بود، اگر چه نزدیکی هم واقع نشده باشد. بنابراین پس از خروج از حال احرام هم نمیتواند با او مجدداً نکاح نماید. حکم مزبور برای مجازات متجری میباشد که با علم او بمنع الهی گستاخانه مرتکب عمل خلاف گردیده است.
آیا نکاح زن در حال احرام با مردی که محل است با علم بحرمت آن موجب حرمت ابدی میگردد یا آنکه حکم منحصر بمرد محرم است؟ بین فقهای امامیه دو قول است: از نظر قضائی ماده مطلق است و شامل عقد هر یك از مرد و زن در حال احرام میشود.
تبصره- مردی که در حال احرام است میتواند از طلاق زن مطلقه رجعیه خود رجوع نماید، زیرا رجوع عقد نیست و ماده بالا شامل آن نمیگردد. همچنانی که مرد میتواند در حال احرام بدیگری، (خواه محرم باشد یا محل) وکالت دهد که پس از خروج آن دو از حال احرام برای او عقد نکاح واقع سازد، زیرا آنچه بر محرم حرام میباشد نکاح است نه دادن وکالت.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۴

فصل هفتم- سه طلاق

اشاره

برای جلوگیری از روش مردانی که دچار عصبانیت هستند و بدون جهت زن خود را طلاق میدهند، ماده «۱۰۵۷» ق. م مقرر داشته:

«زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام میشود، مگر اینکه بعقد دائم بزوجیت مرد دیگری در آمده و پس از وقوع نزدیکی با او بواسطهٔ طلاق یا فسخ یا فوت، فراق حاصل شده باشد». ماده مزبور دارای دو قسمت است: یکی حرمت نکاح مجدد شوهر با زنی که سه مرتبه طلاق داده شده است. دیگری جواز نکاح مجدد شوهر با مطلقهٔ مزبور پس از ازدواج با مرد دیگر.

1- حرمت نکاح مجدد شوهر با زنی که سه مرتبه طلاق داده شده است.

اشاره

زنی که سه مرتبهٔ متوالی زوجهٔ یک نفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام میشود. شرایط حرمت نکاح مجدد شوهر با زن خود عبارت است از:

الف- زن سه مرتبهٔ متوالی زوجه یک نفر بوده است-

این امر در خارج بدین نحو میباشد که مردی زوجهٔ دائمهٔ خود را طلاق دهد و سپس با او ازدواج کند و مجدداً طلاق دهد و مرتبهٔ سوم نیز با او نکاح نماید و مرتبهٔ سوم طلاق داده شود. در این صورت نکاح مجدد آن زن بر آن مرد حرام است. در صورتی که کسی زوجهٔ خود را سه مرتبه طلاق دهد بدون ایجاد نکاح در بین آنها مانند آنکه سه مرتبه بگوید: طلقتک یا یک مرتبه بگوید: طلقتک ثلاثاً نزد فقهای امامیه سه طلاق شناخته نمیشود، بلکه بنابر نظری یک طلاق محقق میگردد.
منظور از کلمه متوالی آنست که بین سه دوران زوجیت که زن طلاق داده شده بمرد دیگری شوهر نکرده باشد و الا هرگاه زن مطلقه شوهر دیگری در بین سه طلاق بنماید، اگر چه نزدیکی هم واقع نشده باشد پس از آنکه نکاح مزبور منحل گردد، آن زن بر شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۵

سابق خود حرام نمیشود و میتواند با او ازدواج نماید. همچنین هرگاه شوهر در بین سه طلاق او را بنکاح منقطع در آورد، آن زن بر شوهر طلاق دهنده حرام نمیشود، زیرا از عبارت (سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده) مذکور در مادهٔ بالا استنباط میگردد که حرمت نکاح مجدد شوهر در صورتیست که سه مرتبه نکاح دائم پی‌درپی باشد و هر یک بوسیلهٔ طلاق منحل گردد.

ب- نکاح زوجین دائم بوده است-

چنانکه از کلمه طلاق معلوم میشود، حرمت نکاح مجدد پس از سه انحلال در صورتیست که زوجه دائمه باشد و الا زوجهٔ منقطعه اگر چه چندین بار بزوجیت مردی در آید و بوسیلهٔ انقضاء یا بذل مدت مفارقت بین آنها حاصل گردد، بر آن مرد حرام نمیشود و میتواند مجدداً بنکاح او در آید.
زوجیت مجدد زن پس از طلاق اول و دوم ممکن است برجوع باشد یا بعقد جدید، زیرا آنچه موجب منع نکاح مجدد پس از سه طلاق است، پیدایش سه طلاق متوالی میباشد و قانون مدنی نظری بسبب پیدایش زوجیت بین آن طلاقها ندارد. همچنانی که قانون نظری ندارد با آنکه نزدیکی در زمان هر یک از نکاحها بعمل آید و یا آنکه بدون نزدیکی زن طلاق داده شود. بنابراین کسی که زن خود را طبق شرائط مقرره طلاق دهد و در عده رجعیه رجوع کند و سپس طلاق دهد و در عده رجوع کند و مرتبهٔ سوم باز طلاق دهد آن زن بر او حرام میشود، اگر چه طلاق و رجوع در یک جلسه باشد، مانند آنست که شوهر زن خود را طلاق دهد و

پس از رجوع با او نزدیکی نماید و سپس مدتی بگذرد و طبق مقررات او را طلاق دهد و پس از رجوع با او نزدیکی نماید و مرتبهٔ سوم طبق مقررات آن زن را طلاق دهد، آن زن بر او حرام میشود. همچنین است در صورتی که یکی یا چند از آن سه طلاق بائن باشد، مانند آنکه مردی زن خود را که با او نزدیکی نکرده یا یائسه است طلاق دهد و سپس او را بنکاح مجدد خود در آورد و باز طلاق دهد و مرتبه سوم با او نکاح نماید و باز او را طلاق دهد، زن مزبور بر او حرام میشود.

ج- زوجیت باید هر مرتبه بوسیلهٔ طلاق منحل گردد

یعنی موجب انحلال

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۶

زوجیت در هر یک از سه مرتبه، طلاق باشد، خواه مرد او را طلاق دهد، یا در حدود ماده «۱۰۲۹» و «۱۱۲۹» و «۱۱۳۰» ق. م بوسیلهٔ حاکم زوج اجبار بطلاق شود. انحلال نکاح بوسیلهٔ فسخ مذکور در مواد «۱۱۲۱» تا «۱۱۲۸» ق. م موجب حرمت نکاح نخواهد بود. بنابراین چنانچه نکاح هر چند مرتبه بجهات مذکوره در مواد بالا فسخ شود، شوهر میتواند مجدداً او را بنکاح خود درآورد، چنانکه هرگاه شوهر یک مرتبه زن خود را طلاق دهد و در عده رجوع کند و سپس نکاح او بجهتی از جهات فسخ گردد و پس از نکاح مجدداً او را طلاق دهد و در عده رجوع نماید و سپس نکاح مزبور بعلت دیگری فسخ شود ظاهر ماده «۱۰۵۷» ق. م خلاف نظر بالا را میرساند، زیرا ماده میگوید «زنی که سه مرتبهٔ متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام میشود ..» و برای تحقق آن کافی است که انحلال نکاح در مرتبهٔ سوم بوسیلهٔ طلاق باشد، ولی با توجه بآنکه حکم مزبور اقتباس از حقوق امامیه است و در حقوق مزبور از عادت مسلم بشمار میرود که حرمت نکاح مجدد شوهر با زنی که سه مرتبهٔ متوالی زوجه دائمه او بوده در صورتی است که هر یک از سه مرتبه نکاح بوسیلهٔ طلاق منحل شود، و چون ماده مجمل است بدستور ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی در مورد اجمال و ابهام بعادات مسلم استناد میگردد.

2- جواز نکاح مجدد شوهر با مطلقه مزبور پس از ازدواج با مرد دیگر.

اشاره

مادهٔ بالا- پس از ذکر حرمت نکاح مجدد زن با شوهری که سه مرتبه متوالی او را طلاق داده میگوید: «... مگر اینکه بعقد دائم بزوجیت مرد دیگری در آمده و پس از وقوع نزدیکی با او بواسطهٔ طلاق یا فسخ یا فوت فراق حاصل شده باشد». در این صورت شوهر اول میتواند با زن مطلقهٔ سابق خود مجدداً ازدواج بنماید. بنابراین زنی که شوهرش سه دفعه متوالی او را طلاق داده است فقط در شرائط زیر میتواند با شوهر مزبور مجدداً ازدواج بنماید، یعنی بدین وسیلهٔ حرمت نکاح مجدد شوهر با او زایل میشود.

۱- زن مطلقه بعقد دائم دیگری در آید-

مردی که پس از سه طلاق متوالی با زن مطلقه ازدواج مینماید محلل نامند، زیرا در اثر نکاح او، زن مطلقه بسه طلاق بر زوج اول

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۷

خود حلال میشود. قانون شرط نکاحی که موجب تحلیل میگردد دائم قرار داده است. بنا بر این چنانچه زن بعقد منقطع مرد دیگری در آید و نکاح مزبور بجهتی از جهات منحل گردد، حرمت نکاح با شوهر اول زائل نمیشود و باقی خواهد ماند. شرط بودن نکاح دائم در محلل اجماعی میباشد.

۲- محلل باید بالغ شرعی باشد-

محلل باید پانزده سال قمری تمام داشته باشد و نکاح با صغیر اگر چه ممیز و نزدیک ببلوغ باشد مؤثر نخواهد بود، در این امر عاقل بودن مرد شرط نمیباشد. بنابراین چنانچه زن مطلقه بسه طلاق، بنکاح دائم شخص مجنونی در آید، پس از نزدیکی و انحلال نکاح مزبور، آن زن میتواند با شوهر اول خود مجدداً نکاح بنماید.
شرط بلوغ محلل از کلمهٔ (مرد دیگری) استنباط میشود، زیرا در لغت، مرد بکسی گفته میشود که بالغ باشد. در مراهق (کسی که نزدیک ببلوغ است) بین فقهاء اختلاف است و مشهور بر آنند که مراهق بودن محلل کافی، برای رفع حرمت ابدی نکاح نمیباشد.

۳- محلل باید با زن نزدیکی نماید-

اشاره

شرط نزدیکی نمودن محلل با زن اجماعی میباشد. فقط سعید بن مسیب بر آنست که انعقاد عقد کافی است. منظور از نزدیکی محلل، نزدیکی از قبل بقدر حشفه میباشد، اگر چه انزال نشود و ظاهر ماده هم حکایت از این امر مینماید، زیرا ظاهر از کلمهٔ نزدیکی، نزدیکی از مجرای معتاد میباشد، اگر چه انزال نشود. نزدیکی از قبل اجماعی است، بنابراین نزدیکی از دبر کافی نخواهد بود. بعض از فقهاء انزال را نیز شرط دانسته‌اند.
چنانچه شوهر نزدیکی ننماید خواه در اثر بیماری نتواند، و یا بارادهٔ خود نزدیکی نکند، زن نمیتواند پس از انحلال نکاح محلل، بنکاح زوج اول در آید.

مسأله

شوهری که سه مرتبه زن خود را طلاق داده گاه پشیمان میشود و با زن مطلقه خود توافق مینمایند که او شوهر دیگری اختیار کند و پس از انحلال نکاح مزبور مجدداً با شوهر اول خود ازدواج کند و زن شوهر دیگری بعنوان محلل اختیار مینماید، ولی محلل همیشه حاضر نمیشود آن زن را طلاق دهد تا او بتواند با شوهر اول خود ازدواج کند. برای رفع
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۸
محظور بنظر میرسد که میتوان ضمن عقد نکاح با محلل، شرط وکالت در مدت معینی برای زن درج نمود که هر زمان بخواهد خود را بطلاق خلع مطلقه سازد. اما شرط انحلال نکاح بخودی خود پس از مدت معینی، باطل میباشد، زیرا شرط نامشروع است و انحلال نکاح فقط بوسیلهٔ طلاق و فسخ در موارد معینه اجازه داده شده است و همچنین است شرط طلاق دادن زوج پس از مدت معینی، زیرا شرط مزبور نیز نامشروع میباشد، چون اختیار طلاق حکم است و همچنانی که نمیتوان آن را ساقط نمود، تعهد بانجام آن در مدت معین الزام‌آور نمیباشد.
اگر چه از نظر تحلیلی تعهد بانجام امری که مورد حکم میباشد بی‌اشکال بنظر میرسد.

۴- نکاح محلل منحل شود-

برای آنکه زن بتواند بنکاح شوهر اول خود مجدداً در آید، باید در قید زوجیت غیر نباشد، زیرا زن شوهر دار نمیتواند بنکاح دیگری در آید. بنابراین طبق قواعد عمومی پس از آنکه نکاح با محلل منحل گردید و عدهٔ زن منقضی گشت او میتواند با زوج اول مجدداً

ازدواج نماید، بدین جهت سبب انحلال نکاح محلل تأثیر در امر نمینماید، لذا چنانکه ماده تصریح نموده ممکن است انحلال نکاح با محلل در اثر طلاق، فسخ و یا فوت او باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۳۹

فصل هشتم– نه طلاق

ماده «۱۰۵۸» ق. م میگوید: «زن هر شخصی که بنه طلاق که شش‌تای آن عدی است مطلقه شده باشد بر آن شخص حرام مؤبد میشود». قبل از آنکه شرح ماده بیان گردد لازم است دانسته شود که طلاق عدی کدام است. طلاق عدی یکی از اصطلاحات حقوق اسلام است و آن عبارت از طلاق رجعی میباشد که طبق مقررات مربوطه واقع شود و سپس شوهر در عده رجعیه رجوع کند و با زن مزبور نزدیکی نماید. بنابراین با توجه بمادۀ بالا که شرط حرام مؤبد شدن زن را نه طلاق قرار داده که شش‌تای آن عدی باشد، چنین باید فرض نمود که: مردی زن خود را که با او نزدیکی نموده طلاق رجعی دهد و در عده رجعیه رجوع کرده با او نزدیکی بنماید و در مرتبۀ دوم طبق مقررات زوجۀ خود را طلاق رجعی دهد و در عده رجعیه رجوع کرده با او نزدیکی کند و سپس در مرتبه سوم او را طلاق دهد. چون زوجه بسه طلاق مطلقه شده است بدستور ماده «۱۰۵۷» ق. م بر شوهر مزبور حرام خواهد بود و شوهر نمیتواند با او نکاح نماید، مگر آنکه محلل واسطه گردد. بنابراین زن باید بزوجیت دائم مرد دیگری در آمده و با او نزدیکی بعمل آید و نکاح مزبور بجهتی از جهات منحل شود. زن مزبور پس از انحلال نکاح با محلل بنکاح شوهر اول در می‌آید و سپس آن زن سه مرتبه دیگر چنانکه گفته شد طلاق داده شود (یعنی دوتای آنها عدی باشد) و چون زن مزبور پس از سه طلاق بر شوهر خود حرام میشود، بوسیلۀ محلل میتواند بر شوهر اولی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۰

خود حلال گردد و پس از انحلال نکاح با محلل بزوجیت شوهر اول مجدداً در آید و آن زن سه مرتبه مانند آنچه گفته شد طلاق داده شود (یعنی دوتای آن عدی باشد) پس از طلاق اخیر که نهمین طلاق است، زن بر مرد مزبور حرام مؤبد خواهد گشت و آن مرد دیگر نمیتواند با آن زن ازدواج کند. بنابر آنچه گذشت نه طلاقی که موجب حرمت ابدی زن بر شوهر میگردد، شش‌تای آن عدی میباشد و سه‌تای دیگر بائن است.

چنانچه یکی از شرائط مذکور در بالا موجود نگردد حرمت ابدی حاصل نمیشود.

مثلا هرگاه زوج در یکی از طلاقهای اول، دوم، چهارم، پنجم، هفتم، هشتم، رجوع کند ولی نزدیکی ننماید و او را طلاق دهد و یا در عده رجوع نکند و انتظار بکشد تا عده منقضی شود و سپس بوسیله عقد مجدد رابطۀ زوجیت بر قرار سازد، هر چند مرتبه که زوج زوجه خود را طلاق دهد حرمت ابدی حاصل نخواهد گشت. زیرا شرط حرام مؤبد شدن زنی که نه مرتبه مطلقه شده آنست که شش‌تای آنها عدی باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۱

فصل نهم– کفر

اشاره

قبل از بیان منع نکاح زن مسلمان با مرد کافر، لازم است هر یک از مسلمان و کافر شناخته شود.

مسلمان کسی است که معتقد بوحدانیت خداوند و نبوت نبی اکرم و ضروریات دین اسلام باشد، از هر یک از فرق که پیروی نماید.

کافر کسی است که بوحدانیت خداوند یا نبوت نبی اکرم و یا بیکی از ضروریات دین اسلام اعتقاد نداشته باشد.

هر یک از مسلمان و کافر ممکن است مستقل و حقیقی، و ممکن است حکمی و تبعی باشد، بنابراین:

۱- مسلمان- مسلمان بر دو قسم است.

اول- مسلمان مستقل و حقیقی- و آن کسی است که پس از بلوغ مسلمان باشد، زیرا در آن زمان است که انسان دارای تکلیف میشود، یعنی استقلال مذهبی پیدا مینماید.

دوم- مسلمان حکمی و تبعی- و آن صغیری است که یکی از ابوین او در حال انعقاد نطفه‌اش مسلمان بوده‌اند. صغیر مزبور بتبع ابوین خود مسلمان شناخته میشود.

هرگاه کسی که صغیر بتبعیت از او مسلمان شناخته شده مرتد گردد، صغیر مزبور باسلام خود باقی است و در کفر از او متابعت نمینماید. طفل مسلمان پس از بلوغ چنانچه اعتقاد باسلام داشته باشد مسلمان حقیقی میگردد، زیرا انسان در اثر بلوغ شخصیت استقلالی پیدا مینماید و تکالیف مذهبی باو متوجه میشود.

۲- کافر- کافر نیز بر دو دسته است:

اول- کافر مستقل و حقیقی- و آن کسی است که پس از بلوغ کافر باشد، زیرا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۲

چنانکه گذشت، انسان پس از بلوغ دارای شخصیت مستقل میشود.

دوم- کافر حکمی و تبعی- و آن صغیری است که ابوین او در حال انعقاد نطفه‌اش کافر اصلی یا مرتد یا مختلف بوده‌اند. صغیر مزبور در حکم کافر است تا آنکه یکی از ابوین او اسلام آورند و یا صغیر مزبور پس از بلوغ اظهار اسلام بنماید.

کافر مستقل و حقیقی بر دو قسم است: اصلی و مرتد:

الف- کافر اصلی- و آن کسی است که پدر و مادر او کافر باشند.

ب- کافر مرتد- و آن کسی است که قبلا مسلمان بوده و بعداً از دیانت اسلام خارج شده است. و آن نیز بر دو قسم است: مرتد فطری و مرتد ملی.

یک- مرتد فطری- و آن عبارت است از کسی که یکی از ابوین او در حال انعقاد نطفه مسلمان بوده‌اند و او پس از بلوغ اظهار اسلام نموده و سپس کافر شده است.

دو- مرتد ملی- و آن کسی است که ابوین او در حال انعقاد نطفه‌اش کافر بوده‌اند و او پس از بلوغ اظهار کفر نموده یعنی کافر حقیقی شده است و سپس اسلام آورده و بعد از آن مجدداً کافر گردیده است.

بعضی از مذاهب بتابعین خود اجازه نمیدهند که با کافران ازدواج نمایند، زیرا کافران را شایسته زناشوئی با خود نمیدانند ولی بعض، از مذاهب دیگر بمردان تابعین خود اجازه داده است که میتوانند با زنان بعضی از فرق کافران زناشوئی کنند و مذهب اسلام یکی از آن ادیان میباشد که شرح آن ذیلا بیان میشود.

قسمت اول- نکاح مرد کافر با زن مسلمان

بدستور ماده «۱۰۶۹» ق. م: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست». قانون مدنی در مادهٔ بالا بپیروی از حقوق اسلام، نکاح زن مسلمان را با مرد غیر مسلمان، خواه اصلی باشد (اهل کتاب یا غیر اهل کتاب) یا مرتد (ملی یا فطری) ممنوع دانسته است و نکاح مزبور.

باطل میباشد. در این امر فرق نمینماید که نکاح دائم باشد یا منقطع. ممنوعیت نکاح

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۳

زن مسلمان با مرد غیر مسلمان اجماعی کلیه فرق مسلمین است.

قسمت دوم- نکاح مرد مسلمان با زن کافره

اشاره

قانون مدنی با آنکه در مقام بیان حکم نکاح مرد مسلمان با زن کافره بوده راجع باین امر بسکوت بر گذار نموده و اکتفا ببیان حکم نکاح مسلمه با غیر مسلم کرده است. از وضعیت مزبور میتوان استنباط نمود که قانون مدنی نکاح مسلم را با غیر مسلم بطور مطلق جائز دانسته است، ولی با توجه بمقررات نکاح قانون مدنی که از حقوق امامیه اقتباس شده و آن در اجتماع مسلمانان از عادات مسلمه شناخته میشود و باید در کلیه مقررات مربوطه بنکاح بدستور مادهٔ «۳» ق. م آئین دادرسی مدنی در موارد اجمال و نبودن قانون طبق حقوق امامیه رفتار گردد، شرح نکاح مرد مسلمان با زن کافره در حقوق امامیه ذیلًا بیان میشود:

در حقوق اسلام زنان کافره بر دو دسته‌اند: کتابیه و غیر کتابیه.

الف- زن کتابیه-

و آن زن غیر مسلمانی است که پیرو یکی از ادیانی میباشد که اسلام برای آن پیغمبر و کتاب آسمانی شناخته است. زنان کتابیه عبارتند از مجوسیه (زردشتی) یهودیه (کلیمی) و نصرانیه (مسیحی). فقهای امامیه در مورد نکاح مرد مسلمان با زن کتابیه اصلی، دارای اقوال مختلفی میباشند. قول مشهور بر آنست که نکاح دائم ممنوع میباشد، ولی نکاح منقطع جائز است. بعضی از فقهاء نکاح با زن کتابیه را مطلقاً (چه دائم و چه منقطع) منع نموده‌اند. برخی دیگر نکاح با آنان را مطلقاً اجازه داده‌اند. قول اخیر قوی بنظر میرسد. اقوال دیگری نیز موجود است که در این مختصر از بیان آنها صرفنظر گردید.

ب- زن غیر کتابیه-

و آن زن غیر مسلمانی است که پیرو یکی از پیغمبرانی نمیباشد که دارای کتاب آسمانی است (خواه دارای مذهبی باشد یا اصلا معتقد بمذهب نباشد).
نکاح مرد مسلمان با زن غیر کتابیه چه دائم باشد یا منقطع باجماع علمای اسلام ممنوع است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۴

تبصره 1- نکاح بین فرق مسلمان-

در دین اسلام مانند ادیان دیگر، مذاهب و فرق مختلفی موجود است و هر یک دارای معتقدات مخصوصی میباشد. مذهب امامیه که قانون مدنی پیروی از آن نموده است نکاح بین پیروان خود با پیروان فرق دیگر اسلامی را جائز دانسته است، مگر با ناصبی و غلوکننده. ناصبی کس است که دشمنی با یکی از اهل بیت رسول اکرم دارد و ناسزا باو میگوید. ناصبی اگر چه از فرق مسلمین میباشد، ولی در اثر آنکه مرتکب عملی میشود که بطلان آن از ضروریات دین اسلام است در حکم کافر محسوب میگردد. غلوکننده کسی است که معتقد بخداوندی و یا نبوت یکی از اهل بیت پیغمبر باشد. اعتقاد بخداوندی ممکن است بتمامی صفات او باشد و یا بیکی از صفات مختصه او مانند رازقیت خالقیت و امثال آن. غلوکننده اگر چه از فرق اسلامی شناخته شد، ولی در اثر اعتقاد بامری که بطلان آن از ضروریات دین مقدس اسلام میباشد در حکم کافر است.

تبصره 2- نکاح بین پیروان مذاهب دیگر

قانون اسلام نسبت بمقررات ادیان و مذاهب دیگر بنظر احترام مینگرد. بدین جهت برای نکاح و طلاقی که بین پیروان ادیان و مذاهب دیگر واقع میگردد همان آثار و احکامی را میشناسد که آن ادیان و مذاهب آن آثار و احکام را میشناسند، خواه زوجین دارای یک مذهب باشند و خواه مختلف. بدین جهت هر گاه زن و شوهر کافر با یکدیگر مسلمان شوند نکاح آنان باقی خواهد ماند و احتیاج بعقد جدید طبق مقررات اسلام ندارند، مگر آنکه نکاح آنان از نظر قانون اسلام در اثر وجود یکی از موانع باطل باشد، مانند نکاح بین اقربای سببی، نسبی یا رضاعی که در این صورت نکاح آنان بلااثر خواهد بود. اما هر گاه نکاح بین زن و شوهر کافر نیز در مذهبی که آنان پیرو آن هستند صحیح شناخته نشود، قانون اسلام نیز بآن اثر قانونی نمیدهد و احترامی نمیگذارد.

تبصره 3- اسلام آوردن زن یا شوهر کافر-

در صورتی که زن و شوهر کافر اصلی باشند و پس از نکاح اسلام آورند یکی از سه فرض زیر پیش می‌آید:

الف- هر گاه شوهر اسلام آورد (کتابی باشد یا غیر کتابی) و زن او کتابیه باشد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۵

نکاح آنان بحال خود باقی خواهد ماند. در این امر فرق نمینماید که اسلام او قبل از نزدیکی آنان با یکدیگر باشد یا بعد از آن، زیرا چنانکه گذشت نکاح مرد مسلمان با زن کتابیه ابتداء نیز جایز است، پس ادامهٔ آن بطریق اولی جایز خواهد بود.

ب- هر گاه شوهر اسلام آورد (کتابی باشد یا غیر کتابی) و زن او غیر کتابیه باشد، چنانچه این امر قبل از نزدیکی بین آن دو باشد نکاح بخودی خود منحل میگردد و هر گاه پس از نزدیکی بین آن دو باشد انتظار کشیده میشود تا عده زن منقضی گردد. در صورتی که قبل از انقضاء عده زن اسلام آورد نکاح آنان بحال خود باقی خواهد ماند. اما در صورتی که زن بدیانت خود باقی بماند و در عده اسلام نیاورد کشف میشود که نکاح آنان از زمان اسلام شوهر منفسخ شده است. بنابراین در مدت عده مادام که زن مسلمان نشده است نزدیکی شوهر با او حرام میباشد.

ج- هر گاه زن اسلام آورد (کتابیه بوده یا غیر کتابیه) و شوهر او کافر باشد، نکاح آنان منفسخ میگردد، زیرا طبق ماده «۱۰۵۹» ق. م نکاح زن مسلمان با مرد غیر مسلمان جایز نیست. در صورتی که این امر قبل از نزدیکی باشد نکاح بخودی خود منحل میشود، و چنانچه پس از نزدیکی باشد انفساخ آن متوقف بر انقضاء عده است. بنابراین هر گاه در عدهٔ زن، شوهر او مسلمان گردید نکاح آنان همچنان ادامه پیدا مینماید و هر گاه عدهٔ زن منقضی گشت و شوهر بکفر خود باقی ماند، کشف میشود که از زمان اسلام آوردن زن نکاح منفسخ شده است.

تبصره- 4- ارتداد زن یا شوهر مسلمان-

ارتداد یعنی کافر شدن کسی که مسلمان بوده است. احکامی را که اسلام نسبت بمرتدین مقرر داشته سخت تر از احکامی است که نسبت بکافران دیگر معین نموده است.

چنانکه از اطلاق مادهٔ «۱۰۵۹» ق. م استنباط میشود نکاح زن مسلمان با مرد غیر مسلمان همچنانی که ابتداء جایز نیست. استدامهٔ نیز ممنوع میباشد. بنابراین:

۱- در صورتی که یکی از زن و شوهر یا هر دو آنان قبل از نزدیکی مرتد شوند،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۶

نکاح بین آنان بخودی خود منحل میگردد. در این امر فرق نمینماید که ارتداد زن یا شوهر فطری باشد یا ملی.

۲- در صورتی که زن یا شوهر پس از نزدیکی مرتد شود دو فرض پیش می‌آید:

الف- هرگاه شوهر مرتد فطری گردد (یعنی اصلا مسلمان بوده و کافر شده است) نکاح بلافاصله منحل میشود.
ب- هرگاه زن مرتد فطری گردد (یعنی اصـلا مسلمان بوده و سپس کافر شده است) و یا آنکه زن و یا شوهر مرتد ملی بشوند (یعنی کافر اصـلی بوده و مسـلمان شـده و مجـدداً کافر شده‌انـد) از تاریـخ ارتـداد، زن بایـد عـدهٔ فسخ نگهدارد و انحلال نکاح متوقف بر انقضاء عدهٔ زن است. هرگاه قبل از انقضاء عده کسـی که کافر شده باسلام بر نگشت کشف میشود که نکاح از زمان کفر او منفسخ شـده است و الا هرگاه باسـلام عودت نمود نکاح آنان چنانکه بوده است ادامه خواهـد یافت. بنابراین نزدیکی زوجین در مدت عده قبل از مسلمان شدن کسی که کافر گشته حرام و ممنوع است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۷

فصل دهم- جمع بیش از چهار زن دائمه

چنانکه از مواد زیر اسـتنباط میشود، قانون مدنی بپیروی از حقوق اسلام تعدد زوجات را اجازه داده است. ولی راجع بعدهٔ زنهائی که یک مرد میتوانـد بنکاح دائم خود در آورد ساکت گذارده است. ماده «۱۰۴۸» ق. م میگویـد: «جمع بین دو خواهر ممنوع است، اگر چه بعقـد منقطع باشد». و مادهٔ «۱۰۴۹» ق. م میگویـد: «هیـچ‌کس نمیتوانـد دختر برادر زن و یـا دختر خواهر زن خود را بگیرد مگر با اجازهٔ زن خود» و مادهٔ «۹۴۲» ق. م میگوید:
«در صورت تعدد زوجات ربع یا ثمن ترکه که تعلق بزوجه دارد بین همهٔ آنان بالسویه تقسیم میشود».
بنظر میرسد راجع بعده زنان دائمی که یک مرد میتواند داشته باشد باید بدستور ذیل مادهٔ «۳» قانون آئین دادرسی مدنی که میگوید: «... در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صـریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصـلا قانونی در قضـیه مطروحه وجود نداشته باشد، دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسـلم قضیه را قطع و فصل نمایند» رفتار نمود و عرف مسـلم را سـرمشق قرار داد. عرف مسـلم که عرف مذهبی بشـمار میرود اجازه جمع نمودن چهار زن دائم است. بنابراین یک مرد میتواند تا چهار زن دائم بگیرد و نکاح پنجمین زن بطور دائم ممنوع میباشد. بنابراین کسی که چهار زن دائم دارد، چنانچه با زن پنجم ازدواج نماید نکاح مزبور باطل خواهد بود. در صورتی که کسـی پنج زن در یک عقد بنکاح دائم در آورد، عقد نکاح نسبت بتمامی آنان باطل میباشـد، زیرا از نظر حقوقی، عقد مزبور باعتبار مورد منحل به پنج عقد میشود و هیچ‌یک از آنان برتری بر دیگری ندارد تا بتوان آن را مقدم و صحیح دانست و دیگری را باطل شناخت. بنابراین صحت هر یک از عقود با صحت دیگری
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۸
تعارض مینماید.
چنـانکه از مواد زیر محقق است مطلقه رجعیه زوجه یـا در حکم زوجه است و مـادام که عـدهٔ او منقضـی نگردد رابطهٔ زوجیت باقی محسوب میشود، لـذا کسـی که چهار زن دائم داشـته باشـد هرگاه یک یا چنـد نفر از آنها را طلاق رجعی دهـد نمیتواند با زن دیگر ازدواج بنماید تا عده مطلقه منقضی گردد. مستنبط از مواد زیر:
ماده «۱۱۴۸» ق. م. «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است».
ماده «۱۱۰۹» ق. م: «نفقـهٔ مطلقه رجعیه در زمان عـده بر عهدهٔ شوهر است، مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد، لیکن اگر عـده از جهت فسـخ نکـاح یـا طلاـق بائن باشـد زن حق نفقه نـدارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت».
ماده «۹۴۳» ق. م: «اگر شوهر زن خود را بطلاـق رجعی مطلقه کنـد هر یـک از آنهـا که قبل از انقضاء عـده بمیرد دیگری از او ارث میبرد، لیکن اگر فوت یکی از آنها بعد از انقضاء عده بوده و یا طلاق بائن باشد از یکدیگر ارث نمیبرند».

هر گاه مردی که چهار زن دائم دارد یک یا چند نفر از آنها را طلاق بائن دهد، یا نکاح آنها بجهتی از جهات فسخ گردد، و یا بمیرند، مرد مزبور میتواند زن دیگری بجای آنکه نکاحش بدین وسیله منحل شده بگیرد، زیرا در تمامی موارد بالا رابطهٔ زوجیت از هم گسیخته شده است و زنی که نکاح او بوسیلهٔ طلاق بائن یا فسخ منحل شده است اجنبی از شوهر خود خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۴۹

فصل یازدهم – ازدواج ایرانیان با اتباع خارجه

اشاره

ازدواج ایرانیان با اتباع خارجه اگر چه مانع قانونی هم در بر نداشته باشد، از نظر سیاسی تحت مقررات مخصوصی قرار گرفته است که شرح آن ذیلا در دو قسمت بیان میگردد:

قسمت اول- ازدواج زن ایرانی با مرد تبعه خارجه

بدستور ماده «۱۰۶۰» قانون مدنی: «ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه در مواردی هم که مانع قانونی ندارد موکول باجازهٔ مخصوص از طرف دولت است». منظور ماده از عبارت (در مواردی هم که مانع قانونی ندارد) آنست که هرگاه هیچ‌یک از موانع نکاح هم بین زن ایرانی و مرد غیر ایرانی موجود نباشد مانند قرابت، کفر و امثال آن، نیز ازدواج بین آنان موکول باجازهٔ مخصوص از طرف دولت ایران میباشد. علت این امر آنست که زن ایرانی پس از آنکه در نکاح تبعه خارجه در آید عموماً تابعیت خود را از دست میدهد و بتابعیت دولت متبوع شوهر داخل میشود، لذا ازدواج زن ایرانی با تبعهٔ خارجه آزاد گذارده نشده و موکول باجازهٔ دولت است و اجازهٔ مزبور بوسیلهٔ درخواست از وزارت کشور بعمل می‌آید.

سابقاً بموجب تصویب نامهٔ هیئت وزراء مورخ ۱۰ مهر ماه ۱۳۱۰ مقامی که برای اجازه ازدواج اتباع خارجه با زنان ایرانی صلاحیت داشت، در ایالت والی و در ولایت حاکم و در خارجه مأمور قنسولی ایران بود، ولی اکنون مرجع تقاضای تحصیل اجازهٔ ازدواج اتباع خارجه با زنان ایرانی وزارت کشور است و آن وزارت در صورت مقتضی اجازه خواهد داد (تصویبنامهٔ هیئت وزراء مورخ ۲۴ آبان ماه ۱۳۱۴)

وزارت کشور ملاحظه خواهد نمود ایا مرد تبعهٔ خارجه که میخواهد با زن ایرانی ازدواج کند شرائط لازم را داراست یا نه، و در صورتی که حائز شرائط است اجازه خواهد داد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۰

شرایط مزبور یکی راجع بتمکن و استطاعت مالی مرد و دیگری در خصوص اینست که نکاح مزبور در قوانین ایران یا در قوانین کشور متبوع او مانعی نداشته باشد. (برای تفصیل این شرایط بتصویب نامهٔ هیئت وزراء مورخ ۲۷ بهمن ۱۳۱۰ رجوع شود). در صورتی که شرایط مزبور جمع باشد، وزارت داخله در قبول یا رد تقاضا مختار است.

آنچه در مورد مزبور قابل توجه میباشد آنست که چنانچه بدون اجازهٔ دولت، زن ایرانی بنکاح تبعهٔ خارجه در آید نکاح او چه وضعیت حقوقی را خواهد داشت؟ بنظر میرسد که عبارت (موکول باجازهٔ مخصوص از طرف دولت است) اگر چه موهم آنست که صحت نکاح متوقف باجازهٔ دولت میباشد و چنانچه اجازه ندهد باطل خواهد بود، ولی با توجه بآنکه اجازه دولت از ارکان صحت نکاح نمیباشد باید بر آن بود که نکاح مزبور صحیح است

قسمت دوم- ازدواج مرد ایرانی با زن تبعه بیگانه

ازدواج مرد ایرانی چنانچه مانع قانونی نداشته باشد با زن تبعهٔ خارجه ممنوع نمیباشد، ولی نظر بمصالح سیاسی و اجتماعی بدستور

مادهٔ «۱۰۶۱» ق. م: «دولت میتواند ازدواج بعضـی از مسـتخدمین و مأمورین رسـمی و محصلین دولتی را با زنی که تبعهٔ خارجه باشد موکول باجازهٔ مخصوص نماید». اکنون مستخدمین وزارت خارجه مشمول منع بالا میباشند.

چنانچه دولت کسانی را از طبقات سه‌گانه بالا از ازدواج با تبعهٔ خارجه منع بنماید و او بدون اجازه دولت نکاح کند عقد او صـحیح خواهد بود، ولی مرتکب تخلف اداری شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۱

۲- شرائط عقد نکاح

اشاره

نکاح که رابطهٔ زوجیت بین زن و مرد است بوسـیلهٔ عقد محقق میگردد. عقد نکاح یکی از عقود معینه است و بدین جهت علاوه بر شرایط عمومی برای صحت عقود، باید دارای شرایط مختصه بخود نیز باشد.

الف- قصد انشاء نکاح

اشاره

عقـد نکـاح ماننـد عقود دیگر واقع میشود بقصـد و رضـای طرفین بشـرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصـد و رضا نمایـد، زیرا چنـانکه گـذشت بین دو نفر که آزاد در جامعه مینماینـد، نمیتوان بـدون ارادهٔ آنها رابطـهٔ زوجیت ایجاد نمود. زیست بنابراین هر فرد میتوانـد بـا آزادی اراده بـا دیگری ازدواج کنـد. اراده همواره متشـکل از قصـد و رضا میباشـد. قصـد عبارت از ایجاد امری در نفس میباشـد که بوسـیلهٔ تحریکات عصبی در یاخته‌های مغز بوجود می‌آیـد، مانند ایجاد امر مادی در خارج که بوسـیلهٔ تحریک عضـلات انجام میگیرد. امر مزبور گاه توأم فاعل است، ماننـد آنکه شخصـی بمیل خود دست را حرکت دهـد و گاه دیگر در تحت تأثیر اکراه آن را انجام میدهد.

نکاح مکره

چنانکه در شرایط اساسی برای صحت معاملات گذشت، اراده وقتی میتواند مولد مورد خود باشد که تحت تأثیر اکراه قرار نگیرد، و الا آن اراده نافذ نخواهد بود. بعبارت دیگر قصد زمانی ایجاد تعهد مینماید که همراه با رضای معتدل باشد و با پیدایش اکراه رضای معتدل نمیتواند موجود گردد.

چنانکه ماده «۲۰۲» ق. م مقرر میدارد: «اکراه باعمالی حاصل میشود که مؤثر در شـخص با شعوری بوده و او را نسبت بجان یا مال یا آبروی خود تهدیـد کنـد بنحوی که عادتـاً قابل تحمل نباشـد. در مورد اعمال اکراه‌آمیز سن و شخصـیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود».

ماده «۲۰۴» ق. م میگوید: «تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای مؤثر بودن اکراه بسته بنظر عرف است.»

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۲

ماده «۲۰۵» ق. م میگوید: «هرگاه شخصـی که تهدید شده است بداند که تهدیدکننده نمیتواند تهدید خود را بموقع اجرا گذارد و یا خود شـخص مزبور قـادر باشـد بر اینکه بـدون مشـقت اکراه را از خود دفع کنـد و معـامله را واقع نسـازد آن شـخص مکره محسوب

نمیشود».

مادهٔ «۲۰۳» ق. م میگوید «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگر چه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود».

ماده «۲۰۶» ق. م میگوید: «اگر کسی در نتیجهٔ اضطرار اقدام بمعامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود»

ماده «۲۰۷» ق. م میگوید: «ملزم شدن شخص بانشاء معامله بحکم مقامات صالحهٔ قانونی اکراه محسوب نمیشود».

ماده «۲۰۸» ق. م میگوید: «مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آن کس تهدید شده باشد اکراه محسوب نمیشود». بنابراین چنانچه یکی از زوجین تحت فشار اکراه عقد نکاح واقع سازد آن عقد نافذ نیست، ولی پس از رفع اکراه میتواند آن نکاح را بوسیلهٔ اجازهٔ بعدی تنفیذ نموده و صحیح گرداند و میتواند آن را رد کند، در این صورت عقد باطل شده و کلیه آثار عقد بر طرف میشود. مثلا دختری که تحت فشار پدر یا مادر خود قبول نکاح با مردی را نماید، نکاح او نافذ نیست مگر آنکه پس از عقد و رفع اکراه، بانجام آن نکاح رضایت دهد. این است که ماده «۱۰۷۰» ق. م میگوید: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال کره عقد را اجازه کند نافذ است مگر اینکه اکراه بدرجهٔ بوده که عاقد فاقد قصد باشد» که در این صورت رضای مؤخر تأثیر نخواهد داشت، زیرا هرگاه اکراه بدرجهٔ شدید باشد که بمکره فرصت توجه بمعنی و مفهوم کلمه ندهد و نگذارد مکره اعصاب دماغی خود را حاضر برای ایجاد قصد انشاء بنماید، استخوان‌بندی عقد موجود نشده است، مانند آنکه کسی را در زیر شکنجه مجبور نمایند که بگوید: قبول دارم، شخص مزبور برای جلوگیری از ادامه و یا تکرار شکنجه کلمهٔ قبول دارم را میگوید بدون اینکه توجهی بمعنی کلمه بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۳

ب- صیغه عقد نکاح

اشاره

ارادهٔ باطنی که یکی از افعال نفسانی میباشد بتنهائی کافی برای انعقاد نکاح نیست، اگر چه توافق بین ارادهٔ زوجین موجود گردد. بلکه باید مقرون بچیزی باشد که دلالت بر قصد کند. چیزی که بیشتر میتواند مبین قصد طرفین باشد لفظ است، زیرا برای هر تصوری لفظی یا الفاظی موجود است که انسان میتواند بوسیلهٔ آن تصور خود را بدیگران بفهماند.

بنابراین باید توافق زوجین آینده بانعقاد نکاح بوسیلهٔ الفاظی که بیکی ایجاب و بدیگری قبول گویند بعمل آید. ماده «۱۰۶۲» ق. م: «نکاح واقع میشود بایجاب و قبول بالفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج بنماید». چنانکه ماده بالا تصریح مینماید برای انعقاد عقد نکاح الفاظی لازم است که صراحهٔ دلالت بر قصد طرفین بر ازدواج بنماید. بنا بر این همچنانی که تراضی بتنهائی کافی نیست، ایجاب و قبول فعلی چنانکه در معاملات است نیز موجب ایجاد نکاح نمیگردد. ماده بالا قید ننموده الفاظی که نکاح بوسیلهٔ آنها منعقد میشود باید بچه زبانی باشد، بنابراین بهر زبانی که زوجین آشنا بآن هستند میتوانند ایجاب و قبول بگویند و عقد نکاح منعقد سازند، ولی آن الفاظ باید صراحهٔ مقصود طرفین را بانعقاد نکاح برساند.

بعضی از فقهای امامیه بر آنند که الفاظ ایجاب و قبول باید بلفظ عربی باشد و بالفاظ دیگر نکاح منعقد نمیگردد، مگر در صورت عجز از تلفظ بعربی، اگر چه این امر بوسیلهٔ وکیل آنها باشد. در این صورت بوسیلهٔ الفاظ غیر عربی نکاح صحیح خواهد بود، لکن باید بعبارتی گفته شود که مفاد آن مفاد لفظ عربی باشد و ترجمهٔ آن شناخته شود.

یک- ایجاب و قبول-

ایجاب عبارت از اعلام قصد ازدواج گوینده با مخاطب خود میباشد، و قبول عبارت از اعلام قصد پذیرش آن امر است. ایجاب

عموماً از طرف زن و قبول از طرف شوهر میباشد. بعضی این طریق را لازم میشمارند.
از نظر ادبی ایجاب همواره بایـد قبلا گفته شود و قبول پس از آن، ولی بنظر میرسـد که چنانچه قبول قبلا گفته شود و بعـداً ایجاد ادا گردد و مقصود را برساند اشکال نخواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۴

داشت، اگر چه ظاهر مادهٔ بالا بر آنست که ایجاب بایـد مقدم بر قبول قرار گیرد، زیرا ماده ناظر بموارد عادی است که ایجاب قبل از قبول ادا میگردد، علاوه بر آنکه بیان ماده بطلان خلاف را نمیرساند.
بنظر میرسد که نوشـتن میتواند جانشـین تلفظ قرار گیرد، زیرا بوسـیلهٔ نوشتن تمامی مفاهیمی را که ممکن است بوسیلهٔ تلفظ ادا نمود میتوان اعلام داشت و خصوصـیتی در لفظ، موجود نمیباشـد، ولی از مادهٔ بالا اسـتنباط میشود که قانون مـدنی میخواهد روشـی را که فقهای اسـلام اتخاذ نموده‌اند و الفاظ را با قدرت بر تلفظ فقط مؤثر میدانند پیروی بنماید. همچنین نکاح بوسـیلهٔ اشاره‌ای که مقصود زوجین آینده را بیکدیگر بفهماند واقع نمیشود، مگر از طرف کسانی که قدرت بر تلفظ و کتابت را نداشـته باشـند. ماده «۱۰۶۶» ق. م: میگویـد: «هرگـاه یکی از متعاقـدین یا هر دو لال باشـند، عقـد باشاره از طرف لال نیز واقع میشود، مشـروط بر اینکه بطور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد».
برای آنکه قصـد انشاء نکاح بوسـیلهٔ لفظ اعلام شود باید آن لفظ بصـیغهٔ ماضـی باشد، چنانکه زن بشوهر خود بگوید: تو را بازدواج دائمی خود در آوردم و شوهر بگوید قبول کردم آن را و چنانچه عقد از طرف وکیل واقع شود آن الفاظ بوسیله وکیل گفته میشود.

دو- منجز بودن عقد نکاح-

آنچه در صـحت تعلیق در عقود (در جلـد اول) گفته شـد که هر عقد را میتوان بطور معلق منعقد ساخت، در صورتی است که قانون تصـریح بلزوم تنجیز در مورد عقـد مخصوص ننموده باشد. قانون مدنی در عقد نکاح جنبهٔ عمومی و اجتماعی را بر جنبهٔ خصوصـی آن برتری داده، و آزادی ارادهٔ افراد را در انعقـاد آن محـدود نموده و تنجیز را شـرط صـحت عقـد نکاح قرار داده است، چنانکه در ماده «۱۰۶۸» میگویـد: «تعلیق در عقـد موجب بطلاـن است». بنـابر اطلاـق مادهٔ مزبور هر نوع تعلیق در عقـد نکاح اگر چه بر یکی از شرایط صحت عقد باشد موجب بطلان عقد نکاح خواهد بود، مانند آنکه مرد بزن بگوید:
تو را بزناشوئی خود در آوردم هرگاه عـدهٔ طلاق تو منقضـی شده باشد. در این صورت هرگاه یکی از زوجین در انقضاء عده تردید داشته باشد عقد نکاح باطل است، ولی هرگاه زوجین بدانند

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۵

که عده منقضـی شده و صـیغه را بطور تعلیق ادا کنند عقد صـحیح خواهد بود، زیرا تعلیق در قصد بعمل نیامده، بلکه طرفین با اعتقاد بمنجز بودن عقد، صیغه را بصورت معلق بیان نموده‌اند.

سه- توالی ایجاب و قبول-

اشاره

یکی از شـرائط صـحت عقـد موالاـت است و آن پی‌درپی بودن ایجاب و قبول است، بطوری که قبول مرتبط بایجاب باشـد. بنابراین تاخیر قبول بمـدتی از ایجاب در صورتی که فاصـلهٔ مزبور عرفاً طوری باشـد که آن دو را مرتبط بهم بدانند اشـکالی نخواهد داشت. این است که ماده «۱۰۶۵» ق. م میگوید: «توالی عرفی ایجاب و قبول شـرط صحت عقد است». (شرح این موضوع در شرایط اساسی برای صحت معامله در جلد اول گذشت)

تبصره- 1- وکالت در نکاح

طبق قاعدهٔ کلی هر امری که مباشرت شخص را قانون لازم ندانسته باشد، میتوان برای انجام آن نماینده اختیار نمود که آن امر را واقع سازد. عقد نکاح یکی از آن امور است، زیرا منظور از عقد نکاح ایجاد رابطهٔ زوجیت بین زن و مرد است که با رضایت آنان باید بوجود آید و ایجاد بوسیلهٔ هر کس که باشد صحیح خواهد بود. بنابراین هر یک از نامزدها میتواند از طرف خود کسی را وکیل کند که او را برای شخص معینی تزویج نماید. این است که ماده «۱۰۷۱» ق. م میگوید: «هر یک از مرد و زن میتواند برای عقد نکاح وکالت بغیر دهد». در این صورت وکیل بعنوان نمایندگی از طرف موکل عقد نکاح را منعقد میسازد. بنابراین زن میتواند بمردی وکالت دهد که او را برای خود ازدواج بنماید و متحد بودن طرفین عقد موجب بطلان آن نمیگردد، زیرا تعدد اعتباری برای تحقق دو اراده کافی است. بدین جهت مانعی ندارد که نامزدها هر دو بیک نفر وکالت دهند که عقد نکاح بین آنان را واقع سازد. ماده «۱۹۸» ق. م میگوید: «ممکن است طرفین یا یکی از آنها بوکالت از غیر اقدام بنماید و نیز ممکن است که یک نفر بوکالت از طرف متعاملین این اقدام را بعمل آورد». مادهٔ مزبور در مورد معاملات است و مبتنی بر کافی بودن تعدد اعتباری طرفین عقد برای تحقق دو ارادهٔ مختلف است، و عقد نکاح خصوصیتی را در بر ندارد که از قاعدهٔ مزبور مستثنی باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۶

کسی که وکیل دیگری میشود در حدود وکالتی که باو داده شده از طرف موکل نمایندگی دارد تا مورد وکالت را انجام دهد و چنانچه وکالت مقید بامر معینی باشد وکیل نمیتواند از حدود مورد وکالت تجاوز کند، مثلا هرگاه زنی بدیگری وکالت دهد که او را برای فلان مرد معین ازدواج نماید، وکیل نمیتواند او را برای شخص دیگری تزویج کند و هرگاه بر خلاف رفتار نماید عمل او فضولی و تابع مقررات عقد فضولی خواهد بود و موکل میتواند آن را اجازه دهد یا آن را رد نماید. این است که ماده «۱۰۷۳» قانون مدنی میگوید: «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع بشخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود».

طبق ماده «۱۰۷۴» ق. م: «حکم مادهٔ فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد»، زیرا رعایت مصلحت موکل در هر وکالتی مفروض و مسلم بین طرفین است و بدین جهت بدون ذکر هم وکالت منصرف بآن است.

طبق قاعدهٔ کلی هرگاه وکالت بطور اطلاق در امری بکسی داده شود، وکیل مزبور میتواند هر گونه عملی را در حدود وکالت خود با رعایت مصلحت موکل بنماید. مثلا هرگاه کسی بدیگری وکالت دهد که قالی او را بمبلغ پنجاه هزار ریال بفروشد وکیل میتواند آن را بخودش یا بدیگری بآن مقدار بفروشد، زیرا منظور موکل از فروش قالی بدست آوردن پنجاه هزار ریال میباشد و بهر کس بفروشد و عوض مقرر را بدست آورد منظور موکل تأمین گردیده است و طبق وکالت عمل شده و از حدود آن تجاوز بعمل نیامده است. اما در نکاح که شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد میباشد و منظور موکل شوهر کردن بهر کس نیست، ظاهر وکالت مطلق در ازدواج آنست که وکیل میتواند در حدود وکالت، موکل را برای غیر نکاح کند، زیرا هرگاه منظور موکل نکاح با شخص وکیل بوده آن را بیان مینمود. بنابراین چنانکه زنی بمردی بطور مطلق وکالت دهد که او را نکاح کند، وکیل مزبور نمیتواند او را بنکاح خود در آورد. و همچنین هرگاه مردی بزنی بطور مطلق وکالت دهد که برای او زن بگیرد وکیل مزبور نمیتواند خود را برای او ازدواج بنماید، مگر آنکه تصریح بر آن نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۷

این است که ماده «۱۰۷۲» ق. م میگوید: «در صورتی که وکالت بطور اطلاق داده شود وکیل نمیتواند موکله را برای خود تزویج کند، مگر اینکه این اذن صریحاً باو داده شده باشد».

تبصره- 2- نکاح بوسیلهٔ قیم

در موارد معینهٔ قانون بقیم اجازه داده است که برای محجور ازدواج بنماید، در این صورت عقد بوسیلهٔ او بعنوان نمایندگی قانونی از طرف محجور منعقد میگردد. مادهٔ «۸۸» قانون امور حسبی: «در صورتی که پزشک ازدواج مجنون را لازم بداند قیم با اجازهٔ دادستان میتواند برای مجنون ازدواج نماید و هرگاه طلاق زوجه مجنون لازم باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه قیم طلاق میدهد».

تبصره- 3- نکاح فضولی

اشاره

عقد فضولی عبارت است از اینکه کسی بدون داشتن نمایندگی از طرف غیر تعهدی برای او بنماید. تعهد مزبور در صورت داشتن تمامی شرایط اساسی برای صحت، فاقد رضایت کسی است که از تعهد مزبور منتفع و یا متضرر میگردد، بدین جهت چنین تعهدی نافذ نیست و مانند عقد مکره میباشد. بنابراین شخص ثالث (کسی که منتفع یا متضرر میشود) میتواند بوسیلهٔ رضایت مؤخر خود آن را تنفیذ نماید و چنانچه نپذیرد و رد کند عقد بلا اثر خواهد بود، عقد فضولی طبق قاعده است، زیرا عقد صحیح مرکب از توافق قصد و رضای طرفین است و عقد فضولی فقط فاقد رضا میباشد و چنانچه رضا پیوست آن گردد عقد کامل و مؤثر خواهد بود. نکاح مانند عقود دیگر میباشد و خصوصیتی را در بر ندارد که نتوان بصورت فضولی منعقد ساخت. مثلا هرگاه کسی زنی را به بیند که دارای تمامی محاسن اخلاقی است و با مذاکره با زن موافقت او را جلب نماید که با برادر شخص مزبور ازدواج بنماید و آن شخص بدون داشتن سمتی از طرف برادر خود زن را برای او ازدواج نماید، نکاح مزبور فضولی است و برادر میتواند آن را تنفیذ و یا رد کند، چنانچه تنفیذ نماید عقد از زمان انعقاد صحیح خواهد بود و چنانچه رد کند ملغی الاثر میگردد (مستفاد از مواد «۱۰۷۳» و «۱۰۷۴» ق. م)

مسأله- در صورتی که کسی فضولهٔ از طرف مردی زنی را بنکاح او در آورد،

مادام که مرد نکاح را اجازه نداده وی میتواند عقد را بر هم زند، زیرا هنوز نکاحی منعقد نشده و
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۸
تعهدی بوجود نیامده است و تعهد یک طرفه زن بتنهائی کافی برای ایجاد رابطه نمیباشد مستنبط از ماده «۲۵۲» ق. م: «لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشار الیه میتواند معامله را بهم بزند». مادهٔ مزبور اگر چه راجع بمعاملات فضولی میباشد ولی چون مبتنی بر اصل حقوقی است که بیان گردید در تمامی عقود جاری میباشد.

چهار – شرایط عاقد–

عاقد در معنی اصطلاحی بکسی گفته میشود که ایجاب و یا قبول عقدی را میخواند، خواه یکی از طرفین باشد یا نمایندهٔ او مانند وکیل و قیم مجنون.
بنابراین عاقد در نکاح کسی است که اجرای صیغه عقد نکاح را مینماید، خواه برای خود یا بنمایندگی از طرف دیگری. عقد نکاح در صورتی صحیح است که عاقد بالغ، عاقل و قاصد باشد. ماده «۱۰۶۴» ق. م میگوید: «عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد». برای شرح و تفسیر مادهٔ بالا محتاج بذکر مقدمه است:

چنانکه گذشت بدستور ماده «۱۹۱» ق. م عقد بوسیلهٔ توافق قصد و رضای طرفین واقع میشود، بشرط آنکه مقرون بچیزی باشد که دلالت بر قصد آنها بنماید. بنابراین کسی که عقدی را منعقد مینماید، باید بتواند قصد انشاء کند و کسی که نمیتواند قصد انشاء بنماید مانند خواب و مست نمیتواند عقدی را ایجاد کند. و همچنین است کسی که میتواند قصد انشاء بنماید ولی بجهتی از جهات نمیتواند حقیقت و ارزش آن را بداند و یا آثار آن را تشخیص دهد مانند صغیر غیر ممیز و مجنون که هرگاه بتواند قصد انشاء نکاح با کسی را بنمایند، بر اثر عدم نمو شعور در صغیر غیر ممیز و اختلال اعصاب دماغی در مجنون حقیقت نکاح و ارزش ایجاب یا قبولی که ادا مینمایند و آثاری که بر آن مترتب میگردد نمیدانند بدین جهت چنین قصد انشائی نمیتواند مقتضاء خود را که رابطه زوجیت است ایجاد کند و مولد آن باشد، این است که گفته میشود عبارت صغیر و مجنون اعتبار قانونی ندارد.

چنانکه صغیر بتواند قصد انشاء بنماید و ارزش و آثار آن را بداند مانند صغیر ممیز از نظر تحلیلی هیچ‌گونه اشکالی در انعقاد عقد نخواهد داشت، زیرا آنچه مولد عقد است قصد و رضای طرفین میباشد که پیدایش یافته است. بدین جهت است که صغیر ممیز و سفیه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۵۹

بدستور ماده «۱۲۱۳» و «۱۲۱۴» ق. م میتوانند صلح و هبه بلا عوض را قبول نماید، زیرا صلح و هبه عقد است و قبول مانند ایجاب بوسیلهٔ قصد و رضا محقق میگردد و از این جهت هیچ‌گونه فرقی بین ایجاب و قبول موجود نیست. علت صحت قبول صلح و هبه بلاعوض از صغیر ممیز و سفیه آنست که آنان میتوانند قصد و رضا که مولد عقد است داشته باشند و از نظر مالی هیچ نوع زیانی هم برای صغیر ممیز و سفیه متصور نیست، ولی اینان طبق ماده «۱۲۰۷» ق. م نمیتوانند در اموال و حقوق مالی خود تصرف نمایند. بنابراین قصد انشائی که موجب تصرف در امور مالی گردد باعتبار محجوریت آنها معتبر نخواهد بود، و احتیاج بتنفیذ از طرف ولی و قیم را دارد. در این امر فرقی نمینماید که صغیر و سفیه مستقیماً تصرف در اموال و حقوق مالی خود بنمایند یا غیر مستقیم، چنانکه عملی انجام دهند که غیر مستقیم موجب تعهد بتأدیه مال بشود، مانند نکاح دائم که مهر در آن ذکر نشده و یا عدم مهر قید شده باشد (ماده «۱۰۸۷» ق. م) اما در نکاح دائم که در آن مهر قید میشود و یا نکاح منقطع که شرط صحت آن ذکر مهر است شوهر مستقیماً تصرف در امور مالی مینماید و محجور ممنوع از آن خواهد بود، علاوه بر آنکه حفاظت صغیر ممیز و سفیه بعهدهٔ ولی یا قیم است و نکاح در وضعیت جسمی و روحی آنها تاثیر عمیقی دارد.

اکنون با توجه بمطالب مذکور در بالا کسانی که ازدواج مینمایند عبارتند از:

الف- ذکور- ذکوری که ۱۸ سال تمام داشته باشد دارای قابلیت صحی ازدواج است و میتواند نکاح نماید و چنانچه در کمتر از سن مزبور احتیاج پیدا نماید که ازدواج کند بوسیلهٔ معافیت از شرط سن بکسانی که کمتر از ۱۵ سال تمام نداشته باشند اعطاء میگردد.

ب- اناث- اناثی که ۱۵ سال تمام داشته باشد، دارای قابلیت صحی ازدواج است و میتواند نکاح بنماید و چنانچه مقتضیاتی ایجاب کند، اناثی که کمتر از ۱۳ سال تمام نداشته باشد بوسیلهٔ اعطاء معافیت از شرط سن میتوانند ازدواج نمایند.

بنابر آنچه گذشت پسر ۱۸ ساله میتواند بدون اجازهٔ ولی نکاح کند، زیرا طبق ماده «۱۲۰۹» ق. م پسر مزبور رشید است و از تحت ولایت یا قیمومت خارج میشود و میتواند مستقلًا هر عملی که مصلحت خود بداند انجام دهد و تصرف در اموال و حقوق مالی خود

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۰

بنماید، اما پسری که معافیت از شرط سن باو اعطا میشود بدون اجازهٔ ولی و قیم نمیتواند ازدواج کند، زیرا از طرفی حفاظت و تربیت او بعهدهٔ ولی و قیم است و از طرف دیگر مستقیم یا غیر مستقیم تعهد بپرداخت مهر و غیر مستقیم تعهد بنفقه مینماید. اناثی که ۱۸ سال تمام ندارد طبق صریح ماده «۱۰۴۲» ق. م نکاح آنان منوط باجازهٔ ولی یا قیم است (چنانچه در قابلیت صحی برای ازدواج گذشت).

با توجه بمقدمهٔ بالا میتوان نتیجه گرفت که چنانچه شرط اساسی صحت نکاح موجود باشد، هر کس که بتواند قصد انشاء بنماید میتواند عاقد قرار گیرد و خصوصیتی در عقد نکاح از این جهت موجود نیست که آن را از عقود دیگر متمایز سازد. بنابراین سفیه و صغیر ممیز میتوانند عقد نمایند همچنانی که (طبق قاعدهٔ کلی در وکالت هر کس هر عملی را بتواند انجام دهد چنانچه شرط مباشرت در آن نشده باشد میتواند دیگری را در انجام آن نمایندگی و وکالت دهد) میتوانند بدیگری وکالت در ازدواج خود بدهند. باری پسری که کمتر از ۱۸ سال و بیش از ۱۵ سال تمام دارد و بوسیلهٔ معافیت از شرط سن نکاح مینماید، میتواند خود عاقد قرار گیرد و میتواند وکالت در اجرای صیغه بدیگری بدهد، ولی صحت نکاح آن منوط باجازهٔ ولی و قیم خواهد بود، زیرا بدین وسیله مستقیم یا غیر مستقیم تعهد بتأدیهٔ مهر میکند و غیر مستقیم تعهد بتأدیه نفقه مینماید و آن تصرف در اموال و حقوق مالی میباشد و مواظبت شخص مولی علیه بعهدهٔ ولی و قیم است و اعمالی که مینمایند باید تحت مراقبت قرار گیرد.

وضعیت حقوقی دختر نیز بدین منوال است، یعنی میتواند عاقد نکاح خود قرار گیرد و یا وکالت بغیر دهد که او را ازدواج کند اگر چه سن او سیزده سال تمام و در اثر اعطاء معافیت از شرط سن اجازهٔ ازدواج پیدا نموده باشد، زیرا دختر مزبور در محیط کنونی ممیز میباشد و بنابر اولویت مستنبطهٔ از ماده «۱۰۴۲» ق. م صحت نکاح او منوط باجازهٔ ولی و قیم او میباشد.

اما قید بالغ در ماده «۱۰۶۴» ق. م که میگوید: «عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد» مانند قید کلمهٔ مزبور در ماده «۲۱۲» ق. م است که میگوید: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطهٔ عدم اهلیت باطل است». که شرط عقد صحیح را که احتیاج بتنفیذ ولی و قیم ندارد بیان کرده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۱

ماده «۲۱۲» ق. م در جلد اول حقوق مدنی تفسیر گردید و تذکر داده شد که معاملهٔ صغیر ممیز و غیر رشید که ولی یا قیم آن را اجازه دهد صحیح است و چنانچه اجازه ندهد و رد کند باطل میباشد.

قید کلمه (قاصد) بودن عاقد نکاح در ماده «۲۰۶۴» ق. م و عدم قید آن کلمه در مادهٔ «۲۱۲» ق. م در مورد معاملات با آنکه عقد بوسیلهٔ توافق قصد طرفین منعقد میشود و یکی از شرایط اساسی بشمار میرود، از نظر آنست که ایجاب و قبول در عقد نکاح بنابر قول مشهور فقهاء امامیه بکلمات عربی ادا میشود چنانکه اکنون معمول است و عاقدین در ایران عموماً غیر عرب زبان هستند و اینان ممکن است در موقع اجراء صیغه بعربی توجه خود را معطوف بادای حروف از مخارج و همچنین اعراب کلمات بنمایند و قصد انشاء را که مولد حقیقی رابطهٔ زوجیت است از نظر دور دارند، این است که قانون مدنی در مورد نکاح تصریح بلزوم قصد برای عاقد نموده است، ولی در عقود و معاملات که متعاملین در بیان الفاظ آزاد هستند و میتوانند بهر زبانی که بآن تکلم مینمایند تملیک و یا تعهد بعمل آورند، قید قاصد نیاورده است.

پنج- تعیین زن و شوهر در عقد نکاح-

اشاره

عقد نکاح عبارت از رابطهٔ زوجیت بین نامزدهای معین میباشد و عاقد باید زوجیت شخص معین را مورد قصد انشاء قرار دهد که از دیگران متمایز باشد. بدین جهت است که ماده «۱۰۶۷» ق. م میگوید: «تعیین زن و شوهر بنحوی که برای هیچیک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است». تعیین هر یك از نامزدها در عقد ممکن است بوسیلهٔ ذکر نام باشد و ممکن است بوسیلهٔ ضمیر یا اسم اشاره معین شود، همچنانی که ممکن است بوسیلهٔ وصف تعیین گردد، مانند آنکه عاقد بگوید او را بزناشوئی فلان در آوردم، یا این شخص را بزناشوئی در آوردم و یا زن سیاه چشم را که در مقابل من نشسته بزناشوئی در آوردم. بنابر صریح ماده بالا چنانچه بطور تردید یکی از چند زن مورد قصد انشاء زوج در عقد نکاح قرار گیرد، عقد نکاح مزبور باطل

است. همچنین است هرگاه یکی از چند زن بطور کلی مورد قصد انشاء در نکاح باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۲

تبصره- اشتباه در زوجین

بعض از عقود هستند که شخصیت طرف علت عمده در انعقاد عقد نمیباشد، مانند بیع که یک معامله تجاری است و منظور فروشنده رسیدن بثمن و منظور خریدار رسیدن بمبیع است و هیچ‌گونه توجهی بایع و مشتری بشخصیت یکدیگر در معامله ندارند. بعض از عقود دیگر هستند که شخصیت طرف علت عمده در انعقاد عقد میباشد، مانند وصیت که شخصیت موصی له علت عمده وصیت در نظر موصی میباشد. نکاح نیز یکی از عقودی است که شخصیت هر یک از طرفین علت عمدهٔ انعقاد عقد، در نظر طرف دیگر است، بدین جهت هر یک از طرفین عقد (عاقدین) باید ایجاد زناشوئی با طرف دیگر را مورد قصد قرار دهد.
در صورتی که در عقد نکاح یکی از زوجین دیگر را اشتباه نماید، مانند آنکه کسی دختری را که میشناخته خواستگاری کند و پس از موافقت او، در جلسه عقد خواهرش حاضر شود و بعاقد وکالت در عقد خود بدهد. وکیل مزبور بنمایندگی از طرف موکله خود ایجاب بگوید و زوج هم مستقیماً نسبت بدختری که میشناخته قبول نماید نکاح منعقد نمیگردد، زیرا توافق بین مورد و قصد که شرط اساسی عقد میباشد موجود نشده است. اینست که مادهٔ «۲۰۱» ق. م میگوید: «اشتباه در شخص طرف بصحت معامله خللی وارد نمیآورد، مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد بوده باشد». ولی هرگاه دختر و پسری که با یکدیگر آشنائی دارند یکی خود را بدیگری در وضعیت اجتماعی مخصوص بر خلاف واقع معرفی نماید، مانند آنکه دختر پدر خود را متمول و صاحب فلان کار خانه معرفی کند و یا بالعکس پسر پدر خود را صاحب مقام سیاسی مهمی بدختر گفته باشد و پس از انعقاد نکاح بین آن دو، معلوم گردد که پدر پسر مردی فلاح و پدر دختر مردی پریشان میباشد، نکاح آن دو صحیح است، زیرا اشتباه مزبور از موارد اشتباه در شخصیت طرف در نکاح محسوب نمیگردد تا نکاح باطل باشد، بلکه اشتباه در اوصافی است که یکی از طرفین تصور مینموده در دیگری موجود است و از موارد فسخ نیز بشمار نمیآید، زیرا تصور یکی از طرفین وجود وصف مخصوصی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۳

را در طرف دیگر موجب پیدایش حق فسخ نمیشود، مگر آنکه بعنوان شرط، ضمن عقد نکاح قرار داده شده باشد که شرح آن در موارد جواز فسخ خواهد آمد. ماده «۱۱۲۸» ق. م: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که رف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد».

شش- شرط ضمن عقد نکاح-

اشاره

آزادی اراده بافراد اجازه میدهد که بتوانند هر تعهدی بنمایند، خواه مستقلًا باشد یا بصورت شرط، ضمن عقد دیگری قرار گیرد. آزادی اراده در اموال و حقوق مالی کمتر دچار محدودیت شده است ولی در احوال شخصیه محدودیت بیشتری را داراست، زیرا جامعه غیر از مجموع افراد، وجود مستقل طبیعی ندارد و حیات و بقاء جامعه منوط است که احوال شخصیه افراد آن، تابع نظم خاصی قرار گیرد و نتواند دستخوش آزادی اراده آنها باشد، مخصوصاً در امور مربوط بخانواده که سلولهای زنده کوچکی هستند که در اثر توالد و تناسل بقاء جامعه تضمین میشود، بدین جهت است که نکاح بین عقود دیگر وضعیت حقوقی خاصی را پیدا نموده و جنبهٔ اجتماعی او بر جنبهٔ فردی برتری داده شده است، لذا زوجین نمیتوانند نکاح را بارادهٔ خود اقاله نمایند.

اما راجع بشروطی که ضمن عقد نکاح قرار داده میشود، باید متذکر بود که قانون مدنی شروط ضمن عقد را بر دو قسم نموده است:

اشاره

قسمی شروط فاسده و قسم دیگر شروط صحیحه.

قسم اول- شروط فاسده

اشاره

شروط فاسده بنوبه خود بر دو دسته‌اند: دسته‌ای که باطل میباشند ولی در عقد تأثیر نمینمایند و آن را باطل نمیکنند. دسته‌ای دیگر که باطل میباشند و مبطل عقد نیز هستند، یعنی فساد آنها در عقد تأثیر میکند و آن را باطل میگرداند.

دستهٔ اول- شروط باطله

اشاره

ماده «۲۳۲» ق. م میگوید: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۴
۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.
۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.
۳- شرطی که نامشروع باشد».
شرح مختصر مادهٔ بالا در مورد نکاح:

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد-

شرطی است که مشروط علیه شخصاً یا بوسیلهٔ غیر نتواند آن را انجام دهد. شرط مزبور در ضمن هر عقدی قرار گیرد چه با علم بغیر مقدور بودن آن و چه با جهل، باطل است.

۲- شرطی که در آن نفع و فائده نباشد-

منظور نفع و فائدهٔ عقلائی است مانند آنکه زن بر شوهر شرط کند که پس از عقد از شرق آسیا تا غرب اروپا بوسیلهٔ شتر مسافرت نمایند. شرط مزبور هیچ‌گونه نفع و فایده عقلائی ندارد.

۳- شرطی که نامشروع باشد-

منظور از شرط نامشروع شرطی است که قانون انجام آن را اجازه نداده است. اینگونه شروط بر دو دسته‌اند:

الف- اعمال کیفری- و آنها اعمالی هستند که قانون صراحهٔ منع نموده و برای مرتکب آن مجازات قرار داده است

مانند اعمال خلاف، جنحه و جنایت.

ب- اعمالی که بر خلاف قوانین آمره باشد

اشاره

قوانین آمره قوانینی هستند که از نظر جنبهٔ عمومی وضع شده است. اینگونه قوانین ایجاد حق برای افراد نمینماید و بدین جهت تحت اختیار آنها قرار نگرفته تا منتفع از آن بتواند حق خود را ساقط یا بدیگری واگذار نماید. اینگونه قوانین در اصطلاح حقوقین اسلامی حکم نامیده میشود. تشخیص قوانین آمره در بعض موارد دشوار است و بدین جهت گاه نسبت ببعض موضوعات اختلاف نظر بین حقوقیین پیدا میشود. شروطی که بر خلاف قوانین آمره میباشند، خواه ضمن عقد نکاح یا عقد دیگری قرار گیرند باطل میباشند. بعض از شروطی که بر خلاف قوانین آمره است ذیلا بیان میگردد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۵

الف- شرط خیار

شرط خیار در نکاح چنانکه از ماده «۳۹۹» ق. م معلوم میگردد آنست که در مدت معین برای مرد یا زن یا شخص ثالث حق فسخ نکاح باشد. بدستور قسمت اول ماده «۱۰۶۹» ق. م: «شرط خیار فسخ نسبت بعقد نکاح باطل است ...» زیرا چنانکه گذشت خانواده سلول اولیه جامعه میباشد که بوسیلهٔ توالد و تناسل بقاء آن را تضمین مینماید و فسخ نکاح موجب انهدام آن است و از جنبهٔ عمومی نمیتوان نکاح را دستخوش آزادی ارادهٔ زوجین قرار داد تا آنان حق انحلال آن را برای خود محفوظ دارند، زیرا سستی رابطهٔ مزبور بضرر اجتماع و لطمهٔ غیر قابل جبرانی نسبت به جامعه وارد می‌آورد. بدین جهت نمیتوان نکاح را اقاله نمود آنگونه که معاملات را میتوان اقاله کرد. بنابراین چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید شرط خیار فقط باطل میباشد و تأثیری در عقد نمیکند، زیرا ماده در مقام بیان حکم عقدی است که شرط خیار در آن میشود و با بیان حکم بفساد شرط و سکوت نسبت بعقد، عقد نکاح صحیح خواهد بود. دلیل بر عدم تأثیر فساد شرط در عقد نکاح آنست که عقد و شرط دو امر است و فساد یکی تأثیر در دیگری نمینماید. قول مشهور بر آنست که عقد نکاح نیز مانند شرط باطل خواهد بود، زیرا آنچه مورد قصد و تراضی نامزدها قرار گرفته نکاح بشرط خیار میباشد و آن شیئی واحد است و چون شرط فاسد باشد نکاح فاسد خواهد بود و نمیتوان تبعیض نمود و یکی را از دیگری در حکم، تفکیک کرد. شرط فسخ بصورت شرط نتیجه مانند شرط خیار فسخ است، چنانکه در ضمن عقد نکاح شرط نمایند که پس از گذشتن شش ماه عقد نکاح منحل گردد. بنا بر وحدت ملاک ماده «۱۶۰۹» ق. م شرط مزبور باطل است بدون آنکه تأثیری در عقد نماید، زیرا انحلال بوسیلهٔ فسخ در موارد معینه قانونی پیش‌بینی شده و باختیار زوجین واگذار نگردیده است. این است که مادهٔ «۱۰۸۱» ق. م میگوید:
«اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است».
آنچه گفته شد راجع بشرط خیار نسبت بعقد نکاح است، ولی چنانکه قسمت دوم مادهٔ
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۶
«۱۰۶۹» ق. م میگوید: «... در نکاح دائم شرط خیار نسبت بصداق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آنست که اصلا مهر ذکر نشده باشد». علت این امر آنست که ذکر مهر در نکاح دائم شرط صحت آن نمیباشد و نکاح دائم

بدون ذکر مهر نیز صحیح است. ماده «۱۰۸۷» ق. م میگوید: «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین میتوانند بعد از عقد مهر را بتراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهر المثل خواهد بود» بدین جهت هرگاه در مهر خیار فسخ قرار داده شود و مهر فسخ گردد، خللی بنکاح وارد نمیآورد و مانند آنست که نکاح بدون مهر منعقد شده است. مثلا چنانچه در عقد نکاح دائم شوهر خانه معینی را مهر زوجه قرار دهد و ضمن آن شرط شود که در ظرف مدت شش ماه شوهر یا زن بتواند مهر را فسخ کند عقد و شرط صحیح است.

خیار شرط باید مدت معین داشته باشد و الا شرط و مهر باطل خواهد بود چنانکه در خیار شرط گفته شده است. (مستنبط از ماده «۴۰۱» ق. م) شرط خیار فسخ نسبت بمهر، در نکاح دائم صحیح است و در عقد منقطع نمیتوان در مهر خیار فسخ قرار داد، زیرا مهر در نکاح مزبور یکی از ارکان عقد است، لذا عقد منقطع بدون ذکر مهر منعقد نمیگردد. ماده «۱۰۹۵» ق. م: «در نکاح منقطع عدم مهر در عقد موجب بطلان است» و چنانچه شرط صحیح باشد و مهر فسخ شود مانند آنست که عقد منقطع بدون مهر منعقد شده و چنین عقدی باطل میباشد.

ب- زن بر شوهر شرط نماید که او حق ندارد زن دیگری بگیرد،

شرط مزبور شرط فعل منفی میباشد و بر خلاف قوانین آمره است، زیرا بنا بر مستنبط از ماده «۹۴۲» ق. م که میگوید: «در صورت تعدد زوجات ربع یا ثمن ترکه که تعلق بزوجه دارد بین همه آنان بالسویه تقسیم میشود» و موارد دیگر در باب نکاح، مرد میتواند زنهای متعدد داشته باشد و آن از قوانین آمره بشمار میرود

ج- زن بر شوهر شرط کند که او حق ندارد زن مزبور را طلاق بدهد،

زیرا بنا بر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۷

مستنبط از ماده «۱۱۳۳» ق. م که میگوید: «مرد میتواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». اختیار طلاق از قوانین آمره بشمار میرود و شرط مزبور بر خلاف آن است.

د- زن بر شوهر شرط نماید که زن سابق او مطلقه باشد،

زیرا طبق ماده «۱۱۳۴» و «۱۱۳۵» ق. م طلاق باید بصیغهٔ طلاق و در حضور لااقل دو شاهد واقع شود و منجز باشد و بصورت شرط نتیجه ضمن عقد محقق نمیگردد. همچنین است هرگاه ضمن عقد بر شوهر شرط شود که نکاح زوجهٔ سابقش منحل شود.

ه- زن بر شوهر شرط کند که او حق ندارد بمنزل زن قبلی خود برود و یا با او نزدیکی بنماید،

زیرا طبق ماده «۱۱۰۳» ق. م که میگوید: «زن و شوهر مکلف بحسن معاشرت با یکدیگرند». رفتن بمنزل زن و نزدیکی با او از حقوق زن و از تکالیف قانونی شوهر است که از نکاح بوجود می آید و شوهر ملزم بانجام آن میباشد و تکلیف از طرف مکلف قابل اسقاط نیست.

و- زن بر شوهر شرط کند که هرگاه مهر را تا تاریخ معینی نپردازد زن بتواند نکاح را فسخ نماید و یا نکاح فسخ شود یا باطل باشد،

زیرا انحلال نکاح بوسیلۀ طلاق بعمل می‌آید و فسخ آن فقط در موارد خیارات عیب و تدلیس و شرط و صفت است.
بدستور ماده «۱۰۸۱» ق. م: «اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است». زیرا عقد و مهر صحیحاً واقع شده و عقد صحیح بوسیله شرط باطل نمیشود و شرط مزبور بر خلاف قوانین آمره بشمار میرود.

ز- زن بر شوهر شرط کند که حق دادن طلاق با او باشد،

قانون طبق ماده «۱۱۳۳» ق. م که میگوید: «مرد میتواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد» حق طلاق را منحصراً بشوهر داده و از قوانین آمره میباشد و از حقوق مالی بشمار نمیرود که شوهر بتواند آن را بزن انتقال دهد، ولی چنانکه شرح آن خواهد آمد ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۸

میتوان شرط نمود که زن از طرف شوهر وکیل باشد که در موارد معینه یا در مدت معین بتواند خود را طلاق دهد. در این صورت زن بعنوان نمایندگی از شوهر، خود را طلاق میدهد.

ح- شوهر بر زن شرط کند که حق نفقۀ در نکاح دائم بر او نداشته باشد.

انفاق زوجۀ دائمه چنانکه از ماده «۱۱۰۶» ق. م استنباط میشود از قوانین آمره بشمار میرود.
بنابراین شرط عدم انفاق باطل میباشد و همچنین است هرگاه شرط شود که زن قسمتی از نفقه خود را بدهد.
بنظر میرسد که ضمن عقد نکاح بتوان شرط نمود که زن نفقه شوهر را بدهد اگر چه مقدار آن را تعیین ننمایند، زیرا شرط مزبور امری خارج از نکاح و از هیچیک از شروط باطله نمیباشد و مانند آنست که زن شرط کند مالی از خود بشوهر بدهد.

ط- زن بر شوهر شرط کند که هیچیک از وظایف زوجیت را انجام ندهد.

وظایف زوجیت چنانکه از مواد «۱۱۰۳ و ۱۱۰۴» استنباط میشود از قوانین آمره بشمار میرود و شرط عدم انجام آن نامشروع و طبق شق ۳ ماده «۲۳۲» ق. م باطل میباشد. همچنین است اگر زن شرط کند که در معاشرت خود آزاد باشد و هر زمان بخواهد بهر کجا برود.

ی- ضمن عقد نکاح شرط شود که شوهر حق حضانت و یا ولایت بر اطفال خود که از نکاح مزبور موجود میگردد ندارد.

حضانت و ولایت چنانکه از ماده «۱۱۶۸» و «۱۱۹۴» ق. م استنباط میشود از قوانین آمره بشمار میرود و چنین شرطی نامشروع و بدستور شق ۳ ماده «۲۳۲» ق. م فاسد میباشد.

دسته دوم- شروط مفسد عقد

اشاره

مادۀ «۲۳۳» ق. م میگوید: «شروط مفصلۀ ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

۱- شرط خلاف مقتضای عقد.

۲- شرط مجهولی که جهل بآن موجب جهل بعوضین شود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۶۹

شرح مختصر مادهٔ بالا در مورد نکاح

۱- شرط خلاف مقتضای عقد-

چنانکه گذشت هر عقدی بمنظور خاصی که از نظر علمی علت تعهد است ایجاد میشود که مستقیماً در اثر عقد موجود میگردد که آن را مقتضای آن عقد (مقتضای ذات عقد گویند، مثلاـ مقتضای بیع ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع است و مقتضای هبه ملکیت مال موهوب برای متهب و مقتضای نکاح رابطهٔ زوجیت میباشد. شرط بر خلاف مقتضای عقد در ضمن آن، از نظر تناقضی که بین شرط و عقد حاصل میشود آن دو باطل خواهند بود. بنابراین چنانکه در عقد نکاح شرط شود که زوجیت حاصل نگردد، عقد و شرط باطل میباشند.

اما شرط بر خلاف بعض از اجزاء مقتضاء و یا بعض از آثار و احکام عقد، ایجاد تناقض نمینماید و بنظر میرسد که از این جهت عقد و شرط باطل نمیباشند مگر آنکه از جهت نامشروع بودن، فاسد محسوب گردند.

عقد مقتضای دیگری دارد که آن را مقتضای اطلاق عقد گویند. مقتضای اطلاق عقد عبارت از اموری است که هرگاه عقد بطور مطلق (یعنی بدون قید و شرط) منعقد گردد اقتضای آن امور را داشته باشد مانند لزوم سکونت زن در منزلی که شوهر معین مینماید که در صورت اطلاق عقد است و الا زوجین میتوانند شرط خلاف نموده اختیار مسکن را بزن بدهد.

ماده «۱۱۱۴» ق. م میگوید: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین میکند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل بزن داده شده باشد».

شرط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح، خواه ضمن همان عقد قرار گیرد یا ضمن عقد لازم دیگری، باطل و بلا اثر است، ولی هرگاه در عقد نکاح ذکر گردد علاوه بر شرط، عقد نیز باطل میگردد، زیرا بین آن دو تضادی است که تحقق هر یک موجب نفی دیگری میباشد.

اما چنانچه شرط مزبور ضمن عقد لازم دیگری قرار گیرد فقط شرط باطل میباشد، زیرا عقد نکاح موجود مستقلی است که صحیحاً منعقد گشته و شرط خلاف مقتضای آن که بعداً ضمن عقد لازم دیگری قرار داده شده نمیتواند نکاح صحیح را ابطال نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۰

۲- شرط مجهولی که جهل بآن موجب جهل بعوضین شود-

شرط مزبور اگر چه در ظاهر مربوط بعقد معوض است، ولی از نظر وحدت ملاک ماده «۲۱۶» قانون مدنی در عقد غیر معوض نیز جاری میگردد، زیرا در هر عقدی مورد آن باید معلوم باشد. و شرطی که موجب جهل بمورد گردد مفسد عقد خواهد بود. در عقد نکاح شرطی که جهل بآن موجب جهل بیکی از دو مورد میگردد عموماً جهل بمهر است که در صحت عقد نکاح تأثیر نمینماید، زیرا چنانچه گفته خواهد شد نکاح بدون ذکر مهر یا شرط عدم مهر نیز منعقد میگردد.

بر خلاف شرط مجهولی که در عقد منقطع واقع شود و موجب جهل بمهر گردد که مفسد عقد انقطاع نیز خواهد بود، زیرا در عقد نکاح منقطع جنبه معاوضی بیشتر رعایت شده و بطلان مهر موجب فساد عقد نیز میگردد.

قسم دوم- شروط صحیحه

اشاره

شروطی که از اقسام پنج‌گانه بالا نباشد، خواه شرط صفت باشد یا فعل یا نتیجه، صحیح خواهد بود. ماده «۲۳۴» ق. م میگوید: «شرط بر سه قسم است:

۱- شرط صفت.

۲- شرط نتیجه.

۳- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً.

شرط صفت عبارت است از شرط راجعه بکیفیت یا کمیت مورد معامله.

شرط نتیجه آنست که تحقق امری در خارج شرط شود.

شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام بفعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».

شرح مادهٔ بالا در مورد نکاح

۱- شرط صفت-

چنانکه ماده «۲۳۴» ق. م میگوید، شرط صفت عبارت است از شرط راجعه بکیفیت یا کمیت مورد معامله. در مورد نکاح شرط صفت عبارت از وجود یا عدم وصف مخصوصی است که یکی از زوجین در مهر یا در دیگری ضمن عقد نکاح شرط مینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۱

در صورتی که شرط صفت در مهر باشد و پس از عقد معلوم گردد که مهر شرط مزبور را فاقد است، مشروط له میتواند از خیار تخلف شرط استفاده نموده مهر را فسخ نماید. در این صورت بنا بر وحدت ملاک ماده «۱۱۰۰» ق. م مثل یا قیمت مهر با در نظر گرفتن صفتی که شرط شده زن مستحق میگردد.

در صورتی که شرط صفت راجع بیکی از زوجین باشد مانند داشتن تحصیلات عالیه یا بودن از فلان خانواده و یا نداشتن سوء خلق و یا نداشتن زن دیگر و امثال آن.

شرط مزبور صحیح است و بدستور ماده «۱۱۲۸» ق. م که میگوید: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». بنابراین چنانچه زوج شرط کند زوجهٔ که با او نکاح مینماید دکتر در پزشکی و یا از فلان خانواده یا فلان نژاد یا باکره باشد و سپس معلوم گردد که دارای صفت منظور که مورد شرط قرار گرفته نبوده است، زوج میتواند بعنوان خیار تخلف شرط نکاح را فسخ بنماید، اگر چه پس از دخول باشد و یا نکاح را بهمان حال بپذیرد و بالعکس چنانچه زوجه شرط نماید که زوج او پزشک یا استاد دانشگاه یا از فلان خانواده یا دارای فلان ملک و امثال آن باشد و پس از عقد خلاف آن معلوم شود، زن میتواند باعتبار خیار تخلف شرط، عقد نکاح را فسخ بنماید و یا نکاح را بهمان وضعیت قبول کند.

مانند شرط ضمن عقد است هرگاه برای یکی از زوجین صفت مخصوصی ضمن عقد قید گردد و یا بصفت خاصی متصف بشود، اگر چه بصورت شرط نباشد، همچنانی که عاقد در عقد بگوید که زناشوئی نمود دوشیزه باکره فلان و پس از عقد معلوم گردد که زن مزبور ثیبه است، شوهر میتواند نکاح را فسخ بنماید. همچنین است هرگاه بین طرفین اوصاف کمالی قبلًا مذاکره شده بوده و یا در خطبه عقد ذکر گردیده و عقد بنابر آن منعقد گردیده است.

باید توجه داشت القاب و عناوینی که معمول است برای زوجین در موقع اجراء عقد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۲

ذکر می‌نمایند از اوصاف آنها بشمار میرود.

ذیل ماده «۱۱۲۸» ق. م میگوید: «... خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». مثلا چنانچه کسی از دختری که تا آن زمان شوهر نکرده خواستگاری مینماید و با او ازدواج کند چون بنای عادات اجتماعی ما بر آنست که او باکره میباشد، لذا هرگاه پس از عقد معلوم گردید که باکره نبوده و بجهتی از جهات مانند پرش یا عمل جراحی از بین رفته است، شوهر میتواند نکاح را فسخ بنماید.

اما چنانچه یکی از زوجین وجود صفت کمالی را در دیگری تصور نماید و دیگری هم با علم بعدم آن و توجه بتصور طرف خود سکوت اختیار کند و نکاح منعقد گردد، سپس معلوم شود که آن صفت موجود نیست عقد را نمیتواند فسخ نماید، زیرا اشتباه در اوصاف یکی از زوجین موجب حق فسخ نمیگردد، مگر آنکه بصورت شرط ضمن عقد قرار داده شود یا عقد متبانیاً بر آن واقع گردد و سکوت طرف دیگر با علم بر اشتباه مزبور دلیل بر آن نمیشود که عقد نکاح متبانیاً بر آن واقع شده است. مثلا چنانچه کسی زنی را خواستگاری نماید و تصور میکرده که او چون از خانوادهٔ تحصیل کرده است دارای تحصیلات عالیه میباشد و زن با علم بآنکه مرد تصور وجود آن را در او مینماید، سکوت اختیار کند و نکاح نماید، شوهر نمیتواند نکاح را فسخ کند. حکم فسخ نکاح در مورد شرط صفت، مانند حکم فسخ در اثر عیب و تدلیس میباشد، بدین جهت در مبحث مزبور گفته خواهد شد.

۲- شرط نتیجه و شرط فعل-

اشاره

چنانکه ماده «۲۳۴» ق. م تصریح مینماید:

«... شرط نتیجه آنست که تحقق امری در خارج شرط شود. شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام بفعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».

شرط نتیجه و شرط فعل بیکی از دو صورت زیر میباشد:

یک- در صورتی که مورد شرط فعل و نتیجه از امور مربوطهٔ بنکاح نباشد،

مانند وکالت در خرید خانه، انتقال ملک معین و امثال آن، شرط مزبور صحیح است و در صورت تخلف از شرط، مشروط له نمیتواند طبق مقررات مربوطه باحکام شرط، مذکور در ماده «۲۳۵»

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۳

ق. م ببعد، نکاح را فسخ نماید، زیرا چنانکه گذشت نکاح جنبهٔ عمومی دارد و انحلال آن دستخوش ارادهٔ اشخاص قرار نمیگیرد و طریق انحلال آن را قانون در نکاح دائم طلاق و یا فسخ بعلل معینه و در نکاح متعه انقضاء و بذل مدت و یا فسخ بعلل معینه قرار داده است.

بنابراین با استنباط از روح مواد مربوطه بنکاح و مواد «۲۳۷- ۲۴۰» ق. م در مورد تخلف از شرط فعل چنانچه بتوان مشروط علیه را بانجام شرط الزام نمود بوسیلهٔ دادگاه الزام بانجام شرط میشود. و هرگاه اجبار ملتزم بانجام شرط غیر مقدور باشد، ولی انجام آن بوسیله شخص دیگری ممکن است، دادگاه بخرج ملتزم موجبات انجام فعل را فراهم میکند. در صورتی که اجبار مشروط علیه بانجام شرط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که بوسیلهٔ دیگری بتوان از جانب او واقع ساخت، مشروط له

میتواند چنانچه از عدم انجام شرط خسارتی باو متوجه شده، خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد را از مشروط علیه بخواهد در صورتی که نتیجهٔ که ضمن عقد نکاح شرط شده بجهتی از جهات انجام نگیرد فقط مشروط له میتواند در صورت توجه خسارت بعنوان تسبیب مطالبه آن را از مشروط علیه بنماید.

دو- در صورتی که مورد شرط نتیجه و فعل از امور مربوط بنکاح باشد،

اشاره

هرگاه شرطی که ضمن عقد نکاح بعمل می‌آید از شروط فاسده مذکور در ماده «۲۳۲» ق. م و شروط مفسده عقد مذکور ماده در مادهٔ «۲۳۳» ق. م نباشد، شرط صحیح میباشد. برای توضیح امر بی‌مناسبت نیست در زیر شروطی که نوعاً ضمن عقد نکاح ممکن است قرار داد ذکر، و حکم آن بیان گردد:

یک- شرط وکالت در طلاق-

اشاره

چون طبق ماده «۱۱۳۳» ق. م مرد میتواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد و زن فقط در موارد مذکور در مواد «۱۱۲۹» و «۱۱۳۰» ق. م میتواند از دادگاه درخواست بنماید که شوهر را اجبار بطلاق کند، لذا چاره اندیشیده‌اند تا زن هم بتواند طلاق بگیرد و آن شرط وکالت از طرف شوهر بزن میباشد که خود را طلاق دهد و آن بسه طریق ممکن است:
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۴

اول- در عقد نکاح شرط وکالت برای زن میشود که در مدت معینی هرگاه بخواهد خود را وکالهٔ طلاق دهد.

در این صورت زن وکیل مطلق از طرف شوهر خود میباشد که هر زمان بخواهد بوکالت از طرف شوهر خود را مطلقه نماید.

دوم- در عقد نکاح شرط وکالت برای زن میشود که در صورت تحقق امری در خارج خود را طلاق دهد.

در این صورت هر زمان که زن علم پیدا نمود که آن امر در خارج محقق شده است، میتواند بسمت وکالت از طرف شوهر خود را طلاق دهد، زیرا شوهر انجام امر طلاق را فقط منوط بتحقق آن امر دانسته است و ظاهر بر آنست که تشخیص آن بر عهدهٔ وکیل میباشد، مانند آنکه کسی بدیگری وکالت دهد که هرگاه تا سه ماه دیگر من نیامدم خانه مرا بفروش و یا چنانچه مصلحت دیدی خانه مرا بفروش. در هر یک از دو صورت تشخیص موقع انجام فروش خانه با وکیل است.

سوم- در عقد نکاح شرط وکالت برای زن بشود که پس از تحقق امر معینی در خارج و اثبات آن در دادگاه او بتواند خود را طلاق دهد.

این امر را مادهٔ «۱۱۱۹» ق. م تذکر میدهد.
ماده «۱۱۱۹» ق. م: «طرفین عقد ازدواج میتوانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه

حیات زن سوء قصـد کنـد یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشـد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد».

موارد مذکور در مادهٔ بالا عبارتند از:

۱- در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل است هرگاه شوهر او زن دیگری اختیار کند و این امر در دادگاه ثابت شود، زوجه بتواند خود را مطلقه سازد.

۲- در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۵

است هرگاه شوهر او مدت معینی غائب شود و این امر در دادگاه ثابت شود، زن بتواند خود را طلاق دهد.

۳- در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل است هرگاه شوهر او مدت معینی نفقهٔ زن خود را نپرداخت و این امر در دادگاه ثابت شود، او بتواند خود را طلاق دهد.

۴- ضـمن عقـد نکاح یا عقد لازم دیگر شـرط شود که زن از طرف شوهر وکیل است هرگاه شوهر بر علیه او سوء قصد نماید و این امر در دادگاه ثابت شود، او بتواند خود را طلاق دهد.

۵- ضـمن عقـد نکاح یا عقد لازم دیگر شـرط شود که زن وکیل است هرگاه شوهر سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل باشد و این امر در دادگاه ثابت شود، زن بتواند خود را طلاق دهد.

تـذکره- در موارد بالا چنانکه ماده تصـریح مینمایـد، شوهر وکالت در طلاق بطور منجز بزن خود میدهـد، ولی اعمال آن متوقف بر تحقق دو امر قرار داده شـده است که مـادام آنهـا محقق نگردنـد زن حق طلاـق دادن خود را نـدارد که یکی از آن دو اثبات امر در دادگاه است.

بنـابراین زوجه پس از آنکه در دادگاه بطرفیت زوج برای اثبات تحقق شـرط اقامـهٔ دعوی نمود، و تحقق شـرط را ثابت کرد و حکم بتحقق شـرط بنفع زن صادر گردید و بالاخره حکم نهائی از دیوان کشور برابر از آن داده شد زوجه، میتواند از وکالت خود استفاده نموده خود را مطلقه سازد، همچنانی که میتواند از طلاق دادن خود صرفنظر کند.

مرور زمـان- مفاد ماده «۱۱۱۹» ق. م در مـاده «۴» قانون ازدواج «۱۳۱۰» موجود بود. پس از تهیـهٔ لایحهٔ قانون مـدنی، مفاد مادهٔ «۴» قانون ازدواج بقانون مـدنی نقل گردیـد، ولی تبصـره مادهٔ «۴» بحـال خود باقی مانـد که ذیلا بیان میگردد و تاکنون هم نسـخ نشـده است، زیرا نسخ ماده ملازمه با نسخ تبصره آن ندارد.

تبصرهٔ مادهٔ «۴» قانون ازدواج: «تبصره- در مورد این ماده محاکمهٔ بین زن و شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۶

در محکمه ابتـدائی مطـابق اصول محاکمـات حقوقی بعمل خواهـد آمـد. حکم بـدایت قابل استیناف و تمیز است. مـدت مرور زمان شش ماه از وقوع امری است که حق اسـتفاده از شـرط میدهد». بنابراین چنانچه شـش ماه از تاریخ وقوع امری که زن میتواند خود را طلاـق دهـد بگـذرد، دعوی زن مشـمول مرور زمـان میگردد. مثلا هرگاه امری که در اثر تحقق آن زن میتوانـد خود را طلاق دهـد، گرفتن زن دیگر یا سوء قصـد بر علیه زن و یا ترک انفاق در مـدت معینی باشـد، شـش ماه مرور زمان، از تاریـخ وقوع ازدواج با زن دیگر و یا انجام عملی که کاشف از سوء قصد بوده و یا انقضاء مدت معینی که در آن ترک انفاق شده است احتساب میگردد.

لذا هرگاه پس از گذشـتن مدت شـش ماه مزبور زن اقامهٔ دعوی برای اثبات تحقق شرط بنماید، شوهر میتواند ایراد بمرور زمان کند و دادگاه قرار قبول مرور زمان را میدهد و زن دیگر حق طلاق دادن خود را نخواهد داشت و موضوع وکالت منتفی میگردد. چنانچه مجـدداً شوهر زن دیگری بگیرد و یـا سوء قصـد بر علیه زن بنمایـد و یـا ترک انفـاق در مـدت معینه کنـد دیگر زن وکیـل در طلاق

نمیباشد، مگر آنکه در عقد قید شود که هر مرتبه که یکی از آن امور بوقوع پیوست زن میتواند خود را طلاق دهد.
طلاقی که زن خود را بعنوان وکالت ضمن عقد میدهد، چنانکه شرح آن در مبحث طلاق خواهد آمد، بائن است و زوج نمیتواند در عده بآن رجوع بنماید، زیرا منظور طرفین از شرط وکالت زوجه در طلاق ضمن عقد، طلاق غیر قابل رجوع بوده است و عقود تابع قصد طرفین میباشد، بنابراین طلاق مزبور یک نوع طلاق خاصی است که شوهر نمیتواند بآن رجوع کند. بنظر میرسد که در اثر توجه بامر مزبور برای جلوگیری از سوء تفاهم در نقل مفاد ماده «۴» قانون ازدواج در ماده «۱۱۱۹» ق. م، عبارت: «... پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم قطعی خود را بطلاق بائن مطلقه سازد». بعبارت (پس از اثبات تحقق شرط و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد) تبدیل گشت. زیرا کلمه بائن در ماده ایهام آن را داشت که زن خود را بیکی از طلاقهای بائن مانند سه طلاق یا خلع مطلقه سازد.
ایراد بآنکه قانون مدنی طلاق مذکور در بالا را در ردیف طلاقهای بائن در ماده «۱۱۴۵» بشمار
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۷
نیاورده وارد نمیباشد، زیرا ماده در مقام بیان طلاقهائیست که طبیعهٔ بائن میباشند و طلاقی که زن در اثر شرط وکالت خود را میدهد بجهات خارج بائن گردیده است.

دو- شروط دیگر-

از جملهٔ شروطی که زوجین ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگری مینمایند شروط ذیلند:
الف- ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر شرط شود که هرگاه زوج زن دیگری اختیار کند یا او را طلاق دهد مبلغی بزوجهٔ خود بدهد.
ب- ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر شرط شود که شوهر با زن مزبور نزدیکی ننماید، زیرا این امر از جمله حقوقی است که مربوط بزوجین میباشد و آنان میتوانند هر گونه بخواهند در آن توافق نمایند. شرط مزبور بر خلاف مقتضای عقد نکاح و بر خلاف قوانین آمره نیز نمیباشد. در این صورت زن پس از عقد میتواند بزوج اجازه نزدیکی بدهد، زیرا شرط ایجاد، حق برای زن میکند و مشروط له میتواند از آن صرفنظر بنماید.
ج- ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر شرط شود که شوهر زن خود را از شهر معین خارج ننماید و یا در شهر معینی او را سکنی دهد، زیرا طرفین میتوانند از آزادی ارادهٔ خود استفاده بنمایند و راجع بمحل سکنی هرگونه که بخواهند قرار دهند و این امر از حقوق شوهر است. متابعت زن در سکونت از شوهر مقتضای اطلاق عقد میباشد و بدین جهت شوهر میتواند اختیار سکنی را بزن خود بدهد. ماده «۱۱۱۴» ق. م: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین میکند سکنی نماید، مگر آنکه اختیار تعیین منزل بزن داده شده باشد».
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۸

قسمت دوم- در مهر

اشاره

قبل از آنکه بشرح مهر در نکاح بپردازیم بی‌مناسبت نیست نکاح دائم را از نظر تحلیلی مورد بررسی قرار دهیم:
نکاح دائم دو جنبه را حائز است: یکی جنبهٔ اصلی و عمومی که بزبان علمای اسلام جنبهٔ عبادی گویند و آن رابطهٔ بسیط زوجیت

بین زن و شوهر میباشـد. دیگر جنبهٔ فرعی و خصوصـی است که جنبهٔ مالی نکاح میباشـد و در خارج بصورت مهر در می‌آید. جنبهٔ خصوصـی نکـاح یعنی مهر، باعتبـار نزدیکی بین زوجین ماننـد عقود معاوضـی است که هرگـاه قانون در موردی بحکم مخصوصـی تصـریح ننمایـد تا آنجائی که لطمه بحقوق عمومی و جنبـهٔ مـذهبی آن وارد نیایـد، اصول و قواعد مربوط بمعاوضات در آن رعایت میگردد. در مواد مربوطه بمهر در مورد فسـخ و طلاق دیـده میشود که رعایت اصول و قواعـد مزبور شده است، ولی این امر نمیتواند نکاح را از جنبهٔ عمومی خارج نمایـد و آن را از افراد عقد معاوضه، بیع یا اجاره قرار دهد. بدین جهت در نکاح نمیتوان شـرط خیار فسخ قرار داد و یا آن را اقاله نمود.

عقد نکاح دائم باعتبار مهر بر دو قسم است:

اول- عقد نکاحی که در آن مهر قرار داده شده است.

دوم- عقد نکاحی که مهر در آن قرار داده نشده است.

قسم اول- نکاحی که در آن مهر قرار داده شده است

اشاره

قـانون تعریفی از مهر ننمـوده است ولی از مـواد مربوطـهٔ بمهر معلـوم میشود، مهر عبـارت از مـالی است که زوج برای نکـاح، بزوجه تملیک مینمایـد، چنانکه کسـی زنی را بنکاح خود در آورد و خانهٔ معینی را مهر او قرار دهد. در اصـطلاح، مهری که در عقد نکاح معین میگردد مهر المسمی نامند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۷۹

۱- شرائط مهر المسمی

اشاره

مهر المسمی زمانی صحیح است که دارای شرائط زیر باشد:

الف- مالیت داشته باشد-

چنانکه ماده «۱۰۷۸» ق. م تصریح مینماید:

«هر چیزی را کـه مـالیت داشـته و قابـل تملـک نیز باشـد میتـوان مهر قرار داد». مـالیت داشـتن چیز عبـارت از آن اسـت که در بـازار اقتصادی دارای ارزش معاوضه باشد مانند زمین، گندم و امثال آن.

ب- قابل تملک باشد-

منظور از عبارت ماده بالا که میگویـد: مورد مهر بایـد قابل تملک باشـد آنست که مهر مالی باشد که زن بتواند آن را تملک نماید، یعنی داخـل در ملکیت زن شود. بنـابراین مالی که قابل انتقال نمیباشـد ماننـد مشترکات عمومی و موقوفات نمیتوانـد مهر قرار گیرد، زیرا زوجه نمیتوانـد مالـک آنهـا گردد. همچنین است مـالی که متعلق حق شـخص ثـالث قرار گرفته ماننـد مالی که مورد قرار تأمین میباشد یا در اثر صدور برگ اجرائی بازداشت شده است، مگر آنکه با رعایت حق مزبور مهر قرار داده شود. در این صورت آن مال بـا همان وضـعیت مهر قرار میگیرد، یعنی با بودن آن متعلق حق غیر، زن مالک میگردد و در عمل پس از رفع قرار تأمین و بازداشت،

زن میتوانـد تصـرفات مالکانه در آن مال بنمایـد. و هرگاه در اثر قرار تأمین و بازداشت در مقابل مبلغی بفروش رفت، پس از استیفاء حق طلبکار، بقیه از آن زن خواهـد بود. فرقی نمینمایـد که مورد مهر عین معین باشد مانند باغ، مزرعه و یا کلی باشد مانند صد هزار ریال که شوهر عند المطالبه بزن خود بدهد، و یا آنکه منفعت باشد مانند شش ماه منفعت خانه یا منفعت اسب برای مسافرت مسافت معینی.

طلب نیز قابل تملیک میباشـد و میتوانـد مهر قرار گیرد، ماننـد آنکه زوج که از دیگری یکصد هزار ریال طلب دارد آن را مهر زوجهٔ خود قرار دهـد، زیرا منظور مـاده از قابـل تملک بودن قابل انتقال بودن آنست، خواه بملکیت زوجه بمعنی اصـطلاحی در آیـد مانند اعیان خارجی و خواه زوجه صاحب آن گردد، ماننـد حق انتفاع مـدت معینی از مال، طلب، حق خیار و حق شـفعه (بنابر آنکه آن دو قابل انتقال باشند)

آنچه ممکن است مورد گفتگو قرار گیرد آنست که آیا میتواند تعهدی که موضوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۰

آن منفی است مهر قرار گیرد، ماننـد آنکه زوج تعهد بنساختن بناء مرتفعی را در مقابل خانه متعلق بزوجه، مهر او قرار دهد؟ با توجه بظاهر مادهٔ بالا پاسـخ منفی خواهد بود. ولی میتوان با تفسـیر وسـیعی که بنظر دور از احتیاط قضائی میباشد بر آن شد که منظور ماده بر آن است که چیزی میتوانـد مهر قرار گیرد که زوجه از آن منتفـع گردد و در این امر زوجه از حـق نسـاختن بنـای مرتفع در مقـابل خانـهٔ خود منتفع میشود. همچنین است هرگـاه ابراء زوجه از دینی که بزوج دارد مهر او قرار داده شود. بنابراین منفعت انسان اگر چه ابتـداء مال نیست همانگونه که مورد اجاره واقع میشود میتوانـد مهر قرار گیرد، چنانکه نقاشـی شـش ماه منفعت خود را مهر زن خود قرار دهـد، زیرا منفعت پس از تملیک بدیگری مال میگردد چنانکه در اجارهٔ اشـخاص است، اگر چه عده‌ای از فقهاء ایراد نموده‌اند که باید مهر قبل از نکاح مال باشد و سپس مهر قرار گیرد و در این مورد منفعت آزاد قبل از نکاح مال نمیباشد.

اشکال مزبور صحیح بنظر نمیرسد زیرا کافی است که مورد عقد تملیکی پس از عقد مال باشد و الا اجارهٔ آن نیز صحیح نمیبود.

ج- منفعت عقلائی مشروع داشته باشد

دو شـرط مزبور که یکی دارا بودن منفعت عقلائی و دیگری مشـروع بودن آن میباشـد، اگر چه از شـرائط صـحت مهر شـمرده نشده است، ولی میتوان نظر بماده «۱۰۷۸» ق. م که شرط مهر را چیزی قرار داده که مالیت داشته و قابل تملک باشد و وحدت ملاک مادهٔ «۲۱۵» و «۳۴۸» قانون مدنی که منفعت عقلائی داشـتن مورد معامله و بیع را شرط صحت تملیک مال بدیگری قرار داده است، محقق دانست که مهر باید دارای منفعت عقلائی مشروع باشد.

چنانکه در جلـد دوم در شـرائط مورد معامله گـذشت، منظور قانون مـدنی از کلمهٔ مشـروع، ممنوع نبودن آن از طرف قانون میباشد، بنابراین آنچه را قانون استعمال و یا فروش آن را ممنوع ننموده است مشروع میباشد.

د- مهر باید معین باشد-

ماده «۱۹۰» قانون مدنی، معین بودن مورد معامله را یکی از شـرائط اساسـی صحت معامله دانسته است و شرط مذکور در ماده بالا از نظر تنقیح

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۱

مناط در تمامی عقود اگر چه از معاملات حقیقی نباشـد رعایت خواهد شد، علاوه بر آنکه مهر تا آنجائی که منافات با جنبه عمومی نکاح نداشـته باشد تابع احکام معاملات میباشد. قانون مدنی ایران به پیروی از قول مشهور حقوقیین اسلام مردد بودن مورد معامله را

موجب غرر دانسته و چنین معامله را باطل میداند. بنابراین نمیتوان یکی از دو بنا یا باغ را بطور تردید و لو من جمیع الجهات یکسان باشند مهر قرار داد. این امر از نظر تحلیلی قابل گفتگو است.

ه‍- مهر باید معلوم باشد-

ماده «۱۰۷۹» ق. م میگوید: «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم باشد». معلوم بودن مورد یکی از شرایط صحت عقد است، این است که ماده «۲۱۶» ق. م میگوید: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی بآن کافی است».

ماده اگر چه راجع بمعامله میباشد ولی حکم مزبور از نظر وحدت ملاک در تمامی عقود خواه از معاملات باشد یا نباشد جاری میگردد، علاوه بر آنکه مهر تابع احکام معاملات میباشد. معلوم بودن مهر بمعلوم بودن مقدار و جنس و وصف است. معلوم شدن مهر برای طرفین گاه بوسیلهٔ مشاهده میباشد و آن در مورد اعیانیست که در خارج موجودند و بوسیلهٔ مشاهده میتوان رفع جهالت از آن نمود، مانند باغ، خانه، جواهرات و امثال آن. و گاه دیگر مشاهده بتنهائی برای این امر کافی نیست، بلکه تعیین مقدار آن بوزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت لازم میباشد، چنانکه در گندم، آهن، زمین پارچه و امثال آنها است.

همچنانی که دانستن وصف آن بوسیله یکی از حواس مانند شامه، ذائقه، سامعه، باصره و لامسه معلوم میگردد از قبیل عطرها و ترشی‌ها، رادیو، پارچه و امثال آنها (مستنبط از ماده «۳۴۲» ق. م در مورد بیع)

و- قدرت بر تسلیم-

اشاره

منظور غائی زن از قرار دادن مهر در نکاح بدست آوردن آنست، بنابراین چنانچه شوهر مالی را بعنوان مهر بزن تملیک نماید که قدرت بر تسلیم آن را باو ندارد و زن هم قدرت بر تسلم را نداشته باشد، مانند انگشتری که در دریا غرق شده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۲

و یا باغی که در ید غاصبانه غیر میباشد، تملیک بلااثر خواهد بود. این است که قدرت بر تسلیم شرط صحت انتقال قرار گرفته است. قانون مدنی در فصل مهر تصریح بشرط بودن قدرت بر تسلیم مهر ننموده است، ولی شرط بودن آن از وحدت ملاک ماده «۳۴۸» ق. م در مورد بیع استنباط میشود. بنابراین چنانچه شوهر نتواند مهر را تسلیم زن کند ولی او بتواند آن را تسلم نماید مهر صحیح خواهد بود. مثلا هرگاه شوهر باغی که در تصرف غاصبانه غیر است و نمیتواند آن را تسلیم زن نماید ولی قدرت محلی زن طوری است که میتواند آن را از تصرف غاصبانه خارج نماید، آن مهر صحیح میباشد.

تبصره- 1- قرار دادن یک مهر برای دو زن در یک عقد-

پرسشی که پیش می‌آید آنست که آیا در یک عقد میتوان دو زن را با یک مهر ازدواج نمود، مانند آنکه کسی بوکالت از دو نفر دو زن را برای آنها نکاح نماید، چنانکه بگوید: بنکاح در آوردم منیر را برای پرویز و ستاره را برای جمشید بیک ملیون ریال مهر، و یا آنکه دو زن را برای خود ازدواج کند و یک مهر برای آنها قرار دهد.

بعض از فقهاء امامیه بر آنند که چون در حین عقد مهر در هیچ‌یک از دو نکاح معلوم نیست، چنانچه نکاح دائم باشد مهر باطل است و نکاح صحیح میباشد. و هرگاه نکاح منقطع است مهر و عقد باطل میباشد، زیرا نکاح منقطع بدون مهر واقع نمیگردد. صاحب خلاف و مبسوط بهمین جهت بیع دو شیئی که متعلق بدو نفر باشد بیک ثمن نیز باطل میداند.

بعض از فقهاء بر آنند که در نکاح دائم بطلان مهر نیز موجب بطلان عقد میگردد، زیرا زوجین توافق بنکاحی نموده‌اند که دارای مهر مقرر است و چنانچه با بطلان مهر نکاح صحیح باشد بر خلاف مقصود زوجین عقد نکاح انجام یافته است.

مشهور بر آنند در موردی که یک مهر برای دو زن در یک عقد قرار داده شود، مهر و عقد صحیح باشد، زیرا این مقدار معلومیت برای صحت مهر کافی خواهد بود و ادله بیش از این مقدار معلومیت را در بیع که معاوضه حقیقه است لازم نمیداند، پس در نکاح که جنبهٔ عبادی دارد بطریق اولی این مقدار معلومیت در مهر کافی میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۳

بنظر میرسد که بتوان از ماده «۱۰۷۹» ق. م که میگوید: «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم باشد». صحت مهر و عقد را در مورد بالا استنباط نمود.

بنا بر قول مزبور پرسش دیگری پیش می‌آید و آن اینست که مهر هر یک از دو زن چقدر میباشد؟ بعضی بر آنند که هر یک نصف از مهر را مالک میگردد، زیرا تملیک شیء واحد بدو نفر بدون تعیین سهم آنان بهر یک از اسباب که باشد اقتضاء تنصیف را مینماید و نکاح از اقسام معاوضه نیست تا ارزش هر یک از دو مورد جداگانه در نظر گرفته شود و بتناسب ارزش هر یک سهمی از مهر قرار گیرد، چنانکه در بیع دو شیء بیک ثمن است. شیخ در مبسوط بر این عقیده میباشد.

چنانکه قول مشهور فقهای امامیه است بنظر میرسد که هر یک از زنها بنسبت مهر المثل خود از مهر المسمی سهیم خواهد بود، زیرا نکاح اگر چه از اقسام معاوضه بشمار نمیرود، ولی در حکم آنست و مهر نقش عوض را در آن بازی مینماید. بدین جهت است که زوجین برای توافق در مقدار مهر قبل از نکاح با یکدیگر گفتگو مینمایند و همچنین در صورت عدم تعیین مهر در نکاح دائم و نزدیکی با زن، شوهر مهر المثل میپردازد و تعیین مقدار مهر المثل با در نظر گرفتن وضعیت زن بعمل می‌آید و مهر اقران او را معیار قرار میدهند.

۲- مقدار مهر المسمی

چنانکه ماده «۱۰۸۰» ق. م میگوید: «تعیین مقدار مهر منوط به تراضی طرفین است». در قانون مدنی مقداری برای مهر المسمی معین نشده است و زوجین آزادند و میتوانند هر مقداری که بخواهند بعنوان مهر در نکاح قرار دهند. لذا نامزدها میتوانند مقدار ناچیزی را که دارای شرائط مذکور در بالا باشد، مانند یک سیر نبات مهر قرار دهند و یا مقدار زیادی، مانند چندین مليون ريال که اکنون معمول شده است مهر واقع شود، بتصور آنکه بدین وسیله زوجین مقام و شخصیت خود را بیکدیگر و جامعه نشان بدهند. گاه مقدار مهر صوری است یعنی مقدار زیادی را بعنوان مهر در عقدنامه ذکر میکنند و زن اقرار برسید تمام یا قسمتی

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۴

از آن را مینماید. بعضی از حقوقین امامیه مانند سید مرتضی و صدوق و اسکافی بر آنند که مهر المسمی نمیتواند از پانصد درهم تجاوز نماید. بنابراین نظریه چنانچه بیش از آن مقدار مهر در نکاح قرار داده شود تا پانصد درهم آن صحیح خواهد بود. مهر مزبور را مهر السنهٔ گویند. و مهر کمتر از ده درهم مکروه است.

بنابر آنچه گفته شد که نکاح معاوضه حقیقیه نمیباشد، لازم نیست که مهر المسمی متناسب با وضعیت اجتماعی و خانوادگی زن باشد، بدین جهت هرگاه زوجین در عقد نکاح مهری قرار دهند که خیلی کمتر از مهر المثل آن زن باشد، او نمیتواند بعنوان غبن مهر را فسخ کند، همچنانی که هرگاه مهر المسمی چندین برابر ارزش مهر المثل زن باشد، شوهر او نمیتواند بعنوان غبن مهر را فسخ نماید

۳- در بطلان مهر و آثار آن

اشاره

در صورتی که یکی از شرائط صحت مهر که در بالا ذکر گردید موجود نباشد، مهر باطل و نکاح صحیح خواهد بود: مانند آنکه مقدار مهر مجهول باشد، چنانکه مرد کیسه‌ای مملو از پول طلا را که زوجین یا یکی از آن دو نمیداند چه مقدار است مهر زن قرار داده شود، و یا آنکه پس از نکاح معلوم شود که شوهر مالک مهر معین نبوده است و مالک هم اجازه ندهد. دلیل این امر چنانکه گذشت آنست که در حقیقت نکاح دائم عبارت از زوجیت است و مهر امر فرعی و تبعی میباشد و رابطهٔ بین مهر و زوجیت رابطهٔ حقیقی بین عوض و معوض در عقود معاوضی نیست تا بطلان مهر سرایت در نکاح نماید. بالعکس آنچه در معاملات معوض است که هرگاه مثلاً در بیع، ثمن دارای شرائط لازم نباشد ملکیت مبیع برای مشتری حاصل نمیشود، همچنانی که ثمن در ملکیت بایع داخل نمیگردد، زیرا این امر لازمهٔ رابطهٔ معاوضه حقیقیه است ولی نکاح دائم از نظر تحلیلی، چنانکه گذشت هرگاه در آن مهر معین شود عقدی است، مرکب از دو امر جداگانه: یکی زوجیت که امر اصلی و مقصود بالذات است و دیگری مهر که امر فرعی و مقصود بالعرض است. بدین جهت بدون تعیین مهر نکاح دائم نیز صحیح میباشد و حال آنکه هرگاه معاوضه حقیقی میبود باید

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۵

باطل باشد. اما از نظر فن حقوقی رابطهٔ بین آن دو تا آنجائی که منافات با جنبهٔ عمومی نکاح نداشته باشد مانند رابطهٔ بین عوضین دانسته شده و حقوقین اسلام از این جهت در آن قواعد معاوضه را اعمال مینمایند. این امر منافات با آن ندارد که نکاح عقدی باشد مخصوص و دارای جنبهٔ اجتماعی.

حال باید دید در صورت بطلان مهر و صحت نکاح، شوهر بجای مهر المسمی چه بزن باید بدهد. ماده «۱۱۰۰» ق. م میگوید: «در صورتی که مهر المسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد، در صورت اول و دوم زن مستحق مهر المثل خواهد بود و در صورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود، مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید».

بطلان مهر المسمی در نکاح بیکی از دو صورت میباشد:

الف- در صورتی که سبب بطلان مهر المسمی مجهول یا مالیت نداشتن آن باشد

عقد نکاح دائم که چنین مهری در آن قرار داده شده صحیح است و مانند آن خواهد بود که مهری در نکاح قرار داده نشده است، لذا طبق مادهٔ «۱۰۸۷ و ۱۰۸۸» ق. م عمل میشود، یعنی هرگاه قبل از نزدیکی زوجین آن را تعیین نمودند طبق آن رفتار مینمایند و چنانچه قبل از تراضی بر مهر نزدیکی بین آنها واقع شود زوجه مستحق مهر المثل میگردد که عوض نزدیکی در نکاحی است که بدون تعیین مهر منعقد شده باشد. و در صورتی که قبل از تعیین مهر و نزدیکی، زن بمیرد مستحق هیچ‌گونه مهری نمیباشد، زیرا نکاح بدون مهر منعقد شده و نزدیکی هم بعمل نیامده است.

ظاهر ماده «۱۱۰۰» ق. م نامبرده خلاف تفصیل بالا را میرساند و بطور مطلق در مورد بطلان مهر المسمی در صورتی که مجهول بوده و یا مالیت نداشته، مهر المثل را مقرر نموده است، ولی با توجه باستدلال بالا و آنکه حکم مزبور از حقوق امامیه پیروی شده و از عادات مسلم بشمار میرود. باید طبق ماده «۳» قانون آئین دادرسی از تفصیل مذکور در بالا پیروی شود.

ب- در صورتی که سبب بطلان مهر المسمی مالکیت غیر باشد-

اشاره

هرگاه ملک

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۶

غیر بعنوان مهر در نکاح قرار داده شود، در این صورت هرگاه مالك اجازه ندهـد، شوهر بایـد بـدل آن را بزن بدهد، زیرا مقدار آن معین بوده ولی در اثر مالکیت غیر، تحقق پیدا ننموده است.

عده‌ای از فقهای امامیه مانند قاضـی، تقی و مؤلفین نهایه و مقنعه بر آنند که بطلان مهر موجب بطلان نکاح خواهد بود، زیرا تراضی زوجین بر نکـاح، مبتنی بر مهر معین در عقـد بوده و درج مهر در نکـاح آن دو را پیکر واحـدی ساخته و بصورت معاوضه در آمـده است و قاعـدهٔ معاوضه در آن جاری میگردد. در صورتی که با بطلان مهر، نکاح صـحیح بماند بر خلاف منظور زوجین خواهد بود، زیرا: اولا- قیاس نکاح مزبور با نکاحی که مهر در آن ذکر نشـده است قیاس مع الفارق میباشد. چون قصد زوجین در هر یك از دو نوع نکاح مختلف است. ثانیاً- با اعتقاد بصـحت نکاح لازم می‌آید که در صورت طلاق قبل از نزدیکی زوجه متعه بگیرد، همچنانی که هرگاه یکی از زوجین قبل از نزدیکی بمیرد زوجه مسـتحق مهر نخواهـد بود و این امر بر خلاف منظور آنان در عقد است. نظریهٔ اخیر بر خلاف اصل و قاعده است که نکاح باعتبار جنبهٔ عمومی که دارد مهر در او عوض حقیقی قرار نمیگیرد.

تبصره- اشتباه موضوعی در مهر-

اشتباه موضوعی در مهر مانند آنکه شوهر در عقد نکاح ده سهم از معدن (د) را مهر زن خود قرار دهد و زن بتصور آنکه ده سهم از معـدن (م) مهر او قرار داده شـده است عقـد را قبول نمایـد و سـپس کشف شود که ده سـهم از معـدن (د) مهر او میباشد، مهر مزبور باطل است و نکاح صـحیح میباشـد، زیرا شوهر ده سـهم از معـدن (د) را بعنوان مهر قرار داده و زن ده سـهم از معـدن (م) را پذیرفته است و توافق دو اراده که شرط اساسی صحت هر عقدی میباشد بوجود نیامده است.

پرسشی که پیش می‌آید آنست که در فرض بالا مهر زن در نکاح چه خواهد بود؟.

بنظر میرسـد که میتوان گفت چنانچه مهر المثل زن کمتر از ارزش مالی چیزی باشد که زن تصور مینموده مهر او است مهر المثل باو داده میشود، زیرا مهر در نکاح باطل بوده و بیش از مهر المثل زن مسـتحق نمیباشد و شوهر تعهدی بتأدیه بیش از آن ندارد و چنانچه مهر المثـل بیشتر از ارزش مالی چیزی باشـد که زن تصور میکرده مهر او قرار داده شـده، زن بیش از ارزش آن چیز مسـتحق نخواهد بود، زیرا خود راضی بآن مقدار شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۷

۴- مهر زن بعهدهٔ شوهر است

یکی از قواعـد عقلی در معـاوضه آنست که معوض در ملـك هر کس داخـل میگردد عوض از ملکیت او خارج شود، زیرا معاوضـه عبـارت از تعویض یکی از دو مورد بجای مورد دیگر میباشـد. نکاح چنانکه شـرح آن گـذشت اگر چه عقـدی است که دارای جنبهٔ اجتمـاعی و از اقسـام معاملات نمیباشـد، ولی نبایـد از نظر دور داشت که بعض قواعـد معاوضه تا آنجائی که منافات با جنبـهٔ عمومی نکاح ندارد نسبت بمهر در مقابل بضع جاری میگردد، این است که گفته میشود نکاح باعتبار مهر و نزدیکی در حکم عقد معاوضی است.

بـدین جهت در نکاحی که مهر ذکر نشـده و یا عـدم مهر قید شده در اثر نزدیکی، شوهر ملزم بتأدیه مهر المثل میباشد. بنابراین چون شوهر در اثر عقـد نکاح، بر معوض (بضع) حق پیـدا مینمایـد و بعبارت دیگر آن داخل در ملکیت اعتباری شوهر میگردد، عوض که مهر است بایـد از ملکیت شوهر خارج شود. بـدین جهت است که گفته شده هرگاه مهر عین معین است باید قبل از نکاح در ملکیت شوهر باشد و الا مهر باطل خواهد بود. بنابراین هرگاه کسی مال غیر را بفروشد ثمن در ملکیت مالك آن مال داخل میشود، اگر چه

فروشنده قصد کند که ثمن در ملکیت او داخل گردد و یا خریدار قصد نماید که ثمن در ملکیت فروشندهٔ فضولی داخل شود. ماده «۱۹۷» ق. م: «در صورتی که ثمن یا مثمن معامله، عین متعلق بغیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود». لذا از نظر قضائی هرگاه پدر بخواهد مالی را مهر زن پسر خود قرار دهد باید قبل از عقد نکاح، آن را بپسر خود منتقل نماید و سپس پسر آن را مهر زن خود کند و همچنین است تعهد بر مهر هرگاه کلی باشد، یعنی طبق قاعدهٔ بالا دیگری نمیتواند مستقیماً تعهد بپرداخت مهر زن کند بلکه مهر را شوهر عهده‌دار خواهد شد و شخص ثالث میتواند ضامن از شوهر گردد یا بوسیلهٔ تبدیل تعهد مدیون زن شود. بنابر آنچه گفته شد هرگاه ولی یا قیم برای مولی علیه خود ازدواج نماید، بعنوان نمایندهٔ قانونی تعهد بپرداخت مهر زن مینماید و آن بعهده مولی علیه میباشد.

عده‌ای از حقوقیین نظریه بالا را رد نموده و بر آنند که قاعدهٔ معاوضه را نمیتوان در

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۸

مهر که معاوضه حقیقیه بشمار نمیرود جاری ساخت و در این امر اشکالی نمیبینند که غیر، ملک خود را مهر زوجهٔ دیگری قرار دهد و یا مستقیماً مهر زوجهٔ دیگری را بعهده بگیرد، علاوه بر آنکه اجرای قاعدهٔ بالا در معاوضه نیز بی‌اشکال نمیباشد که در محل خود شرح آن بیان شده است.

تبصره- در صورتی که ولی، پسر معسر خود را که بسن بلوغ نرسیده ازدواج نماید و مال کلی را بعنوان مهر قرار دهد، ولی مسئول پرداخت مهر زن خواهد بود. این امر مورد اجماع فقهای امامیه است. طبق قاعدهٔ معاوضه در اثر نکاح شوهر مستقیماً متعهد مهر زن خود میباشد، و در فرض بالا ولی بعنوان نمایندگی قانونی برای مولی علیه خود ازدواج مینماید، لذا مولی علیه شخصاً در مقابل زن مدیون میگردد و باید از عهده بر آید. و اما چنانچه مولی علیه معسر باشد و ولی برای او ازدواج کند، ولی در مقابل زن مسئول مهر خواهد بود مگر آنکه در عقد بمسئولیت مولی علیه تصریح کند، زیرا هرگاه ولی زن را از اعسار مولی علیه آگاه نکرده و زن نیز بر این امر مطلع نبوده و ازدواج کرده است ولی سبب توجه خسارت بزن شده و از باب تسبیب مسئول تأدیه آن میباشد. بعضی از فقهاء در مورد اخیر بر آنند که آگاه بودن زن بر اعسار شوهر صغیر خود قبل از عقد، موجب رفع مسئولیت ولی نخواهد بود، زیرا ظاهر در ازدواج ولی برای مولی علیه معسر، تعهد در مقابل زن بپرداخت مهر او میباشد. مسئولیت ولی بپرداخت مهر در فرض بالا در صورتی است که مهر در عقد قرار داده شده باشد، و الا چنانچه مهر در نکاح ذکر نشده و یا عدم آن قید شده باشد ولی مسئول آن نخواهد بود، زیرا الزام بپرداخت مهر المثل در اثر نزدیکی حاصل میشود و شوهر مسئول آن میباشد.

۵- زن بوسیلهٔ عقد نکاح مالک مهر میگردد

اشاره

ماده «۱۰۸۲» ق. م میگوید: «بمجرد عقد، زن مالک مهر میشود و میتواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید». چنانکه گذشت شباهت تامه‌ای که بین نکاح باعتبار مهر و عقد معاوضی موجود است ایجاب مینماید که طبق قاعدهٔ معاوضه هر یک از عوضین بنفس

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۸۹

عقد در ملکیت طرف دیگر داخل گردد و طبق ماده «۳۰» قانون مدنی هر مالکی نسبت بما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد. یکی از عوضین در نکاح مهر است که در اثر عقد چنانچه عین معین باشد در ملکیت زن در می‌آید و منافع و نمائات آن از آن زمان متعلق باو خواهد بود، و چنانچه کلی باشد زن میتواند پس از عقد آن را از شوهر خود بخواهد و یا او را ابراء نماید و یا آن را بدیگری بسببی از اسباب انتقال دهد.

طبق ماده «۱۰۸۳» ق. م: «برای تأدیه تمام یا قسمتی از مهر میتوان مدت یا اقساطی قرار داد». در این صورت دین شوهر نسبت بمهر از زمان عقد حاصل میشود و زن میتواند شوهر را ابراء و یا آن را بدیگری واگذار کند و در تاریخی که معین شده است تأدیه میگردد. چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید زن بوسیلهٔ عقد مالك تمامی مهر میشود ولی هرگاه زن قبل از دخول طلاق داده شود، نصف از مهر بملکیت شوهر عودت می‌یابد (شرح آن در طلاق خواهد آمد)

تبصره- در بعضی از نواحی ایران و مخصوصاً در بسیاری از عشایر و ایلات مرسوم است که شوهر علاوه بر مهری که برای زن معین میکند، مالی هم برای اولیای زن که عموماً پدر او است قرار میدهد که آن را شیر بها میگویند.

از نظر تاریخ علم حقوق شیر بهاء از بقایای دورانی است که نکاح بصورت فروش دختر واقع میشده و شوهر او را از پدر خریداری مینمود و عوض را بپدر میداد. پس از تطور نکاح در ادوار بعد، چنانکه تاریخ حقوق بعض از ملل قدیمه نشان میدهد برای نکاح مقداری مال بزن و مقداری هم بپدر میدادند و اکنون که مهر از آن زن شده در بعض رسوم و عادات هدیه‌ای هم بپدر دختر داده میشود.

مالکیه اکنون از طرف شوهر باولیاء زن داده میشود بیکی از عناوین ذیل میباشد:

الف- شوهر قبل از نکاح یا در حین نکاح مستقیماً مالی بپدر زن هبه میکند و یا تعهد مینماید که مالی بدهد، تا او را وادار بموافقت با نکاح دختر خود بنماید. این هبه و تعهد صحیح میباشد اگر چه جهت آن نکاح با دختر است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۰

ب- در عقد نکاحی که بین دو نامزد واقع میشود، علاوه بر تعیین مهر شرط میشود که شوهر مال معینی بپدر زن بدهد. این شرط نیز صحیح است، زیرا شرط مزبور اگر چه بنفع پدر است ولی با قبول زن در حقیقت جزء مهر محسوب میشود. (از اقسام تعهد بنفع شخص ثالث است).

ج- نکاح بولایت از طرف پدر منعقد میگردد و علاوه بر تعیین مهر برای زن، مال دیگری برای پدر او قرار داده میشود. این امر در موردی اتفاق می‌افتد که ولی میتواند دختر خود را نکاح کند (و آن در صورتی است که دختر قابلیت صحی برای ازدواج را دارد، اگر چه در اثر معافیت از شرط سن باشد). و ولی در ضمن عقد علاوه بر مهری که برای دختر معین میکند مالی برای خود قرار میدهد. شرط مزبور باطل است، زیرا شرط ضمن عقد در صورتی صحیح است که طرفین عقد یا نمایندهٔ آنان در حدود اختیاری که دارند قرار دهند و نکاحی که ولی منعقد مینماید بسمت نمایندگی قانونی از طرف مولی علیه میباشد و نمایندگی ولی فقط در انعقاد عقد نکاح است نه در درج شرط بنفع خود، و او مانند وکیلی است که از حدود اختیارات خود تجاوز نموده باشد. بنابراین نکاح صحیح و شرط باطل است. میتوان با تعبیر و تفسیر پیچیدهٔ شرط مزبور را صحیح جلوه داد.

تذکره- نحوهٔ مالکیت زن نسبت بمهر-

چنانکه ماده «۱۰۸۲» ق. م تصریح مینمایند زن بمجرد عقد مالك مهر میگردد و ملکیت زن نسبت بمهر مطلق است و میتواند هر گونه تصرفی که بخواهد در آن بنماید، حتی قبل از آن که شوهر آن را بقبض او دهد، مانند آنکه آن را اتلاف یا بغیر واگذار کند. در صورتی که شوهر قبل از نزدیکی زن را طلاق دهد نصف از مهر چنانچه عین آن در ملکیت زن موجود باشد بملکیت شوهر عودت می‌یابد و الا- زن ملزم بدادن بدل آن از مثل یا قیمت است. این است که ماده «۱۰۹۲» ق. م میگوید: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلا داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلا یا قیمتاً استرداد کند».

بعضی بر آنند که نصف مهر بسبب عقد و نصف دیگر در اثر نزدیکی بملکیت زن داخل میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۱

ممکن است منظور اینان چنانکه بعض از فقهاء گفته‌اند آن باشد که عقد نکاح مملك نصف مهر بطور مستقر و نصف دیگر آن بطور متزلزل میباشد و در طلاق قبل از نزدیکی آن نصف متزلزل بشوهر بازمیگردد (شرح آن در طلاق قبل از نزدیکی خواهد آمد ان شاء اللّه).

۶- شوهر ضامن مهر است تا آن را بزن تسلیم بنماید.

اشاره

چنانکه گذشت مهر باید قبل از عقد نکاح از آن شوهر باشد و بوسیلهٔ عقد نکاح از ملکیت شوهر خارج و بملکیت زن داخل گردد. مسلم است که ناقل بهر سببی از اسباب که انتقال داده باشد باید مال مورد انتقال را تسلیم منتقل الیه بنماید و مادام که تسلیم ننموده ضامن آنست، خواه عین باشد یا منفعت، دین باشد یا عمل. این است که ماده «۱۰۸۴» ق. م میگوید: «هرگاه مهر عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب و یا تلف شود شوهر ضامن عیب و تلف است».

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۴، ص: ۳۹۱

معیوب بودن مهر در حین عقد- موضوعی که میتواند مورد گفتگو قرار گیرد و مادهٔ بالا هم بسکوت برگزار نموده آنست که شوهر چه نوع ضمانی را بعهده دارد؟

برای توضیح مادهٔ بالا بشرح زیر مبادرت میشود:

الف- در صورتی که مهر عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده است،

چنانکه از وحدت ملاك ماده «۴۲۲» ق. م که میگوید: «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله»، استنباط میشود، زن میتواند مهر را فسخ کند و چون عقد نکاح بحال خود باقی میماند، عوض مهر را که مثل یا قیمت آنست از شوهر دریافت دارد، زیرا قاعدهٔ ضمان اقتضاء این امر را مینماید، و میتواند آن را نگهداشته و ارش بخواهد، زیرا عقد بر مهر معین بشرط آنکه سالم است واقع شده و چون زن آن را بآن وصف نیافته عوض صفت فائته را دریافت میدارد و آن ارش میباشد، زیرا عیب در حقیقت تلف بعض است و ارش عوض جزء تالف میباشد. در این امر بین فقهای امامیه خلافی دیده نشده است. ولی از نظر تحلیلی اشکالاتی بر این نظریه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۲

کرده‌اند که ذیلا متذکر میگردد:

اولا- رد مهر معیوب در اثر فسخ آن و بقاء نکاح بحال خود تبعیض در عقد بعمل آمده و آن بر خلاف فرض بسیط بودن عقد نکاح میباشد.

ثانیا- پس از فسخ مهر، باید مهر المثل جای گزین آن شود نه آنکه بدل از مثل یا قیمت مهر تأدیه گردد، زیرا این امر در مورد ضمان تلف میباشد و آن در صورتی است که مهر نزد شوهر تلف شود. و اخذ ارش نیز مشکل میباشد، زیرا اخذ ارش چنانکه گذشت بر خلاف قاعدهٔ حقوقی در خیارات است (که بوسیلهٔ قاعدهٔ عقلی لا ضرر بر قرار گشته) و بموجب دلیل مخصوصی میباشد

که در معاملات جاری میگردد.
آنچه در فسخ مهر معیوب گفته شد در مهر معین است، ولی چنانچه مهر کلی باشد و پس از تسلیم معلوم گردد آنچه شوهر بزن خود داده معیوب بوده، زن میتواند آن را بشوهر مسترد داشته و از افراد سالم کلی بخواهد. ممکن است گفته شود که مهر کلی پس از تسلیم بزن در حکم مهر معین خواهد بود، زیرا زن در اثر قبول مهر، مالک آن میگردد.

ب– تلف مهر پس از عقد و قبل از تسلیم–

در صورتی که مهر عین معین باشد و پس از عقد و قبل از تسلیم بزن تلف شود، بعضی از فقهای عامه بر آنند که شوهر نسبت بمهر ضامن بضمان معاوضی است، بنابراین چنانچه مهر تلف شود مهر منحل میگردد و مانند آنست که مهر در عقد نکاح معین نشده باشد. قولی که نزد فقهای امامیه معروف است و مخالفی دیده نشده آنست که ضمان شوهر در مورد تلف مهر ضمان ید است و مانند ضمان مستعیر در مورد عاریه مضمونه و امثال آن میباشد. بنابراین شوهر ملزم بتأدیه بدل مال تالف است، یعنی چنانچه مثلی باشد مثل آن و هرگاه قیمی باشد قیمت آن، زیرا عقد بر مهر معین واقع شده است. آنچه گفته شده که در اثر تلف، مهر منفسخ میگردد و عقد نکاح باقی میماند، تبعیض در عقد نکاح میباشد و دلیل بر این امر نیست و نمیتوان مورد تلف مهر را قبل از تسلیم مانند موردی دانست که مهر در اثر موجود نبودن یکی از شرائط اساسی باطل باشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۳
از نظر قضائی قول اخیر که مورد متابعت قانون مدنی در ماده «۱۰۸۴» قرار گرفته بیش موافق با اصول حقوقی است، زیرا زن بمجرد عقد نکاح، مالک مهر میشود و شوهر ملزم بتسلیم آن بزن میباشد و ضامن آنست تا آن را تسلیم باو نماید، لذا چنانچه مهر تلف گردد شوهر باید بدل آن را از مثل یا قیمت بزن بپردازد. نمیتوان مورد تلف مهر را قیاس بر تلف مبیع قبل از قبض نمود و باستناد ماده «۳۸۷» ق. م مهر را منفسخ دانست، زیرا حکم تلف مبیع قبل از قبض استثناء از قاعده میباشد، اگر چه عده‌ای از فقهاء کوشش نموده‌اند که آن را طبق اصول حقوقی درآورند و قاعدهٔ کلی قرار دهند و در موارد مختلفه جاری نمایند.

ج– معیوب شدن مهر پس از عقد و قبل از تسلیم

بعض از فقهای امامیه مانند شیخ در محکی مختلف و موضعی از مبسوط بر آنند که حکم معیوب شدن مهر قبل از تسلیم مانند حکم معیوب بودن مهر در حین عقد میباشد، یعنی زن میتواند مهر را بشوهر رد نموده مثل یا قیمت آن را دریافت دارد و یا آن را نگهداشته و از او ارش بخواهد، زیرا عقد بر مهر سالم واقع شده و شوهر متعهد بر تسلیم آن بوده است و چون قبل از تسلیم معیوب گردیده زن میتواند آن را رد نماید و عوض آن را بخواهد و یا نگهدارد و تفاوت بین صحیح و معیب را مطالبه کند. عده‌ای از فقهای دیگر بر آنند که زن نمیتواند مهر معیوب را فسخ کند، بلکه فقط میتواند ارش بخواهد. قول مزبور موافق با قاعده است که در تلف مهر قبل از تسلیم اعمال شده است، زیرا عیب در حقیقت تلف بعض است و ارش عوض آن میباشد. بنظر میرسد که متابعت از قول اخیر بیش با روش حقوقی منطبق میباشد، زیرا فقهای امامیه که در مورد تلف قبل از تسلیم قاعده ید را اجرا نموده و آن را مانند مورد عاریه مضمونه دانسته‌اند، ناچار باید قاعدهٔ مزبور را در مورد معیوب شدن مهر قبل از تسلیم اجرا نمود.
از نظر قضائی میتوان از نظر وحدت ملاک ماده «۳۸۸» ق. م بر آن بود که زن فقط حق دارد مهر را فسخ نماید و یا آن را نگهدارد و نمیتواند از شوهر خود ارش بخواهد.
ماده «۳۸۸» ق. م: «اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید».
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۴

۷- حق حبس

اشاره

چنانکه در ابتداء مبحث مهر گذشت، نکاح دارای دو جنبه است: جنبه عمومی که عبارت از رابطهٔ زوجیت میباشد و جنبهٔ خصوصی که عبارت از مهر و وضعیت مالی نکاح است و نقشی را که مهر باین اعتبار در نکاح بازی مینماید بوسیلهٔ قواعد معاوضه تنظیم میگردد.

بنابراین با توجه بعلت تعهد در عقود معاوضی که هر یک از طرفین مالی را تملیک مینماید و میدهد تا مال دیگر را تملک و قبض نماید، محقق است که بستگی بین دو تملیک بنحوی است که هرگاه یکی از آن دو حاصل نشود تملیک دیگر حاصل نخواهد شد. و همچنین رابطهٔ بین تسلیم دو مورد بنحوی است که هرگاه یکی از طرفین آنچه را تملیک نموده تسلیم نکند، طرف دیگر میتواند از تسلیم آنچه تملیک کرده امتناع نماید تا طرف او تسلیم کند. این است که مادهٔ «۳۷۷» قانون مدنی میگوید: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر بتسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد. در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود». خصوصیتی در عقد بیع موجود نیست که ایجاب حق حبس برای هر یک از متبایعین کند، بلکه طبیعت معاوضه چنانکه گذشت چنین بستگی را ایجاب مینماید و بدین جهت حکم مزبور در تمامی عقود معاوضی جاری میگردد.

موقعیت مهر که جنبهٔ فرعی را در نکاح داراست از نظر فن حقوقی مانند موقعیت عوض در عقد معوض است و باعتبار رابطه و بستگی که بین مهر و بضع موجود است قاعدهٔ حبس که از خصایص عقود معوض است نسبت بآن دو جاری میشود. این است که مادهٔ «۱۰۸۵» ق. م میگوید: «زن میتواند تا مهر باو تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود». ماده اگر چه بزن اجازه داده که بتواند از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند تا مهر خود را دریافت دارد، ولی باید متذکر بود که در حقوق امامیه زن فقط از نزدیکی با شوهر میتواند امتناع بنماید تا مهر خود را بگیرد و الا- زن نمیتواند انجام وظائف دیگر را، از قبیل حسن معاشرت و سکونت در منزل شوهر و اطاعت از او، موکول بگرفتن مهر کند. بدین جهت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۵

بنظر میرسد که باید ماده را تفسیر نموده و حق امتناع زن را از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، منحصر به نزدیکی دانست و چنانچه تردید در وجود حق مزبور در مورد وظایف دیگر زن شود، اصل عدم آنست. بنابراین چنانچه مهر مؤجل باشد یعنی موعدی برای پرداخت آن بین زوجین قرار داده شده باشد، مانند آنکه شرط شود که پس از دو سال مهر بزوجه داده شود، خواه عین خارجی است یا کلی فی الذمه، زن نمیتواند امتناع از تمکین بنماید، زیرا زن با موافقت خود بقرار دادن موعدی برای تسلیم مهر، حق حبس خود را ساقط نموده است.

لذا چنانچه در صورت مزبور شوهر تمکین زن را بخواهد، او نمیتواند تمکین را منوط بقبض مهر بنماید. بنابراین هرگاه شوهر مطالبه تمکین زن را ننماید تا موعد تأدیه و تسلیم مهر برسد، زن نمیتواند از تمکین امتناع نماید تا مهر خود را بگیرد، زیرا حق حبس او در اثر قرار دادن اجل ساقط بوده و موجبی برای عودت آن نیست.

چنانکه از اطلاق مادهٔ بالا مستفاد میگردد، زن میتواند از ایفاء وظایف زوجیت امتناع کند، تا مهر خود را دریافت دارد، خواه شوهر معسر باشد یا آنکه قادر بر تأدیهٔ آن باشد، زیرا اعسار شوهر اگر چه حق مطالبه را ساقط مینماید و زن نمیتواند مادام که شوهر معسر است مهر خود را از او بخواهد، ولی این امر موجب سقوط حق امتناع او که مبنی بر قاعدهٔ معاوضه است نمیگردد. ابن ادریس بر

آنست که چون زن نمیتوانـد از شوهر معسـر مطالبـهٔ مهر خود را بنماید، حق امتناع هم ندارد. گفتهٔ ابن ادریس را عده‌ای از فقهاء رد نموده‌اند بآنکه نداشتن حق مطالبه موجب نمیگردد که معوض قبل از عوض تسلیم طرف شود.

برای آنکه تصور نرود، امتنـاع زن از ایفاء وظایف زناشوئی در اثر حق حبس از موارد نشوز است و حق نفقه او ساقط میگردد، قانون مدنی در ذیل ماده «۱۰۸۵» تصـریح نموده که: «... این امتناع مسـقط حق نفقه نخواهـد بود». زیرا نشوز زن در موردی محقق میگردد که بـدون اجـازهٔ قـانونی امتناع از انجام وظائف زناشوئی نموده باشـد و در مورد بالا باعتبار حق حبسـی که قانون در اثر رسـیدن مهر برای زن شناخته از ایفاء وظایف خودداری کرده است. ماده «۱۱۰۸» ق. م: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۶

امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود».

هرگاه زن از حق حبس برای رسیدن بمهر استفاده ننماید و از شوهر خود تمکین کند، حق حبس او ساقط میگردد و سپس نمیتواند باستناد حق حبس از ایفـاء وظـایف زنـاشوئی تا گرفتن مهر امتناع نمایـد، ماننـد آنکه هرگاه بایع قبل از اخـذ ثمن مبیع را بمیل خود تسلیم مشتری کنـد، نمیتوانـد آن را بنحوی از انحاء پس گرفته و تسلیم مجدد آن را موکول برسیدن ثمن بنماید. ماده «۳۷۸» ق. م میگویـد: «اگر بایع قبل از اخـذ ثمن مبیع را بمیل خود تسلیم مشتری نماید، حق استرداد آن را نخواهد داشت، مگر بموجب فسخ در مورد خیـار». این است که ماده «۱۰۸۶» ق. م میگویـد: «اگر زن قبـل از اخـذ مهر باختیار خود بایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمیتواند از حکم مادهٔ قبل استفاده کند، مع ذلک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد». حکم استحقاق زن در مطالبه مهر که بوسیلهٔ قسمت اخیر مادهٔ بالا بوسیله عبارت: «... مع ذلک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهـد شـد» تصریح شده است اگر چه معلوم بود، ولی قانون برای تذکر به بیان آن پرداخته است.

سقوط حق حبس در مورد مذکور در بالا، علاوه بر آنکه قول مشهور و دعوی اجماع هم نیز بر آن شده است، با قواعد حقوقی بیش سازگار میباشـد. قول دیگری که از مفیـد در مقنعه و از شیخ در مبسوط حکایت شـده آنست که هرگاه زن قبل از گرفتن مهر خود تمکین نمود، میتواند سپس امتناع از آن نماید تا مهر خود را دریافت دارد، زیرا یکی از عوضین منفعت است و آن تجدید میشود و مانند اعیان خارجی یک‌دفعه قابل قبض نمیباشـد و مهر در عوض تمام آن منفعت است و با یک مرتبه تمکین قبض حاصل نشـده است، بنابراین زن میتوانـد سپس امتناع از تمکین مجدد نماید، علاوه بر آنکه سقوط حق حبس موجب عسـر و حرج و ضـرر و ظلم بزن میگردد.

نظر بوحدت ملاک ماده «۱۰۸۵» ق. م و روح ماده «۳۷۷» شوهر میتواند از تأدیهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۷

مهر امتناع نماید تا زن تمکین کند، زیرا چنانکه گذشت حق حبس برای هر یک از طرفین، مولود عقد معاوضی است و موقعیت مهر از جنبهٔ مالی نکاح در مقابل تمکین در حکم عوض است.

بنـابراین همـانگونه که زن میتوانـد از انجام وظایف زناشوئی امتناع کنـد تا مهر خود را دریافت دارد، شوهر نیز میتوانـد از تأدیـهٔ مهر امتناع نمایـد تا زن از او تمکین کنـد. حق حبس مهر برای مرد در صورتی است که عقـد نکاح مطلق باشـد و برای تمکین مدت قرار نداده باشـند، و الا چنانچه بجهتی از جهات برای آن مدتی قرار دهند، شوهر از حق حبس خود نسبت بمهر صرفنظر نموده است. مثلا چنانکه معمول است اولیاء دختری که ضعیف و بیمار است و یا آنکه در دبیرستان اشتغال بتحصیل دارد برای آنکه دورهٔ دبیرستان را تمام کند در عقد نکاح شـرط مینمایند که پس از یک سال یا بیشتر نزدیک بعمل آید. در این صورت چنانچه دختر مطالبهٔ مهر خود را بنماید، شوهر نمیتواند تادیه آن را موکول بتمکین کند.

در صورتی که شوهر قبـل از تمکین زن، مهر را باو تسـلیم کنـد، بنابر مسـتنبط از مادهٔ «۱۰۸۶» ق. م حـق حبس خود را ساقـط نموده

است.

مسأله – ۱– در صورتی که زن از ایفاء وظایف زوجیت امتناع نماید تا شوهر مهر را بدهد

و شوهر امتناع از تأدیه مهر نمایـد تا زن وظائف خود را انجام دهـد، عـده‌ای از فقهاء بر آنند که حاکم شوهر را الزام مینماید که مهر را نزد کسـی که مورد اعتماد و اطمینان است توديع کند تا پس از انجام وظایف زناشوئی بزن داده شود. عدهٔ دیگر بر آنند که دلیلی بر آن که بتوان شوهر را بر توديع مهر الزام نمود موجود نیست، و رابطهٔ بین عوضـین در عقـد معوض یکسـان است، علاوه بر آنکه فتـاوی فقهاءماننـد عبارات آنان در کتب حکایت مینمایـد که شوهر بایـد مهر را قبلًا پرداخت کنـد، مخصوصاً روایاتی که میگویـد: شوهر نبایـد نزدیکی بـا زن نمایـد مگر آنکه قبلا باو چیزی داده شود. از اینجا است که در مسالک و کشف اللثام احتمال داده شـده است که شوهر اجبار میگردد که مهر را قبلا بزن بدهد، زیرا مال را میتوان جبران نمود و بضع را نمیتوان جبران کرد.

مسأله – ۲– هرگاه زن قبل از دریافت مهر خود، باکراه و اجبار تمکین از شوهر نمود،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۸

میتواند سپس از حق حبس خود استفاده کند، زیرا حق امتناع از ادای وظایف زوجیت در اثر عقد پیدا شده است و حق بدون تصریح قـانون و یـا قصـد اسـقاط از طرف دارنـدهٔ آن ساقط نمیگردد. بنابراین زن میتوانـد پس از رفع اکراه، از ایفاء وظایف زوجیت امتناع نموده تا مهر خود را دریافت دارد.

هرگـاه قبل از آنکه زن تمکین نمایـد بوسـیلهٔ اکراه، مهر خود را از شوهر بگیرد، شوهر دیگر نمیتوانـد استرداد آن را از زن بخواهـد، زیرا مهر در اثر عقد ملك زن قرار گرفته و شوهر نمیتواند آن را از مالك مسترد دارد، اگر چه بوسـیلهٔ اکراه، بدون داشـتن حق اخذ، آن را بدست آورده باشد.

مسأله – ۳– هرگاه مهر در نکاح مؤجل بود،

و زن بر خلاـف قـانون امتنـاع از ایفـاء وظایف خود نمود و یا آنکه شوهر درخواست ایفاء آن را نـداشت تا زمان تسـلیم و تأدیه مهر رسـید، زن حق نـدارد باسـتناد حق حبس بامتناع خود ادامه دهد تا مهر را دریافت دارد، زیرا حق امتناع او در اثر قرار دادن اجل برای تسلیم مهر، ساقط گردیده و موجبی برای پیدایش حق حبس موجود نشده است، بنابراین وضعیت سابق استصحاب میگردد، علاوه بر آنکه آنان ضـمناً تراضـی نموده‌اند که تمکین قبل از تسـلیم مهر بعمل آید. بعضی احتمال داده‌اند که در چنین موردی زن میتواند از تمکین امتناع نماید، زیرا مهر پس از رسیدن زمان تأدیه، در حکم حال میباشد.

مسأله – ۴– در صورتی که قسمتی از مهر حال باشد و قسمت دیگر مؤجل،

هر یك از آن دو قسمت از نظر حق حبس، تابع وضعیت خود میباشد. بنابراین نسبت بآن قسمتی از مهر که حال است، زن میتواند از ادای وظایف زوجیت امتناع نماید تا آن را دریافت دارد و چنانچه آن را دریافت نمود حق حبس او ساقط میگردد.

مسأله – ۵– در صورتی که زن از حق حبس خود استفاده ننماید و برای تمکین حاضر بشود،

ولی بجهاتی نزدیکی حاصل نگردد، چنانکه مرد بمسافرت برود و یا بیمار گردد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۳۹۹

زن سپس نمیتواند از تمکین امتناع کند، زیرا حق حبس زن ساقط گردیده و موجبی برای عودت آن نیست. بعضی بر آنند که حاضر شدن زن برای تمکین، مادام که تمکین انجام نشده است موجب سقوط حق امتناع نمیگردد. قول اخیر بنظر با اصول حقوقی بیش موافق است.

مهر المسمی در مورد طلاق

اشاره

وضعیت مهر در مورد طلاق همیشه یکسان نیست و باعتبار نزدیکی جنسی بین زوجین و عدم آن مختلف است، بدین جهت در دو قسمت بیان میگردد:

قسمت اول – مهر در مورد طلاق قبل از نزدیکی

اشاره

در صورتی که زن قبل از نزدیکی طلاق داده شود، نصف مهر بملکیت شوهر بر میگردد.
ماده «۱۰۹۲» ق. م: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلا داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلا یا قیمتاً استرداد کند». چنانکه گذشت هرگاه مهر در عقد معین شود، در اثر عقد زن مالک تمام آن میگردد، خواه عین باشد یا منفعت، حق باشد یا عمل و میتواند هر گونه تصرفی در آن بنماید. مالکیت زن نسبت بنصف مهر ثابت است و نسبت بنصف دیگر قابل برگشت میباشد که بوسیلهٔ نزدیکی جنسی از طرف شوهر آن نیز تثبیت میگردد. قابل برگشت بودن نصف از مهر در اثر طلاق، مانع از تصرف زن در آن نیست و مانند مالکیت مشتری در بیع شرط نمیباشد که نتواند در مبیع تصرفی کند که منافی خیار بایع باشد. ماده «۴۶۰» ق. م «در بیع شرط مشتری نمیتواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید».
در صورتی که قبل از نزدیکی زن مطلقه گردد، نصف مهر که قابل برگشت است بملکیت شوهر عودت می‌یابد. این است که ذیل مادهٔ بالا میگوید: «... اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلا داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلًا یا قیمتاً استرداد کند». چنانچه شوهر هنوز مهر را بزوجه نداده باشد نصف آن را خواهد داد. بنابر آنچه گفته شد هرگاه شوهر صغیر و معسر بوده و نکاح بوسیلهٔ ولی بعمل آمده، ولی ضامن مهر میباشد و هرگاه شوهر
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۰
پس از بلوغ و قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، شوهر مستحق نصف مهر خواهد بود و طلبکار از پدر میشود، زیرا طلاق قبل از نزدیکی مملک نصف مهر است و قهراً بشوهر منتقل خواهد شد. همچنین هرگاه پدر یا شخص دیگری تبرعاً مهر زن کسی را بپردازد، در اثر طلاق قبل از نزدیکی بمقدار نصف آن باید بشوهر داده شود. نظر باطلاق مادهٔ بالا در عودت نصف مهر بملکیت شوهر، فرق نمینماید که مهر عین باشد یا منفعت، حق، باشد یا عمل، همچنانی که فرق نمینماید که مهر در نزد زن موجود باشد یا نباشد. برای توضیح امر شرح هر یک از موارد مزبور جداگانه گفتگو میشود:

1- مهر در زمان طلاق در ملکیت زن است

اشاره

در فرض مزبور چهار صورت ممکن است است پیش آید:

الف- مهر عین معین است-

اشاره

در صورتی که مهر عین معین باشد مانند خانه، باغ، اتومبیل و امثال آن، بوسیلهٔ عقد بملکیت زن داخل میشود و در اثر طلاق، نصف مشاع آن بملکیت شوهر عودت می‌یابد و با زن مطلقهٔ خود در آن شریک میگردد.

تبصره- ۱- نمائات مهر در مدت بین زمان عقد تا تاریخ طلاق.

اشاره

نمائات مزبور بر دو قسم است:

یک- نمائات منفصله-

نمائات منفصله نمائاتی هستند که وجود مستقلی را دارا میباشند و از اصل مال جدا میشوند، مانند نتاج حیوانات، میوه درختان و سکونت خانه.
نمائات منفصله که در مدت زوجیت در مهر حاصل شده متعلق بزن است، زیرا منافع بدستور ماده «۳۳» و «۳۴» ق. م در ملکیت تابع اصل مال است.

دو- نمائات متصله-

نمائات متصله نمائاتی هستند که دارای وجود مستقلی نیستند و نمیتوان آن را از اصل مال جدا نمود مانند نمو درختان باغ، چاقی حیوان یا تعلیم یافتن اسب برای دویدن. فقهای امامیه در این امر دارای دو نظریه میباشند. شیخ در مبسوط و عده‌ای که از نظریهٔ او پیروی نموده‌اند بر آنند که مهر بهر وضعیتی که در زمان طلاق دارد، شوهر مالک نصف مشاع آن میگردد. بنابراین نصف مشاع از نمائات متصله متعلق بشوهر خواهد بود، اگر چه در ملکیت زن حاصل شده است. عدهٔ دیگری از فقهای امامیه بر آنند که زن
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۱
بمقدار قیمت نصف عین مهر در زمان عقد نکاح، مدیون بشوهر خود میگردد و باید باو بپردازد.
آنچه بنظر میرسد بنابر وحدت ملاک ماده ۲۸۷ ق. م در اقالهٔ معاملات، و اطلاق ماده «۱۰۹۲» ق. م که مقرر داشته، شوهر در اثر طلاق مالک نصف مشاع عین مهر میگردد، ناچار باید گفته شود که او مالک نصف مشاع منافع و نمائات متصله خواهد بود. ماده «۲۸۷» ق. م در اقاله: «نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث میشود مال کسی است که بواسطهٔ عقد مالک شده است، ولی نمائات متصله مال کسی است که در نتیجهٔ اقاله مالک میشود».

تبصره- ۲- در صورتی که در اثر تصرفات زن پس از عقد نکاح در مهر، ارزش عین مهر افزوده شود،

اشاره

مانند آنکه زن در اثر فعالیت خود زمین را قابل کشت و زرع کرده و یا برای باغ آماده نموده باشد و یا ساختمانی در آن کرده است، دو صورت فرض میشود:

یک- افزایش ارزش مهر در اثر آنست که زن مالی بر مهر افزوده است،

مانند آنکه نهال در زمین کاشته یا بنا و عمارت در آن ساخته است. طبق ماده «۱۰۹۲» ق. م نصف مشاع از عین مهر بملکیت شوهر در می‌آید و مالی که بوسیلهٔ زن افزوده شده متعلق بزن خواهد بود. چون زن باجازهٔ قانون در زمین بنا یا غرس کرده است، شوهر نمیتواند کندن آن را از زن بخواهد، ولی زن میتواند آن را کنده ببرد و یا با پرداخت اجرت المثل بشوهر، آن را در زمین نگهدارد، زیرا تصرف در ملک شوهر است.

دو- افزایش ارزش مهر در اثر تغییر وضعیت عین مهر است،

مانند آنکه مهر شمش طلا بوده و در اثر تصرفات زن بظروف و آلات زینت تبدیل شده است، و یا مهر زمین بوده و سنگهای آن بر چیده و شخم زده شده است. در این صورت طبق ماده «۱۰۹۲» ق. م نصف مشاع از عین مهر بملکیت شوهر داخل میگردد و از نظر وحدت ملاک بین طلاق و اقاله بدستور مادهٔ «۲۸۸» ق. م که میگوید: «اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود در حین اقاله بمقدار قیمتی که بسبب عمل او زیاد شده است، مستحق

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۲

خواهد بود». زن مستحق مقدار نصف قیمتی خواهد بود که بوسیلهٔ عمل او بر قیمت مهر افزوده شده است. برای تعیین مقدار مزبور، قیمت مهر در زمان عقد و قیمت آن در زمان طلاق در نظر گرفته میشود و چون شوهر مالک نصف مشاع مهر میگردد، بمقدار نصف فرق بین آن دو قیمت را، شوهر بزن مدیون میشود که باید بپردازد.

بعضی از فقهاء در مورد بالا بر آنند که زن میتواند نصف عین مهر و یا نصف بدل آن را از مثل یا قیمت بشوهر بدهد. گفتهٔ مزبور منافات با قاعدهٔ حقوقی دارد، که در اثر طلاق قبل از نزدیکی شوهر قهراً مالک نصف مهر میگردد.

تبصره- ۳- در صورتی که در زمان طلاق، عین مهر معیوب شده باشد،

مانند آنکه درختان باغی که مهر قرار داده شده، خشک گردیده و بناوخانه مخروبه شده است، بنابر اطلاق مادهٔ «۱۰۹۲» ق. م شوهر در اثر طلاق، مالک نصف مشاع عین مهر در وضعیتی که در حین طلاق دارد میشود و زن عهده‌دار هر عیبی خواهد بود که نزد او نسبت بنصف از مال مورد مهر متوجه شده است، لذا زن باید ارش آن را در حین طلاق بشوهر بپردازد، زیرا عیب، تلف بعض اوصاف است و تلف وصف مانند تلف عین میباشد، و چنانکه ذیل مادهٔ «۱۰۹۲» ق. م متذکر است در صورت تلف مهر، مثل یا قیمت داده خواهد شد، معلوم میگردد که در صورت ظهور عیب که تلف وصف میباشد بدل آن که ارش است، بشوهر تأدیه میگردد.

در صورتی که عیب در مهر در اثر عمل شخص ثالث باشد، مانند آنکه شخص ثالث در زمان زوجیت باغی را که مهر بوده غصب نموده و درختان آن در اثر ندادن آب خشک شده باشد، شخص مزبور در مقابل زن که مالک زمان غصب است، طبق مقررات مربوطه بغصب ضامن میباشد (ماده «۳۱۵» ق. م) وزن در اثر طلاق مسئول عیب نصف مشاع در مقابل شوهر است.

تبصره- ۴- ترقی و تنزل قیمت عین مهر در بازار، تأثیر در مالکیت شوهر نسبت بنصف مهر ندارد،

زیرا نصف عین مهر مورد حکم قانونی است و مادام که عین مهر موجود است شوهر در اثر طلاق مالك نصف مشاع آن میگردد، اگر چه قیمت آن در بازار چندین برابر قیمت زمان عقد ترقی یا تنزل نموده باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۳

ب- مهر منفعت است-

در صورتی که منفعت مالی مهر قرار داده شده باشد و هنوز زن از آن منفعت استفاده نکرده و بدیگری هم واگذار ننموده است، در اثر طلاق قبل از نزدیکی نصف از آن منفعت بملکیت شوهر عودت می‌یابد، مانند آنکه کسی منفعت خانه‌ای را برای مدت شش سال از فروردین سال آینده، مهر زن خود قرار دهد، در اثر طلاق، شوهر مالك نصف مشاع منفعت مزبور خواهد بود.

ج- مهر عمل است-

در صورتی که شوهر انجام عملی را مهر زن خود قرار داده باشد و هنوز عمل انجام نشده، شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، هرگاه عمل مزبور قابل تجزیه باشد نصف از آن ساقط و نصف دیگر بعهدهٔ شوهر باقی خواهد ماند، مانند تسطیح زمین، استنساخ کتاب معین و امثال آن. در این امر فرقی نمینماید که در عمل مباشرت شوهر قید شده باشد یا عمل بطور مطلق مهر قرار گرفته است. در صورتی که عمل قابل تجزیه نباشد مانند کشیدن یك پردهٔ نقاشی، زن نصف قیمت آن را بشوهر خود میپردازد و عمل انجام میشود.

د- مهر حق است

حقی که نوعاً موضوع مهر میباشد طلب از شوهر است، مانند آنکه شوهر مال کلی را مهر زن خود نماید، چنانکه شوهر یکصد هزار ریال مهر قرار دهد که عند المطالبه بزن خود بپردازد. در این صورت چنانچه شوهر قبل از تأدیه مهر، زن خود را طلاق دهد، نصف آن که پنجاه هزار ریال است ساقط میگردد و نصف دیگر را باید بپردازد. ممکن است حق مزبور طلب شوهر از شخص ثالث باشد که شوهر آن را مهر زن خود قرار داده است، در صورت طلاق قبل از نزدیکی نصف طلب شخص ثالث بشوهر منتقل میگردد، زیرا طلب باین اعتبار در حکم عین خارجی است. این امر در صورتیست که زن آن را دریافت نکرده باشد و الا زن باید نصف آن را بشوهر بدهد.

در صورتی که مهر بعهدهٔ شوهر بوده و شخص ثالث ضامن او شده باشد، در اثر طلاق قبل از نزدیکی نصف مهر ساقط میگردد، زیرا مدیونیت شخص ثالث بزن در اثر ضمان، فرع بر مدیونیت شوهر بزن است. همچنین است هرگاه شخص ثالث مسئول پرداخت مهر زن باشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۴

مانند موردی که ولی، پسر معسر خود را زن دهد و زن جاهل باعسار او باشد و پسر پس از رسیدن بسن بلوغ قبل از آنکه با زن خود نزدیکی نماید او را طلاق دهد.

ممکن است حق عینی مهر قرار داده شده باشد مانند حق انتفاع، حق ارتفاق، حق تحجیر و یا حق خیار و حق شفعه، (هرگاه آن دو قابل انتقال دانسته شود) در این صورت در اثر طلاق قبل از نزدیکی، شوهر در نصف آن شریك میگردد.

2- مهر در زمان طلاق در ملکیت زن موجود نیست

اشاره

هرگاه در زمان طلاق مهر بجهتی از جهات نزد زن موجود نباشد، چهار صورت ممکن است پیش آید:

الف- مهر عین معین است

در صورتی که مهر عین خارجی بوده و در زمان طلاق بجهتی از جهات نزد زن موجود نباشد، شوهر طبق ماده «۱۰۹۲» ق. م: «.. حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلا یا قیمتاً استرداد کند».
منظور از عبارت بالاـ آنست که هرگاه موضوع مهر که عین آن نزد زن موجود نیست از اموال مثلی بوده، زن بایـد مثل نصف آن را بشوهر بدهد و هرگاه از اموال قیمی بوده باید قیمت نصف آن را باو بپردازد.
تقویم نصف مهر بـدین نحو است که نصف مهر بطور مشاع تقویم میگردد و آن قیمت را زن مدیون شوهر خود میشود، زیرا در صورتی که عین مهر موجود میبود، شوهر در اثر طلاق مالک نصف مشاع از آن میگردید و چون موجود نیست قیمت آن را دریافت میدارد.
بعضی از حقوقیین بر آننـد که هرگـاه عین مهر در ملکیت زن موجود نباشـد، در اثر طلاق زن متعهـد بپرداخت نصف قیمت مهر میگردد، زیرا موضوع حق شوهر نصف مهر میباشـد و مهر پس از آنکه تلف گردد یـا از طرف زن مصرف شود، بـدل آن که قیمت است جای گزین آن خواهد شد و نصف آن باید بشوهر بازگردد. اختلاف بین حقوقیین در مورد بالا فقط از نظر علمی نیست، بلکه نتیجهٔ عملی نیز در بر دارد، زیرا قیمت یک شیئی کامل نوعا بیش از دو برابر قیمت نصف مشاع آن میباشد، علت این امر آنست که شرکت چون ملازمه
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۵
با تسلط شریک در مال مشاع دارد، نقصی در قیمت آن ایجاد مینماید. بدین جهت قیمت نصف مشاع از شیئی کمتر از نصف قیمت آن شیء است. ظاهر ماده نظریه اول را تأیید مینماید که قیمت نصف مشاع باشد.
آنچه در مادهٔ بالا ممکن است مورد پرسش قرار گیرد آنست که هرگاه مالی که مورد مهر قرار گرفته از اشیائی باشـد که در مدت بین نکاح و طلاق قیمت آن در بازار ترقی یا تنزل کرده است قیمت چه زمانی را در موقع تقویم بایـد در نظر گرفت؟ بعضـی بر آنند که قیمت زمان تلف بایـد بشوهر پرداخت گردد. آنچه بنظر میرسد آنست که زن ملزم بتأدیه قیمت نصف مهر در زمان طلاق بشوهر میباشد، زیرا مهر تا زمان طلاق متعلق بزن بوده است و شوهر در اثر طلاق مستحق نصف از مهر میشود و چون عین آن موجود نیست قیمت آن را زن بایـد بشوهر خود بپردازد. بنـابراین قیمت زمـان طلاـق بایـد در نظر گرفته شود، بر خلاـف مورد غصب که مـالک همیشه استحقاق بر مال خود داشته و آن رابطه هیچ زمان قطع نشـده است و چون تلف گردد مورد حق تبـدیل پیـدا مینماید و حق مالک بر بدل، در زمان تلف تعلق خواهد گرفت، بنابراین قیمت آن زمان در نظر گرفته میشود.
تقویم مالی که موجود نیست بوسیلهٔ آثار و قرائنی که از خود باقی گـذارده و یا اوصافی که در نظر مانـده است و یا بوسیلهٔ کسانی که آن را دیده بوده‌اند سهل و آسان است، ولی در مواردی که آثار و قرائنی از مهر باقی نمانده باشد و اشخاصی نیز نیستند که از وضعیت آن آگـاه باشـند تقویم آن دشوار و مشکل است. در این گونه موارد قیمتی که متیقن است تعیین میگردد و چنـانچه شوهر مـدعی زیاده بر آن میباشـد میتوانـد آن را اثبات نماید، و هرگاه نتواند، نسبت بآن محکوم به بی‌حقی میگردد. در صورتی که نتوان مقـدار متیقن را تعیین نمود برای رعـایت انصـاف و عـدالت قضائی چارهٔ جز اصـلاح بنظر نمیرسـد، ولی از نظر دادرس هرگاه شوهر نتواند مقدار مورد مطالبه خود را ثابت کند، حکم بعدم اثبات دعوی داده میشود.

ب- مهر منفعت است-

هرگاه مهر منفعت باشد و پس از استیفاء تمام آن از

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۶

طرف زن، قبل از نزدیکی زن طلاق داده شود، منفعت تلف شده محسوب میگردد.

بنابراین زن باید قیمت نصف آن را در زمان طلاق بشوهر بپردازد، مگر آنکه مثلی باشد که در این صورت چنانچه قابل تجزیه است نصف مثل آن بشوهر واگذار میشود. مثلا هرگاه منفعت سکونت شش ماه خانهٔ معینی، مهر زن قرار داده شده باشد و زن آن را بدیگری واگذار نموده است، در این صورت چنانچه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن قیمت نصف آن را که سه ماه است بشوهر میپردازد.

ج- مهر عمل است-

در صورتی که مهر عمل باشد و پس از انجام آن قبل از نزدیکی شوهر زن خود را طلاق دهد، آن عمل تلف شده محسوب میگردد اگر چه نتیجهٔ آن مجسم و در خارج موجود باشد. مثلا- هرگاه ساختمان خانهٔ طبق نقشهٔ معینی مهر زن قرار داده شود و پس از ساختمان خانهٔ مزبور، شوهر زن خود را قبل از نزدیکی طلاق دهد، مورد تعهد تغییر صورت یافته و بصورت شیئی مادی که ساختمان میباشد در آمده است. در این صورت قیمت نصف عمل را زن بشوهر باید بپردازد، مگر آنکه مثلی شناخته شود که نصف آن بوسیلهٔ زن مستقیم یا غیر مستقیم چنانچه قابل تجزیه باشد انجام میگیرد. در صورتی که شوهر از آن منتفع نشود مانند تدریس یک سال حقوق مدنی نسبت بشوهری که خود متخصص در علم حقوق است، زن متعهد بپرداخت قیمت نصف از عمل مزبور در زمان طلاق بشوهر خود میباشد، خواه عمل بشرط مباشرت، موضوع مهر بوده یا بطور مطلق مهر قرار گرفته است. ولی هرگاه عمل مثلی است و قابل تجزیه نمیباشد قیمی محسوب میگردد و زن متعهد بپرداخت قیمت نصف آن است.

د- مهر حق است-

در صورتی که موضوع مهر حق باشد و زن آن را استیفاء کرده است، از قبیل حق سکنی و حق خیار و حق شفعه (بنابر قول آنکه میتوان آن دو را بغیر واگذار نمود). مورد مزبور مانند موردی است که موضوع مهر منفعت یا عمل است

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۷

که انجام شده باشد، یعنی تلف شده محسوب میگردد و باید زن قیمت نصف آن را بارزش زمان طلاق بشوهر بدهد.

مسائلی چند:

مسئلهٔ اول- در صورتی که موضوع مهر از طرف زن بغیر واگذار شده و سپس قبل از نزدیکی طلاق داده شود،

مانند آنست که موضوع مهر تلف شده است، زیرا در زمان طلاق عین مهر در ملکیت زن موجود نمیباشد تا نصف مشاع آن بملکیت شوهر عودت یابد، لذا شوهر طبق ماده «۱۰۹۲» قانون مدنی مازاد از نصف را مثلًا یا قیمتاً مسترد میدارد. در این امر فرقی نمی‌نماید که انتقال قطعی باشد یا شرطی، یا آنکه زن بجهتی از جهات مانند غبن یا عیب در ثمن حق فسخ معامله را داشته یا نداشته باشد. بعضی از فقهای امامیه بر آنند که هرگاه انتقال مهر از طرف زن بغیر، بمعامله قابل انحلالی باشد، مانند بیع خیاری، زن مختار

است که معامله را فسخ و نصف از آنچه مهر بوده بشوهر بدهد و یا آنکه معامله را فسخ نکند و بدل نصف از مهر را بشوهر تأدیه نماید. قول مزبور مشکل بنظر میرسد، زیرا در زمان طلاق است که شوهر مستحق نصف مهر میگردد و در آن زمان عین مهر در ملکیت زن نمیباشد بنابراین ناچار و باید بر آن بود که شوهر مستحق نصف بدل آن از مثل و قیمت میگردد. بلی چنانچه مهر مثلی باشد زن میتواند معامله با شخص ثالث را فسخ و پس از استرداد عین مهر، نصف از آن را بعنوان یک فرد مثلی بشوهر واگذار نماید.

تبصره- در صورتی که موضوع مهر پس از واگذاری آن از طرف زن بغیر، بسببی از اسباب بملکیت زن عودت یافته و در زمان طلاق در ملکیت زن باشد، نصف مشاع از آن در اثر طلاق بملکیت شوهر در خواهد آمد، زیرا عین مهر در زمان طلاق در ملکیت زن است و واگذاری بغیر با عودت بملکیت مجدد زن، آن را از مهر بودن خارج نمینماید. بنابراین بدستور ماده «۱۰۹۲» ق. م شوهر مازاد از نصف آن را عیناً مسترد میدارد.

بعضی از فقهای امامیه بر آنند که با خروج مهر از ملکیت زن، بدل از مثل یا قیمت جای گزین آن شده است و پس از عودت مال مورد انتقال بملکیت مجدد زن، موجبی برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۸

تعلق حق مشروط شوهر بر مال مزبور حاصل نشده است.

بعضی دیگر از فقهاء بین معاملهٔ غیر قابل انحلال و قابل انحلال فرق گذارده‌اند و بر آنند که چنانچه موضوع مهر تحت عنوان معاملهٔ غیر قابل انحلال از طرف زن بدیگری منتقل شده و سپس بسبب عنوان جدیدی بملکیت او عودت یافته است، شوهر مستحق نصف بدل از مثل یا قیمت آن است، زیرا از نظر حقوقی مال مزبور عنوان (مهر) را دارا نمیباشد و تحت عنوان دیگری قرار گرفته بدین جهت مال دیگری است. مثلا هرگاه موضوع مهر خانه بوده که زن آن را بپدر خود فروخته و سپس در اثر فوت پدر چون او دختر منحصر بفرد متوفی بوده تمامی خانه بارث باو منتقل شده است، دیگر خانهٔ مزبور مهر محسوب نمیگردد، بلکه ما ترک پدر شناخته میشود. اما هرگاه موضوع مهر بسبب یکی از عقود قابل انحلال بغیر واگذار شده باشد، مانند بیع خیاری و سپس در اثر فسخ بیع بملکیت زن در آمده است، شوهر در اثر طلاق قبل از دخول مستحق نصف آن خواهد بود، زیرا در انتقال عین مهر بوسیلهٔ عقد قابل انحلال، حق مشروط شوهر از مهر سلب نشده است و پس از عودت آن بملکیت زن، در اثر طلاق، شوهر مالك نصف آن میگردد. چنانکه گذشت بنابر اطلاق ماده «۱۰۹۲» ق. م که شوهر در اثر طلاق قبل از نزدیکی مستحق نصف از عین مهر میگردد، فرقی نمینماید که عودت عین مهر پس از انتقال بغیر بملکیت زن، در اثر انحلال عقد سابق بوده و یا بوسیلهٔ سبب جدیدی بملکیت زن در آمده باشد، زیرا در هر دو صورت، مال مزبور مهر بوده و معاملهٔ بر آن، حقیقت امر را تغییر نمیدهد.

مسئلهٔ دوم- در صورتی که موضوع مهر عین خارجی و یا در حکم آن بوده

و زن آن را بشوهر خود هبه و یا صلح بلا عوض نموده باشد و شوهر قبل از نزدیکی زن را طلاق دهد، زن باید بدل نصف آن را از مثل یا قیمت بشوهر بدهد، زیرا واگذاری مهر بشوهر مانند واگذاری آن بشخص ثالث و در حکم تلف است و باین اعتبار حکم آن دو یکسان میباشد.

مسئلهٔ سوم- در صورتی که مهر کلی و بر ذمهٔ شوهر بوده

و پس از عقد، زن شوهر خود

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۰۹

را ابراء نموده باشد و قبل از نزدیکی طلاق داده شود، زن باید نصف آنچه را که مهر قرار داده شده بشوهر خود بپردازد، زیرا زن در مهر خود تصرف کرده و آن را از ملکیت خود خارج نموده است. از نظر حقوقی ابراء مانند ایفاء تعهد یکی از مسقطات میباشد. و از نظر تحلیلی بین ابراء و انتقال طلب فرق گذارده نمیشود و در حقیقت ابراء مانند اتلاف است. از کتاب قواعد و مبسوط حکایت شده است که آنان احتمال داده‌اند شوهر پس از طلاق حقی بر زن از بابت مهر نخواهد داشت و بعضی از حقوقیین عامه نیز بر آنند، زیرا زن مالی از شوهر نگرفته و مهر خود را باو انتقال نداده و همچنین آن را تلف نکرده است. احتمال اخیر با توجه بآنچه در بالا از نظر تحلیلی بیان گردید با قواعد حقوقی وفق نمیدهد.

مسئلهٔ چهارم- در صورتی که شوهر قبل از نزدیکی زن خود را بطلاق خلع در مقابل مهر یا مال دیگری رها کند،

زن باید علاوه بر آنچه برای طلاق خلع بشوهر بذل نموده است، نصف از مهر را باو بدهد، زیرا بذل مهر در طلاق خلع مانند ابراء و هبهٔ مهر بشوهر میباشد و چون طلاق قبل از نزدیکی واقع شده نصف از مهر بشوهر عودت می‌یابد.
بعض از فقهاء اشکال نموده‌اند که شباهتی بین بذل مهر از طرف زن در مقابل طلاق خلع، با ابراء و هبه مهر موجود نمیباشد، زیرا ابراء و هبهٔ مهر قبل از طلاق واقع میشود و مانند اتلاف آن است و در اثر طلاق قبل از نزدیکی شوهر قهراً مالك نصف مهر میگردد و چون مهر در آن زمان در ملکیت زن موجود نیست بدل آن بشوهر داده میشود، ولی در طلاق خلعی که در مقابل بذل مهر قرار گرفته است، بذل و طلاق در یک زمان موجود میگردند و سبب بذل مهر مقدم بر طلاق نمیباشد تا طلاق موجب تملیك نصف مهر بشوهر گردد و مقدم داشتن آن ترجیح بلا مرجح است. بنابراین در طلاق خلع چنانچه مهر بذل شود، شوهر حقی بر زن ندارد.
بنظر میرسد استدلال مزبور در صورتی که مال دیگری مورد بذل قرار گیرد جاری نخواهد بود و اشکال بالا وارد نمیباشد لذا شوهر در اثر طلاق مستحق نصف مهر میگردد.

مسئلهٔ پنجم- در صورتی که موضوع مهر عین خارجی بوده

و نصف مشاع آن را زن بشخص ثالث واگذار نموده باشد، در اثر طلاق قبل از نزدیکی نصف مشاع دیگر که در ملکیت
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۰
زن باقی است بشوهر عودت می‌یابد، زیرا شوهر در اثر طلاق مالك نصف مشاع از مهر میگردد و آن در ملکیت زن موجود است.
بعضی بر آنند که هرگاه تمام مهر در ملکیت زن در زمان طلاق موجود بود، شوهر در اثر طلاق مالك نصف مشاع، یعنی نصف فرضی هر جزئی از اجزاء مهر میگردید، و در فرض مزبور که در زمان طلاق نصف مشاع از مهر فقط موجود است، نصف مشاع از آنچه در زمان طلاق در ملکیت زن موجود میباشد بشوهر عودت می‌یابد و آن ربع است. بنابراین علاوه بر ربع مزبور که ملك شوهر میگردد، زن باید بدل ربع مهر را هم بشوهر بدهد تا نصف از مهر باو رسیده باشد.
بنظر میرسد که عقیدهٔ مزبور بدلیلی که اینان در انتقال ربع مشاع بآن استناد نموده‌اند ضعیف میباشد، زیرا شوهر در اثر طلاق مستحق بیش از نصف مشاع از مهر نمیگردد و آن در ملکیت زن موجود است، ولی چنانچه زن نصف مفروز از مهر معین را بسببی از اسباب انتقال داده باشد آن حکم صحیح خواهد بود، یعنی شوهر در اثر طلاق مالك نصف از آنچه موجود است میگردد و زن باید بدل بقیه را تا نصف مهر بشوهر بدهد.
در مسأله بالا فرقی نمینماید که نصف مشاع یا مفروز از مهر بشوهر واگذار شده باشد یا بشخص ثالث، زیرا شوهر باین اعتبار در حکم شخص ثالث است.

مسأله ششم- در صورتی که مهر در عقد معین بوده و سپس در اثر یکی از عقود بجای آن مال دیگری بزن داده شده باشد

و قبل از نزدیکی زن طلاق داده شود، زن بایـد بمقـدار قیمت نصف مهر معین بزوج بدهـد، زیرا مالی که از طرف شوهر در عوض مهر بزن داده میشود در اثر معامله مستقلی است و زن بـدین وسـیله در مهر خود تصـرف کرده و آن را بشوهر در مقابل مال دیگری واگـذار نموده است و این امر ماننـد آنست که زن آن را بشـخص ثالث مجاناً منتقل و یا تلف کرده باشـد. فرقی نمینمایـد که معاملهٔ مزبور بیع یا معاوضه باشد یا صلح و یا هبهٔ معوض.

قسمت دوم- مهر در طلاق بعد از نزدیکی

اشاره

چنانکه تـذکر داده شـد عقـد نکاح باعتبار جنبـهٔ مالی که دارد مانند عقود تملیکی دیگر است لذا در اثر عقد مزبور، مهر که یکی از عوضین است در ملکیت زن داخل میگردد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۱

بدستور مادهٔ «۳۰» قـانون مـدنی: «هر مـالکی نسبت بما یملك خود حق همه گونه تصـرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون اسـتثناء کرده باشد». بنابراین زن میتواند قبل از آنکه شوهر مهر را بقبض او بدهد در آن تصـرف کند، مانند آنکه آن را بفروشد و یا اتلاف نمایـد. این است که ماده «۱۰۸۲» ق. م میگویـد: «بمجرد عقد، زن مالك مهر میشود و میتواند هر نوع تصـرفی که بخواهد در آن بنمایـد»، و طلاـق هیـچ‌گونه تـأثیری در مهر زن نمینمایـد، مگر آنکه طلاـق قبل از نزدیکی واقع شود چنانکه ماده «۱۰۹۲» ق. م میگوید:

«هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهـد، زن مسـتحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلا داده باشـد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلًا یا قیمتاً استرداد کند» بنابراین حکم مادهٔ «۱۰۹۲» ق. م استثناء از قاعدهٔ مالکیت زن نسبت بمهر میباشد و بدین جهت در مورد فوت قبل از نزدیکی تمام مهر بزن داده میشود.

آنچه از نظر تحلیلی مورد گفتگو میباشـد، نحوهٔ مالکیت زن نسـبت بمهر و تأثیر نزدیکی در آن است. با توجه بمفاد دو مادهٔ بالا باید بر آن بود که مـالکیت زن نسـبت بمهر بمجرد عقـد حاصـل میشود ولی نحوهٔ مـالکیت او نسـبت بتمـامی مهر یکسـان نمیباشـد، بلکه مـالکیت زن نسـبت بنصف آن ثـابت و نصف دیگر که قابل برای برگشت بملکیت شوهر در اثر طلاق قبل از نزدیکی است، بوسـیلهٔ نزدیکی تثبیت میگردد، بنابراین نزدیکی، شـرط مالکیت زن نسبت بنصف دیگر از مهر میباشد. از اسکافی حکایت شده که او معتقد است، نصف مهر بسـبب عقد بملکیت زن داخل میشود و نصف دیگر در اثر نزدیکی شوهر. ممکن است اسکافی نیز بر آن باشد که مالکیت ثابت زن نسبت بنصف دیگر در اثر نزدیکی حاصل میشود، ولی عبارت او نارسا برای اداء مطلب باشد.

تبصره- نزدیکی-

نزدیکی که ماده «۱۰۹۲» ق. م متـذکر میباشـد عبارت از رابطهٔ جنسـی است که بین زن و شوهر بوجود می‌آید. رابطهٔ مزبور خواه از مجرای جلو یا عقب زن باشد موجب استقرار تمامی مهر میگردد، ولی شرط نزدیکی مزبور آنست که از آلت مرد بقدر حشفه داخل در آلت زن گردد، اگر چه انزال نشود. داخل کردن کمتر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۲

از آن مقـدار و یا تفخیـذ، و انواع دیگر از تمتعات جنسـی، نزدیکی محسوب نمیگردد و موجب تثبیت نصف دیگر مهر نمیشود. قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیه است که میگویند:

دخولی که موجب استحقاق زن نسبت بتمام مهر است و طی در قبل یا دبر زن میباشد، بشرط آنکه التقاء ختانان حاصل شود.

از بعض از فقهای امامیه حکایت شده است که خلوت کردن زوجین در محلی که بتوانند نزدیکی بعمل آورند، موجب استحقاق زن نسبت بتمام مهر خواهد بود. بنظر میرسد که مبنای قول مزبور استظهار عمل نزدیکی از خلوت کردن زوجین با یکدیگر است و الا هرگاه ثابت گردد که نزدیکی بعمل نیامده چنانکه بتوان بوسیلهٔ معاینات پزشکی این امر را احراز نمود مانند موردی که زوجه باکره بوده و نزدیکی از دبر هم واقع نشده باشد نمیتوان باستناد خلوت کردن، حکم باستقرار تمامی مهر برای زن نمود.

کلمهٔ نزدیکی اگر چه ظاهر در رابطهٔ جنسی از طریق معتاد است، ولی بدستور ماده «۳» آئین دادرسی مدنی که در صورت اجمال بروح قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم رجوع میشود، باید طبق نظر عرف مسلم رفتار نمود. و عرف مسلم مذهب امامیه بر آنست که نزدیکی از دبر نیز موجب استقرار مهر میشود.

مهر المسمی در مورد فسخ نکاح

اشاره

فسخ اگر چه مانند طلاق موجب انحلال نکاح میشود، ولی طبیعت حقوقی آمد و متفاوت و وضعیت مهر در آن دو یکسان نمیباشد، بدین جهت در مبحث جداگانه بیان گردید.

بدستور ماده «۱۱۰۱» ق. م: «هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی بجهتی فسخ شود، زن حق مهر ندارد مگر در صورتی که موجب فسخ عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است». چنانکه از ماده بالا معلوم میگردد در مورد فسخ نکاح مانند طلاق نیز دو صورت فرض میشود که ذیلا بیان میگردد:

اول – مهر در مورد فسخ نکاح قبل از نزدیکی

اشاره

در صورتی که بجهتی از جهات شوهر یا زن قبل از آنکه نزدیکی واقع شود، نکاح را

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۳

فسخ نماید، زن حق مهر ندارد، زیرا جنبهٔ معاوضی که نکاح نسبت بمهر دارد، ایجاب مینماید که حکم قاعده فسخ عقد معاوضی که برگشت هر یک از عوضین بمالک قبل از فسخ باشد در آن جاری گردد. بنابراین چون نزدیکی بین زوجین که یکی از عوضین محسوب میشود بعمل نیامده است، عوض در نکاح موجود شناخته میشود، لذا هرگاه مهر که عوض دیگر است کلی و مورد تعهد شوهر بوده ساقط میگردد و هرگاه عین معین بوده بملکیت شوهر عودت می‌یابد.

در صورتی که مهر در ملکیت زن موجود نباشد او بدل آن را از مثل یا قیمت، بشوهر میدهد.

قاعدهٔ عودت هر یک از عوضین در اثر فسخ بمالک قبل از عقد، ماده مخصوصی ندارد و از ماده «۲۸۶» ق. م استنباط میگردد. ماده «۲۸۶» ق. م: «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت بجای آن چیزی که تلف شده است مثل آن، در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمتی بودن داده میشود». آنچه در طلاق قبل از نزدیکی گفته شد که زن مستحق نصف مهر است بر خلاف قاعده و استثناء میباشد.

بعضی از فقهاء بر آنند که چنانچه فسخ در اثر یکی از عیوب زن، از طرف شوهر بعمل آید، زن مستحق نصف مهر خواهد بود، زیرا فسخ از طرف شوهر مانند طلاق قبل از نزدیکی میباشد و در طلاق قبل از نزدیکی زن مستحق نصف مهر است. بطلان نظریه مزبور با توجه بآنکه عودت نصف مهر بملکیت شوهر در طلاق قبل از نزدیکی مبتنی بر آیهٔ شریفه و استثناء از قاعده است و آنکه طبیعت

فسخ غیر از طلاق میباشد، مسلم است و نمیتوان آن دو را قیاس بیکدیگر نمود. بنابراین در فسخ نکاح طبق قاعده هر یک از عوضین بمالک قبل از عقد عودت می‌یابد.

استثناء-

چنانکه ماده «۱۱۰۱» ق. م تصریح مینماید در صورتی که نکاح بوسیله زن بسبت عنن فسخ شود او مستحق نصف مهر المسمی خواهد بود. استثناء مزبور از قاعده در حقوق امامیه مبتنی بر روایات متعدده میباشد. ابو علی در مورد نامبرده بر آنست که زن در اثر فسخ مستحق تمامی مهر خود است. نظریه مزبور مبتنی بر آنست که زن در اثر خلوت نمودن با شوهر خود و آزمایشی که از طرف شوهر شده تا زن دانسته

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۴

است که او مبتلا بعنن میباشد موجب استقرار مهر میگردد.

دوم- مهر در مورد فسخ نکاح بعد از نزدیکی

اشاره

در صورتی که نکاح پس از نزدیکی زوجین بجهتی از جهات از طرف زن یا شوهر فسخ شود، او مستحق تمامی هر خود خواهد بود، زیرا مهر بسب نکاح بملکیت زن در آمده و در اثر نزدیکی تمامی آن در ملکیت زن مستقر شده است. مادهٔ در این امر موجود نیست ولی از توجه بمادهٔ «۱۰۸۲» ق. م که بمجرد عقد زن را مالك مهر خود میداند و آنکه ماده «۱۱۰۱» ق. م فقط در مورد فسخ نکاح قبل از نزدیکی زن را از مهر محروم داشته است، استنباط میشود که در مورد فسخ نکاح پس از نزدیکی زن مستحق تمامی مهر خود میباشد.

اشکال شده است که طبق قاعده در اثر فسخ عقد، هر یک از عوضین بمالك قبل از عقد بر میگردد و چنانچه یکی از آن دو تلف شده باشد بدل بمالك آن داده میشود. بنابراین باید در مورد فسخ نکاح پس از نزدیکی مهر المسمی بشوهر بر گردد و او در عوض مهر المثل بزن بپردازد، زیرا نزدیکی که استیفاء بضع از طرف شوهر است در حکم اتلاف معوض شناخته میشود و او ملزم است بدل آن را که مهر المثل است بزن بدهد. اشکال مزبور اگر چه از نظر اجراء قاعده وارد است، ولی با توجه بوجود استصحاب ملکیت زن نسبت بمهر المسمی و روایات مخصوص در مورد، قاعدهٔ حقوقی قابل توجیه میباشد.

شیخ در مبسوط بر آنست که چنانچه نکاح در اثر عیبی که بعد از نزدیکی بوجود آمده فسخ گردد (مانند جنون و عنن حاصل بعد از عقد که زن میتواند نکاح را فسخ بنماید) زن مستحق تمامی مهر المسمی خواهد بود، زیرا ملکیت مهر المسمی برای زن بوسیلهٔ نزدیکی مستقر شده است، و هرگاه نکاح در اثر عیبی که در زمان نزدیکی مخفی بوده است فسخ شود، اعم از آنکه عیب مزبور قبل از عقد موجود بوده یا بعد از آن حادث شده باشد، زن مستحق مهر المسمی نخواهد بود، زیرا موارد مزبور مانند موردیست که در حقیقت نکاح منحل یا بهتر گفته شود باطل بوده است. قول شیخ ضعیف بنظر میرسد، زیرا با آنکه نکاح صحیح واقع شده است وزن در اثر آن مالك مهر المسمی گردیده و بوسیلهٔ نزدیکی مالکیت او تثبیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۵

گردیده است و فسخ هم اثر قهقرائی نمینماید، فرض بطلان نکاح بر خلاف قاعده میباشد، بدین جهت نظریهٔ مزبور در بین فقهای امامیه پیروانی پیدا ننموده است.

تبصره 1- در صورتی که نکاح از طرف شوهر بدستور ماده «1128» ق. م در اثر تخلف وصف فسخ گردد

و یا آنکه در اثر خیار تدلیس فسخ شود و شوهر بسبب آن متضرر گردد، کسی که موجب اغراء بجهل شوهر بوده مسئول خسارت او میباشد. مانند آنکه پدر دختر یا شخص دیگری وجود اوصافی را در دختر برای شوهر بگوید و شوهر باعتماد وجود آن اوصاف با دختر ازدواج نماید. مثلاـ پدر دختر یا شخص دیگری که واسطهٔ در نامزدی است بشوهر بگوید که زن دارای معلومات عالیه یا صدای دلنوازی است یا دارائی زیادی دارد و مرد باعتبار آن اوصاف اقدام بنکاح او کند و پس از نزدیکی معلوم گردد که زوجه فاقد اوصاف مزبور است و شوهر باستناد خیار تدلیس نکاح را فسخ نماید. همچنین است هرگاه اوصافی را برای زن در عقد شرط قرار دهند یا عقد مبتنی بر آن واقع شود و پس از نزدیکی معلوم گردد که زن فاقد آنست، چنانچه در عقد شرط بکارت زن بشود و بعد از نزدیکی معلوم گردد که ثیبه بوده است و زوج نکاح را باستناد آن فسخ کند، کسی که زوج را در نکاح مزبور اغراء بجهل نموده باید خسارات او را که من جمله مهر پرداختی بزوجه است بپردازد. در مسئولیت کسی که موجب اغراء بجهل شوهر شده است فرق نمینماید که خود زن باشد یا دیگری، زیرا طبق قاعده تسبب مذکور در ماده «۳۳۰» ق. م و قاعدهٔ عقلی مشهور (المغرور یرجع الی من غره) کسی که موجب خسارت دیگر گردد باید آن را بپردازد.

بنابر آنچه گذشت در مورد اغراء بجهل، زوج پس از تأدیه مهر بزوجه، میتواند آن را از اغراءکننده مطالبه نماید و قبل از آن حق مطالبه ندارد، زیرا هنوز زیانی باو نرسیده است تا جبران آن را بخواهد. بعضی از حقوقیین امامیه با نظریه مطالبه مهر پرداختی بزن از اغراءکننده در موردی که نزدیکی بعمل آمده باشد مخالفت نموده و بر آنند که چنانچه زوج مهر پرداختی را از اغراءکننده بتواند دریافت دارد، تمتعی که او در اثر نزدیکی با زن برخوردار شده است بی‌عوض خواهد ماند، با آنکه روایات عدیده آن را بدون عوض نگذارده‌اند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۶

عده‌ای از حقوقیین امامیه اشکال مزبور را چنین رد نموده‌اند که هرگاه مهر المسمی پرداختی از طرف شوهر بزن بیش از مهر المثل آن زن باشد، آنچه بمقدار مهر المثل است بعهدهٔ شوهر میباشد و اضافه بر مهر المثل را او از اغراءکننده بعنوان خسارت مطالبه خواهد نمود.

تبصره- 2- در صورتی که کسی موجب انحلال نکاح بین زوجین گردد،

باید شخص مزبور آنچه را که زوج بعنوان مهر بزوجه پرداخته بزوج بدهد. چنانکه در رضاع گذشت هرگاه زوجه کبیره، زوجهٔ صغیرهٔ شوهر خود را شیر دهد، موجب انحلال نکاح خود و زوجه صغیره میباشد. و چون زوجهٔ کبیره سبب انحلال نکاح گردیده است خسارت شوهر را که مهر زوجه صغیره است عهده‌دار خواهد بود و نسبت بمهر خود، چون او موجب تفویت آن شده است حق مطالبهٔ آن را از شوهر نخواهد داشت.

شیخ بر آنست که چنانچه زوجهٔ کبیره زوجه صغیره را شیر دهد، زوجهٔ صغیره مستحق نصف مهر المسمی خواهد بود، زیرا انحلال نکاح قبل از نزدیکی است و آن موجب تنصیف مهر المسمی میباشد. در این صورت چنانچه زوجهٔ کبیره با توجه بنتایج امر، زوجه صغیره را شیر داده باشد مسئول نصف مهر مزبور خواهد بود و الا چنانچه زوجه کبیره برای نیکی بزوجه صغیره او را شیر داده است مسئول آن نمیباشد و مورد مزبور را تشبیه بموردی نموده است که کسی در زمین خود چاهی بکند و دیگری غفلتاً در آن بیفتد و هلاک شود که شخص مزبور هیچ‌گونه حقی بر مالک زمین ندارد. شهید در مسالک نظریه شیخ را رد نموده و بر آنست که بین موردی که زوجهٔ کبیره با توجه بنتایج شیر دادن، زوجه صغیره را شیر دهد و بین موردی که برای نیکی بصغیره باو شیر دهد فرقی ندارد، زیرا در هر دو صورت زن شیر دهنده تفویت بضع بر شوهر نموده است و عوض آن را که مهر است باید بدهد و فرق بین مورد شیر دادن و کندن چاه از طرف مالک در زمین خود و افتادن دیگری در آن بسیار است، زیرا افتادن مالک زمین در اثر کندن

چاه در آن، مالی را اتلاف ننموده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۷

مهر المسمی در مورد فوت

در صورتی که یکی از زوجین فوت نمایـد، نکـاح منحل میگردد و زن مسـتحق مهر المسـمای خود است، خواه نزدیکی بعمل آمـده باشـد یا بعمل نیامـده باشـد، زیرا زن در اثر نکاح مسـتحق مهر المسـمی گردیـده و فوت موجب تغییر آن وضـعیت نمیگردد. عودت نصف مهر در مورد طلاق قبل از نزدیکی بر خلاف قاعده بدستور ماده «۱۰۹۲» ق. م میباشد. بعضی از فقهاء حکم طلاق را در مورد فوت یکی از زوجین قبل از نزدیکی جاری کرده‌اند، مخصوصاً در فوت زن بر این امر اصرار نموده‌اند.

قسم دوم- نکاحی که در آن مهر قرار داده نشده یا نکاح مفوض

اشاره

چنانکه گـذشت نکاح دائم از عقود معوضه نمیباشـد که هرگاه مهر در او ذکر نشود و یا مهر باطل باشـد، نکاح منعقـد نگردد، بلکه نکاح دائم عقدی است که دارای دو جنبهٔ اجتماعی و مالی میباشد که از نظر فنی باعتبار هر یک از آن دو اصول و قواعد مربوط بآن رعایت میشود. جنبهٔ مالی عقـد نکاح دائم بسـتگی فرعی نسبت به جنبهٔ اجتماعی آن دارد و بدین جهت است که هرگاه مهر در آن قرار داده نشود عقد باطل نمیباشد. بنابراین ممکن است نکاح بدون مهر منعقد گردد که آن را اصطلاحاً نکاح مفوضه نامند.
دختری که هیجـده سال تمام دارد و از تحت ولایت خارج شـده است میتواند بنکاح مفوضه در آید، ولی چنانچه دختر تحت ولایت و قیمومت باشـد ماننـد دختر پانزده سالهٔ که میتواند از نظر داشـتن قابلیت صـحی ازدواج کند، ولی یا قیم نمیتواند با نکاح مفوضهٔ او موافقت نمایـد، زیرا در نکاح مفوضه مهر معین نشـده و آن بر خلاف غبطه مولی علیه است، همچنانی که ولی و قیم نمیتواننـد نکاح کمتر از مهر المثل را اجازه دهند. همچنین است در موردی که ولی یا قیم زن مجنونی را بشوهر میدهند.
ماده «۷۹» ق. امور حسبی: «قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید».
نکاح مفوض یا نکاحی که در آن مهر قرار داده نمیشود، ممکن است بیکی از دو صورت منعقد گردد:
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۸

۱- نکاح مفوضهٔ البضع

اشاره

نکاح مفوضهٔ البضع نکاحی است که در آن مهر ذکر نشده باشد و یا زوجین قرار داده باشند که نکاح بدون مهر واقع شود.
بدستور قسمت اول ماده «۱۰۸۷» ق. م: «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شـرط شده باشد، نکاح صـحیح است و طرفین میتوانند بعد از عقد هر را بتراضـی معین کنند و اگر قبل از تراضـی بر مهر معین، بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهر المثل خواهـد بود». منظور از مهری که شـرط عدم آن در نکاح میشود مهر المسـمی میباشد و الا چنانچه در نکاح مهر معین نشود و شـرط کنند که در اثر نزدیکی نیز زوجه مسـتحق مهر- المثل نگردد، شرط مزبور باطل خواهد بود، زیرا استحقاق مهر المثل در اثر نزدیکی حکم قـانونی و از قوانین آمره است و شـرط عـدم اسـتحقاق آن، شـرط نامشـروع و طبق شق «۳» ماده «۲۳۲» ق. م باطل میباشـد. در بطلان شـرط مزبور خلافی بین فقهای امامیه نیست. اما نسبت بنکاحی که در آن شرط مزبور قرار داده شده، عده‌ای بر آنند که نکاح

صحیح است، زیرا شرط مزبور از شرایط مفسد عقد نمیباشد، ولی مشهور بالعکس، بر آنست که عقد نکاح نیز باطل است، زیرا مهر مقتضای عقد نکاح است، اگر چه در عقد ذکر نشود و شرط عدم آن شرط خلاف مقتضای عقد میباشد. آنچه بنظر میرسد شرط مزبور خلاف مقتضای عقد نکاح نمیباشد، زیرا مقتضای عقد نکاح زوجیت است نه مهر، بدین جهت مفسد عقد نکاح نخواهد بود.
در صورتی که در نکاح مهر قرار داده نشده باشد، زوجین میتوانند پس از عقد تعیین آن را بداوری مراجعه کنند و میتوانند مهر را بتراضی تعیین نمایند، زیرا چنانکه در عقد نکاح ابتداء میتوانستند هر مقداری بخواهند مهر قرار دهند، پس از نکاح نیز میتوانند بهر مقداری توافق کنند. قانون حدی را برای مهر در نظر نگرفته است. قسمت دوم ماده «۱۰۸۷» ق. م میگوید: «... طرفین میتوانند بعد از عقد مهر را بتراضی معین کنند ...».
زوجین چنانکه پس از نکاح در مقدار مهر توافق نمودند و آن را معین کردند ملزمند
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۱۹
طبق آن عمل کنند و هیچیک نمیتواند از آن رجوع نماید. نکاح مزبور پس از تعیین مهر، مانند نکاحی خواهد بود که مهر در آن ذکر شده باشد. بنابراین پس از تعیین مهر چنانچه آن عین باشد بملکیت زوجه داخل میگردد و میتواند در آن تصرف مالکانه بنماید و هرگاه کلی باشد زن میتواند آن را از شوهر بخواهد، مگر آنکه برای تأدیهٔ آن اجلی قرار داده شده باشد، همچنانی که زن میتواند شوهر را ابراء و یا مهر را بدیگری واگذار کند.
بنظر میرسد که هرگاه زن قبلا وظایف زناشوئی را انجام نداده است، پس از تراضی بمهر بتواند از ایفاء آن امتناع نماید تا مهر باو تسلیم شود و همچنین شوهر بتواند از تسلیم مهر امتناع کند تا زن بوظایف زناشوئی قیام نماید.

اول- مهر در نکاح مفوضهٔ البضع بعد از نزدیکی

اشاره

در صورتی که قبل از تعیین مهر از طرف زوجین نزدیکی بین آنها واقع شود، زوجه مستحق مهر المثل خواهد بود، زیرا در عقد مزبور چنانکه قسمت سوم ماده «۱۰۸۷» ق. م تصریح مینماید، زن در اثر نزدیکی مستحق مهر المثل میگردد. این امر نزد فقهای امامیه اجماعی است. قسمت سوم ماده «۱۰۸۷» ق. م میگوید: «... اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهر المثل خواهد بود» و میتواند آن را از شوهر مطالبه و دریافت دارد.
تبصره- مهر المثل مهر المثل عبارت از مقدار مالی است که بعنوان مهر برای امثال و اقران زن مزبور در نکاح معین میگردد. در تعیین مهر المثل وضعیت طبیعی زن از حیث زیبائی، سن، بکارت، سلامت مزاج و عقل و همچنین وضعیت اجتماعی او از حیث دانش، ادب، عفت، تمول و موقعیت خانوادگی در نظر گرفته میشود. بالجمله در تعیین مهر المثل آنچه مورد رغبت و تمایل در ازدواج با زن است مورد توجه قرار میگیرد. در این امر زمان و مکان را نباید از نظر دور داشت، زیرا مقدار مهر المثل باعتبار ازمنه و امکنه چنانکه مشهود است متفاوت میباشد. مشهور فقهای امامیه بر آنند که مهر المثل نباید از مهر السنه، یعنی
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۰
پانصد درهم تجاوز بنماید. دعوی اجماع بر این امر از طرف بسیاری از فقهاء شده است. آنچه بنظر میرسد آنست که تحدید مهر المثل تا پانصد درهم موردی ندارد، زیرا مستند اینان اطلاق نصوص است که حمل بر مورد غیر مهر المثل میتوان نمود، بدین جهت بعض از فقهاء مانند شهید ثانی و بعضی متأخرین در محدودیت آن تردید نموده و برخی فتوی بعدم محدودیت آن داده‌اند.
قانون مدنی در ماده «۱۰۹۱» از نظر اخیر پیروی نموده و محدودیتی برای مقدار مهر المثل قرار نداده است. ماده «۱۰۹۱» ق. م: «برای تعیین مهر المثل باید حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت با ماثل و اقران و اقارب و همچنین

معمول محل و غیره در نظر گرفته شود».

1- مهر در مورد طلاق بعد از نزدیکی-

در صورتی که در نکاح مفوضهٔ البضع قبل از تعیین مهر و پس از نزدیکی زوجه مطلقه شود، مستحق مهر المثل خواهد بود، زیرا در اثر نزدیکی، زن استحقاق به مهر المثل پیدا نموده و موجبی برای تغییر آن نیست. اینست که مادهٔ «۱۰۹۳» ق. م میگوید: «هرگاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد، زن مستحق مهر المتعه است و اگر بعد از آن طلاق دهد، مستحق مهر المثل خواهد بود».

2- مهر در مورد فسخ نکاح بعد از نزدیکی-

در صورتی که در نکاح مفوضهٔ البضع قبل از تعیین مهر و پس از نزدیکی نکاح بجهتی از جهات فسخ گردد، زن مستحق مهر المثل میگردد، زیرا در اثر نزدیکی زن مستحق مهر المثل شده است و فسخ نکاح تغییری در آن نمیدهد. مفهوم ماده «۱۱۰۱» ق. م این امر را تأیید مینماید. ماده «۱۱۰۱» ق. م: «هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی بجهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است».

3- مهر در مورد فوت یکی از زوجین-

در صورتی که در نکاح مفوضهٔ البضع قبل از تعیین مهر و بعد از نزدیکی، یکی از زوجین فوت نماید، زن مستحق مهر المثل خواهد بود،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۱

زیرا نزدیکی سبب استحقاق زن نسبت بمهر المثل شده است و فوت یکی از زوجین در آن تغییری نمیدهد. بنابراین چنانچه شوهر بمیرد بمقدار مهر المثل از ترکهٔ او بزن داده میشود و هرگاه زن بمیرد، شوهر باید پس از کسر کردن سهم خود بقیه مهر المثل را بورثه دیگر زن بدهد.

دوم- مهر در انحلال نکاح مفوضهٔ البضع قبل از نزدیکی

اشاره

در صورتی که در نکاح مفوضهٔ البضع قبل از نزدیکی بجهتی از جهات نکاح منحل گردد بطریق ذیل عمل میشود:

1- مهر در مورد طلاق قبل از نزدیکی-

اشاره

بدستور ماده «۱۰۹۳» ق. م: «هرگاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد، زن مستحق مهر المتعه است و اگر بعد از آن طلاق دهد مستحق مهر المثل خواهد بود».

تبصره- مهر المتعه

و آن عبارت از چیزی است که دارای ارزش مالی میباشد و در نکاح مفوضهٔ البضع بعنوان مهر بزن مطلقه‌ای که نزدیکی با او واقع نشده داده میشود.

مانند ساعت، گلوبند، گوشواره و امثال آن. دادن مهر المتعه برای جبران توهینی است که نسبت بزن در اثر طلاق قبل از نزدیکی حاصل شده است. قانون مدنی در ماده «۱۰۹۴» میگوید: «برای تعیین مهر المتعه حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه میشود». قول مزبور مطابق با ظاهر آیه و نصوص است و دعوی اجماع بر آن نیز شده است. بعض از فقهاء بر آنند که در تعیین مهر المتعه حال مرد و زن رعایت خواهد شد و مستند آن روایت است. شافعی بر آنست که متعه بعوض مهر بزن مطلقه داده میشود، بنابراین باید در تعیین متعه وضعیت طبیعی و اجتماعی زن مورد نظر قرار گیرد، چنانکه در مهر المثل گذشت.

صاحب شرایع که وضعیت مرد را ملاک تعیین متعه قرار داده برای هر یک از شوهر غنی و متوسط و فقیر اشیائی را بعنوان مثال ذکر کرده است، چنانکه برای شوهر غنی ده دینار و شوهر متوسط پنج دینار و شوهر فقیر یک دینار تعیین کرده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۲

2- مهر در مورد فسخ نکاح قبل از نزدیکی-

در صورتی که نکاح مفوضهٔ البضع قبل از نزدیکی و تعیین مهر بجهتی از جهات در اثر فسخ منحل شود، زوجه حقی بر زوج ندارد، زیرا نکاح بدون مهر تحقق یافته و نزدیکی که موجب استحقاق زن نسبت بمهر المثل گردد واقع نشده است. وحدت ملاک ماده «۱۱۰۱» ق. م این امر را تأیید مینماید. ماده «۱۱۰۱» ق. م: «هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی بجهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است». چنانکه از اطلاق ماده استنباط میشود فرقی نمینماید که فسخ از طرف شوهر شده باشد یا از طرف زن.

3- مهر در مورد فوت یکی از زوجین-

در صورتی که در نکاح مفوضهٔ البضع یکی از زوجین قبل از تعیین مهر و نزدیکی بمیرد، زوجه هیچ‌گونه حقی بعنوان مهر نخواهد داشت، زیرا نکاح بدون مهر منعقد شده و نزدیکی هم که موجب استحقاق مهر المثل گردد بعمل نیامده است و متعه هم بر خلاف قاعده طبق ماده منحصر بطلاق قبل از نزدیکی میباشد. وحدت ملاک ماده «۱۱۰۱» ق. م این امر را تأیید مینماید. در این امر فرقی نمینماید که شوهر بمیرد یا زن.

۲- نکاح مفوضهٔ المهر -

اشاره

نکاح مفوضهٔ البضع نکاحی است که اختیار تعیین مهر بعهده یکی از زوجین یا شخص ثالث گذارده شده است. نکاح مفوضهٔ المهر صحیح است، زیرا چنانکه گذشت ذکر مهر در نکاح دائم شرط صحت آن نمیباشد، لذا زوجین ضمن عقد نکاح میتوانند اختیار تعیین آن را بیکی از طرفین یا شخص ثالث واگذارند. ماده «۱۰۸۹» ق. م میگوید: «ممکن است اختیار تعیین مهر بشوهر یا شخص ثالثی داده شود. در این صورت شوهر یا شخص ثالث میتواند مهر را هر قدر بخواهد معین کند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۳

کسی را که زوجین برای تعیین مهر ضمن عقد نکاح انتخاب مینمایند داور در این امر است و هیچ‌یک از زوجین بتنهائی نمیتواند او را از سمت خود عزل بنماید، ولی میتوانند در این امر توافق نموده و دیگری را بجای او انتخاب کنند، همچنانی که میتوانند کسی را تعیین ننمایند در این صورت نکاح مزبور در نکاح مفوض البضع خواهد بود. زوجین میتوانند در مقدار مهر توافق و آن را خود تعیین نمایند، زیرا تعیین مقدار مهر از حقوق زوجین و بسته باراده آنان میباشد.

داورها ممکن است یک یا چند نفر باشند. در صورت اخیر زوجین میتوانند بتوافق آنها را معین نمایند و میتواند هر یک از زوجین، یک نفر داور اختصاصی و هر دو متفقاً یک نفر داور ثالث انتخاب کنند که مقدار مهر را باتفاق یا باکثریت تعیین نمایند.

زوج یا شخص ثالث یا داورهای متعدد که برای تعیین مقدار مهر انتخاب شده‌اند، میتواند هر چیزی که ارزش مالی دارد، اگر چه ناچیز هم باشد مهر زوجه قرار دهد، زیرا زوجین بآنها اختیار مطلق داده‌اند، همچنانی که اشخاص مزبور میتوانند مال پرارزشی را تعیین نمایند.

ولی بدستور ماده «۱۰۹۰» ق. م: «اگر اختیار تعیین مهر بزن داده شود زن نمیتواند بیشتر از مهر المثل معین نماید».

فقهاء بر آنند که هرگاه زوجه داور در تعیین مهر خود باشد نمیتواند از مهر السنه که پانصد درهم است تجاوز نماید و این امر اجماعی بین فقهای امامیه است. قانون مدنی حد اکثر آنچه را که زوجه میتواند بعنوان داور مهر خود قرار دهد مهر المثل است. باری چنانچه زوجه کمتر از مهر المثل یا بمقدار آن معین نماید حکم زوجه نافذ است و هرگاه بیشتر معین کند و زوج آن را بپذیرد مانند آنست که توافق در تعیین مقدار مهر نموده‌اند (وحدت ملاک ماده «۱۰۸۷» ق. م) و زوج نیز میتواند آن را نپذیرد هرگاه دعوی مزبور بدادگاه رجوع شود، دادگاه باستناد ماده «۱۰۹۰» ق. م تا مقدار مهر المثل آن را تقلیل میدهد.

پس از توافق در تعیین مهر یا تعیین آن از طرف داور (یا یکی از زوجین یا شخص ثالث یا اشخاص دیگر) نکاح از وضعیت مفوضهٔ المهر خارج شده تابع مقررات نکاحی خواهد بود که مهر در آن ذکر شده باشد. بدین جهت چنانکه پس از تعیین مهر بتوافق زوجین یا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۴

از طرف داور، زوج زوجهٔ خود را طلاق دهد بدستور ماده «۱۰۹۲» ق. م عمل میشود. ماده «۱۰۹۲» ق. م: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلا داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلًا یا قیمتاً استرداد کند». و هرگاه زوج پس از نزدیکی زوجه را طلاق دهد تمامی مهر را خواهد پرداخت و هرگاه نکاح فسخ گردد بدستور ماده «۱۱۰۱» ق. م عمل میشود.

ماده «۱۱۰۱» ق. م: «هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی بجهتی فسخ شود، زن حق مهر ندارد مگر در صورتی که موجب فسخ عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است».

در صورتی که زوج قبل از تعیین مهر از طرف داور، زوجه خود را طلاق دهد یا نکاح فسخ گردد و یا یکی از زوجین فوت نماید، داور پس از انحلال نکاح مهر را معین خواهد نمود، زیرا داوری مطلق بوده است و انحلال نکاح آن را زائل نمینماید.

قانون مدنی حکم موردی را که داور از تعیین مهر امتناع نماید و یا قبل از تعیین آن بمیرد ساکت گذارده است. از نظر قضائی نظر بوحدت ملاک ماده «۶۳۹» قانون آئین دادرسی مدنی باید گفته شود که داوری ساقط میشود. ماده «۶۳۹» قانون آئین دادرسی مدنی:

«هرگاه ضمن معامله یا بر حسب قرارداد علی‌حده طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آنها شخص معینی داوری نماید و آن شخص نخواهد یا نتواند بعنوان داوری رسیدگی کند، رسیدگی باختلاف راجع بدادگاه صلاحیت‌دار خواهد بود، مگر آنکه تراضی بداوری دیگری شود».

بعضی از فقهاء بر آنند که نکاح مزبور مانند نکاح مفوضهٔ البضع در می‌آید. بنابراین چنانچه قبل از نزدیکی زوجه طلاق داده شود او مستحق مهر المتعه خواهد بود و هرگاه پس از نزدیکی طلاق داده شود مهر المثل از شوهر خود خواهد گرفت.

بسیاری از فقهای امامیه بر آنند که چنانچه زن طلاق داده شود و داور قبل از دادن رأی بمیرد، در صورتی که نزدیکی بعمل آمده است زن مستحق مهر المثل خواهد بود هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۵

مقدار آن از مهر السنة (پانصد درهم) تجاوز ننماید، مخصوصاً در موردی که خود زوجه داور باشد.

اما در صورتی که طلاق قبل از نزدیکی باشد، زن مستحق متعه خواهد بود و مانند نکاح مفوضة البضع نمیشود تا حقی بر شوهر نداشته باشد، زیرا زن خود را مجاناً تسلیم شوهر ننموده و مهری هم در عقد معین نشده است و مهر المثل نیز مورد ندارد، چون زن در اثر نزدیکی مستحق مهر المثل میشود و حال آنکه طلاق قبل از نزدیکی واقع شده است، بنابراین طبق روایت صحیح محمد بن مسلم او مستحق متعه خواهد بود.

مسئلة- ۱- اسقاط مهر در نکاح مفوضه-

در نکاح مفوضة البضع زن نمیتواند قبل از استحقاق بمهر المثل یا مهر المتعه شوهر خود را بری نماید، همچنانی که در نکاح مفوضة المهر نمیتواند قبل از تعیین آن از طرف داور شوهر را بری کند، زیرا ابراء اسقاط دین است و قبل از پیدایش دین اسقاط موردی نخواهد داشت و اسقاط دینی که بعداً موجود میگردد معقول نمیباشد، چون زن در نکاح مفوضة البضع بسبب نزدیکی مستحق مهر المثل میشود، همچنانی که بسبب طلاق قبل از نزدیکی مستحق متعه میگردد و در نکاح مفوضة المهر زن مستحق مهر پس از تعیین آن از طرف داور میگردد. بنظر میرسد که استدلال تمام نباشد، زیرا منشأ استحقاق زن بمهر بوسیلهٔ نکاح موجود میشود، ولی مقدار آن بعداً معلوم میگردد.

مسأله- ۲- حق خودداری زن از تمکین در نکاح مفوضه-

چنانکه گذشت، نکاح از نظر جنبهٔ مالی که در بر دارد، تا آنجائی که منافات با جنبهٔ اجتماعی آن نداشته باشد، تابع مقررات عقد معاوضی خواهد بود، اگر چه مهر در عقد ذکر نشده باشد.

بنابراین با انعقاد نکاح مفوضه، سبب تملك مهر برای زوجه ایجاد میگردد، بدین نحو که در مفوضهٔ البضع، زوجه پس از نزدیکی مستحق مهر المثل میشود و در صورت طلاق قبل از نزدیکی مستحق متعه میگردد، همچنانی که در مفوضهٔ المهر زن پس از تعیین مهر از طرف داور، استحقاق بآن پیدا مینماید. این است که میتوان گفت منشأ استحقاق زن بمهر در نکاح مفوض، با انعقاد نکاح موجود میگردد، لذا زن میتواند پس از عقد نکاح، مطالبهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۶

تعیین مهر خود را بنماید، تا مقداری را که در اثر نزدیکی یا طلاق یا فوت مستحق میگردد بداند.

ایراد نشود که با موافقت زن بازدواج بدون مهر چگونه حق مطالبهٔ تعیین مهر را خواهد داشت. زیرا در پاسخ گفته میشود که رضایت زن بنکاح مفوضه از نظر عدم ذکر مهر در عقد بوده، نه آنکه بطور مطلق مهر نخواسته باشد و الا چنانکه گذشت شرط عدم مهر در نکاح باطل و بلا اثر است. بنابراین زن در نکاح مفوضه، خواه مفوضهٔ البضع باشد و خواه مفوضهٔ المهر، میتواند امتناع از تمکین نماید تا مهر او معین شود.

عده‌ای از فقهای عامه و خاصه تذکر داده‌اند که زوجه مفوضه میتواند امتناع از تمکین بنماید تا مهر او تعیین شود و همچنین میتواند پس از تعیین، امتناع از تمکین کند تا مهر باو تسلیم گردد. بعبارت دیگر پس از آنکه از نظر تحلیلی مسلم گردید که نکاح باعتبار جنبهٔ مالی که دارا میباشد تابع مقررات عقود معاوضی است اگر چه نکاح مفوضه باشد، ناچار باید بر آن بود که هر یك از طرفین بتواند امتناع از تسلیم مورد بنماید تا طرف دیگر عوض آن را تسلیم کند. حکم ماده «۱۰۸۵» ق. م (راجع بحق امتناع زن از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد تا مهر خود را دریافت کند) اگر چه در مورد نکاحی است که در آن مهر ذکر شده، ولی از نظر

وحـدت ملاـک بـا توجه بتحلیـل عقلی که از طبیعت حقوقی نکـاح بعمـل آمـده، حکـم مـادهٔ مزبور در مورد نکاح مفوضه نیز جاری میگردد. بنظر میرسـد که اتخـاذ نظر خلاـف و نـدادن حق حبس بزن در نکـاح مفوضه، دور از انصاف قضائی و روش تحلیل حقوقی میباشد.

تبصره – مهر در نزدیکی بشبهه

اشاره

نزدیکی بشـبهه عبـارت از نزدیکی است بین زن و مرد که بتصور وجود رابطـهٔ زوجیت بعمـل می‌آیـد و حال آنکه در حقیقت رابطهٔ زوجیت موجود نمیباشد. خواه جهل آنان نسبت بموضوع باشد، مانند آنکه کسی با زنی بتصور آنکه با او نسبتی ندارد ازدواج نماید و نزدیکی کند و سپس معلوم گردد که خواهر رضاعی زن او است، و یا آنکه جهل آنان نسبت بحکم باشد، مانند آنکه کسی بدون دانسـتن حکم قـانونی بطلاـن نکـاح بـا زنی که قبلا در زمان شوهرداریش با او نزدیکی نموده است، پس از انحلال نکاح مزبور با او ازدواج نماید و نزدیکی کند.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۷
شبهه ممکن است از ناحیهٔ طرفین باشد و ممکن است از طرف زن و یا از طرف مرد باشد.
زنی که در حال جهل بحرمت با او نزدیکی شود، مستحق مهر المثل میگردد. مادهٔ «۱۰۹۹» ق. م میگوید: «در صورت جهل زن بفساد نکاح و وقوع نزدیکی زن مسـتحق مهر المثل است». زیرا جهل زن بحرمت رابطـهٔ جنسـی، نقصـی را که در اثر نبودن رابطـهٔ زوجیت بوجود آمده است جبران نموده، بنابراین مردی که از نزدیکی با او متمتع شده است باید عوض آن را که مهر المثل است بزن بدهد. چنانکه از مادهٔ بالا فهمیده میشود مدار اسـتحقاق زن نسبت بمهر المثل در نزدیکی بشـبهه، جهل او بحرمت نزدیکی میباشد، زیرا در اثر عمـل مزبور دامن عفت زن لکه دار نشـده و چنین وضـعیتی در حکم نزدیکی بنکاح صـحیح است که موجب پرداخت مهر المثل میگردد. در این امر فرقی نمینمایـد که مرد جاهل و یا عالم بحرمت نزدیکی باشد، زیرا جهل و علم او تأثیر در اسـتحقاق زن نخواهد داشت. هرگـاه مردی بـا زنی نزدیکی نمایـد و زن عـالم بحرمت نزدیکی او باشـد، مسـتحق چیزی نخواهـد بـود، اگر چه مرد جـاهل بحرمت آن است، زیرا نزدیکی نسـبت بزن زنا میباشـد و برای رابطـهٔ زنا قانون احترامی نشـناخته تا مسـتحق عوض آن گردد. بعبارت دیگر زنا ممنوع است و برای امر ممنوع عوضی نیست.
در صورتی که در نکاح باطل، نزدیکی با زن بعمل نیامـده باشـد زن حقی بر مرد نـدارد، اگر چه مهر در عقـد قرار داده شـده باشـد. ماده «۱۰۹۸» ق. م میگویـد: «در صورتی که عقـد نکـاح اعم از دائم یا منقطع باطل بوده و نزدیکی واقع نشـده، زن حق مهر نـدارد و اگر مهر را گرفته شوهر میتوانـد آن را استرداد نمایـد». زیرا عقـد نکاح باطل بوده و مهری که در آن قرار داده شـده امر فرعی و تابع عقد است.

مسأله- 1- در صورتی که در مدت عده طلاق یا فسخ نکاح، شوهر با زن سابق خود بشبهه نزدیکی نماید،

باید مهر المثل باو بپردازد (مستنبط از ماده «۱۰۹۹» ق. م) زیرا هر نزدیکی بشـبهه موجب پرداخت مهر المثل میباشد و پس از انحلال نکاح رابطهٔ زوجیت
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۸
بین زن و شوهر سپری شـده و زن بیگانه از شوهر سابق خود میگردد، اگر چه هنوز زن در عـدهٔ او است، زیرا عده برای جلوگیری از اختلاـط نسب میباشـد. بعضـی از حقوقیین فرق نگذاردهانـد بین عـدهٔ طلاـق بـائن و رجعی، زیرا نکاح در اثر طلاق رجعی نیز منحل

میگردد هرگاه شوهر رجوع بآن ننماید. عمل نزدیکی بخودی خود رجوع شناخته نمیشود مگر آنکه قصد رجوع همراه داشته باشد و فرض در نزدیکی بشبهه آنست که مرد قصد رجوع نداشته است. عده‌ای از حقوقیین بر آنند که چون مطلقه رجعیه زوجه و یا در حکم زوجه محسوب میگردد، نزدیکی شوهر بشبهه با او اگر چه رجوع شناخته نشود، زن مستحق مهر المثل نمیشود.

بعض از فقهاء امامیه بر آنند که نزدیکی شوهر با زن مطلقه رجعیه در مدت عده، رجوع میباشد اگر چه قصد آن را نداشته باشد، حتی اگر قصد عدم رجوع در این امر کند. ولی هرگاه مرد ساهی و خواب و یا مست باشد که قصدی از عمل خود ندارد و یا آنکه تصور نموده زنی که با او نزدیکی کرده است زن دیگری میباشد، رجوع شناخته نمیشود.

میتوان از تحلیل عقلی طلاق رجعی که ذیلا بعمل می‌آید، مبنای اختلاف نظر حقوقیین را در الزام شوهر بدادن مهر المثل در مدت عده دانست. ممکن است فرض شود که:

۱- سبب انحلال نکاح در طلاق رجعی طلاق است بشرط آنکه شوهر در عده رجوع ننماید. بنابراین عدم رجوع شوهر در عده، شرط متأخر خواهد بود و پس از تحقق آن کشف میشود که رابطهٔ زوجیت از زمان طلاق بریده شده بوده است و چنانچه شوهر رجوع کند مانند آنست که طلاقی واقع نشده است.

در فرض مزبور هرگاه شوهر رجوع کند کشف میشود که زن مطلقه در زمان نزدیکی زوجه او بوده و مستحق مهر المثل نیست و چنانچه رجوع ننماید معلوم میگردد که نزدیکی بشبهه با زنی واقع شده که نکاح او منحل بوده است، لذا باید شوهر مهر المثل بزن بدهد

۲- سبب انحلال نکاح امری مرکب از طلاق و انقضاء مدت عده بشرط عدم رجوع میباشد، یعنی عدم رجوع جزء اخیر علت تامه محسوب میگردد. بنابراین فرض، رابطهٔ زوجیت در لحظهٔ آخر مدت عده منحل خواهد گشت. در فرض مزبور، زن در اثر نزدیکی بشبهه از طرف

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۲۹

شوهر با او در مدت عده، مستحق مهر المثل نمیشود، زیرا زوجیت تا انقضاء مدت عده بر قرار بوده است.

۳- سبب انحلال نکاح طلاق است و رابطهٔ زوجیت بوسیلهٔ آن قطع میگردد، ولی بشوهر اجازه داده شده است که بتواند در مدت عده رجوع نماید. بنابراین از زمان رجوع نکاح عودت می‌یابد و در مدت بین طلاق و رجوع رابطهٔ زوجیت موجود نبوده است. در فرض مزبور زن در اثر نزدیکی بشبهه مستحق مهر المثل میباشد، زیرا رابطهٔ زوجیت از زمان طلاق قطع شده است.

با توجه بآنکه مطلقه رجعیه در مدت عده حق نفقه دارد و حق توارث بین زوجین موجود است، بنظر میرسد که فرض دوم بآنکه سبب انحلال امر مرکب از طلاق و انقضاء مدت بشرط عدم رجوع است، صحیح میباشد. بنابراین در مدت عده رجعیه زن مطلقه، زوجه محسوب میگردد و شوهر در اثر نزدیکی بشبهه با او، مهر المثل نمیدهد.

مسأله 2- در صورتی که کسی موجب اغراء بجهل مردی شود تا با زنی نزدیکی بشبهه نماید

چون در اثر آن مرد ملزم بپرداخت مهر المثل بزن میگردد، مرد پس از تأدیهٔ آن میتواند از کسی که او را در اشتباه انداخته است مهر المثل پرداختی را بخواهد، زیرا شخص مزبور سبب توجه خسارت بمرد شده است و چنانچه بحقیقت امر آگاه میبود ممکن بود اقدام بآن ننماید تا زیان ببیند. (ماده ۳۳۱ ق)

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۰

قسمت سوم- در حقوق و تکالیف زوجین نسبت بیکدیگر

اشاره

در اثر نکـاح دائم، رابطـهٔ زوجیت بین زن و شوهر ایجاد میگردد و تکالیف و حقوقی برای هر یک نسبت بـدیگری بوجود می‌آیـد. ماده «۱۱۰۲» ق. م میگویـد: «همین‌که نکاح بطور صـحت واقع شـد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر بر قرار میشود».
تکالیف زوجین نسبت بیکدیگر بر دو دسته‌اند: مشترك و مختص.

دسته اول – تکالیف مشترک زوجین نسبت بیکدیگر

اشاره

تکالیف مشترکی که زوجین نسبت بیکدیگر دارند عبارتست از:

۱– حسن معاشرت زوجین نسبت بیکدیگر

بدستور ماده «۱۱۰۳» ق. م: «زن و شوهر مکلف بحسن معاشـرت با یکدیگرنـد» منظور ماده از حسن معاشـرت زوجین با یکدیگر در حدود عرف و عادت زمان و مکان میباشد تا بدین وسیله محیط آرام خانوادگی بوجود آید. بنابراین زن و شوهر باید با خوش‌روئی و مسالمت با یکـدیگر زیست نمایند و بدون داد و فریاد و یا ناسـزا و مجادله روزگار بگذرانند. ماده مزبور اگر چه در ظاهر ارشادی و اخلاقی است، ولی با توجه بآنچه در ضـمانت اجرائی تکالیف زوجین گفته خواهـد شـد از قواعد حقوقی بشـمار میرود و ضـمانت اجراء حقوقی دارد، زیرا چنانچه زن سوء خلق و بـدرفتاری نسـبت بشوهر خود نمود و شوهر بوسـیلهٔ نصـیحت و منع او از بـدرفتاری، نتوانست او را بحسن معاشرت وادار نماید، زن ناشزه میشود و حق نفقهٔ او برای مدت نشوز ساقط میگردد ماده «۱۱۰۸» ق. م میگوید: «هرگـاه زن بـدون مـانع مشروع از ادای وظـایف زوجیت امتنـاع کنـد مسـتحق نفقه نخواهـد بـود». در صورتی که شوهر بـا زن خود بـدرفتاری نمایـد و از خود سوء خلق نشان دهـد و نصایـح و منع زن او را وادار بحسن معاشـرت نکنـد، قانون چاره نیاندیشـیده، مگر آنکه سوء معاشرت شوهر بحدی برسد که ادامهٔ زندگانی زن را غیر قابل تحمل سازد، که در این صورت بدستور ماده «۱۱۳۰» ق. م زن میتواند از دادگاه درخواست کند که شوهر او را اجبار بطلاق بنماید.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۱
حسن معاشـرت نسبت باشـخاص مختلف است، بین دوسـتان و افراد عمومی جامعه حسن تفاهم و حسن خلق کافی میباشـد، ولی در زنـدگانی زناشوئی این امر کافی نخواهـد بود، زیرا بقاء رابطهٔ زناشوئی ایجاب رعایت امور دیگری را نیز مینماید. از آن جمله است داشـتن روابـط جنسـی آنگونه که موقعیت و محیط و وضـعیت طبیعی زوجین ایجاب مینمایـد و زن نمیتوانـد از آن شانه خالی کنـد، همچنـانی که شوهر نمیتوانـد از آن خودداری نمایـد. بنظر میرسـد که قانون مـدنی ماده ۱۱۰۴ را بـه پیروی از عبـارت آیه ۲۳ سوره چهارم قرآن «و عاشـروهن بالمعروف» و توجه بعبارت ساده و مختصـر بعض مجموعه‌های قوانین مـدنی کشورهای بیگانه بیان نموده است

۲– معاضدت زوجین در تشیید مبانی خانواده

بدستور ماده «۱۱۰۴» ق. م: «زوجین بایـد در تشـیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود بیکـدیگر معاضدت نمایند». خانواده عبارت از مرد و زنی میباشـند که در اثر رابطـهٔ حقوقی نکاح، بصورت سـلول اولیه اجتماع در آمده‌انـد. مبانی خانواده که قانون زن و شوهر را مکلف نموده در تشـیید و تحکیم آن بکوشـند، اموری است که خـانواده بر پایـهٔ آن قرار گرفته و آن عبـارت از عشق و علاقـه زن و

شوهر بیکدیگر است که نگهبان بقاء خانواده و موجب عفت و عصمت و پرهیزکاری هر یک از زن و مرد میشود.
معاضدت در تشیید مبانی خانواده سعی و کوشش زن و شوهر است تا با هم فکری باخلاق و عادات یکدیگر نزدیک شده تا رابطهٔ زناشوئی محکم‌تر شود و از صورت تأسیس حقوقی خارج گردد و بیک خانواده طبیعی ناگسستنی که مبتنی بر محبت است در آید.
دستور مزبور اگر چه از طرف قانون ارشادی و اخلاقی میباشد، ولی در حقیقت میتوان گفت که این امر از طرف زن از افراد تمکین بشمار میرود که در صورت تخلف، مستحق نفقه نخواهد بود و از طرف شوهر چنانچه بصورت سوء معاشرت در آید و بدرجهٔ برسد که زن نتواند با او زندگی را ادامه دهد، میتواند از دادگاه درخواست الزام شوهر را بطلاق بنماید.

۳- معاضدت زوجین در تربیت اولاد

ماده «۱۱۰۴» ق. م زوجین را امر بمعاضدت در تربیت اولاد نموده است. قانون مدنی در ماده «۱۱۷۸» میگوید: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانائی خود بتربیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۲

اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند» تربیت اولاد در محیط خانواده از وظایف مهمی بشمار میرود که بدون کمک و معاضدت پدر و مادر بیکدیگر ممکن نخواهد بود، این امر مبتنی بر توافق آن دو، در وحدت روشی است که برای تربیت اولاد خود در نظر میگیرند، زیرا هرگاه توافق بین ابوین در تربیت اولاد حاصل نگردد و هر یک راه مخصوص بخود را تعقیب کند، علاوه بر آنکه ممکن است سبب تشنج و بالاخره منجر بگسیختگی رابطهٔ زناشوئی گردد، فرزندان بر خلاف منظور پدر و مادر، اطفال خود سری بار خواهند آمد. مثلا هرگاه مادر مسیحی و پدر مسلمان باشد باید در تربیت مذهبی طفل که از نظر ولایت بعهده پدر است، مادر مساعدت نماید و یا آنکه سکوت کند و آنچه پدر میگوید او رد ننماید و مذهب خود را تلقین نکند، و الا طفل با نداشتن قدرت تشخیص و اختیار یکی از آن دو، بالاخره منحرف شده و از هر دو دوری میجوید و همچنین است در امور فرهنگی و بهداشتی و اجتماعی.
لزوم معاضدت زوجین در تربیت اولاد، منافات با اختصاص حق حضانت بمادر تا دو سال در پسر، و هفت سال در دختر و بقیه مدت تا هیجده سالگی با پدر ندارد، زیرا حضانت بعهدهٔ هر یک که قرار داده شود احتیاج بکمک و مساعدت دیگری در تربیت اولاد دارد که کمترین آن سکوت در مقابل تنبیهی میباشد که یکی از ابوین در بارهٔ طفل خود اعمال مینماید.
امر بمعاضدت زوجین در تربیت اولاد از طرف قانون، با تعیین ننمودن جزاء آن در صورت تخلف، ارشادی و اخلاقی میباشد که زوجین را بنام قانون راهنمائی میکند تا باهمیت آن پی ببرند و الا قانون حق حضانت هر یک از مادر و پدر را برای نگاهداری و تربیت اطفال از یکدیگر جدا کرده و هر یک را برای مدتی منحصراً مسئول حضانت قرار داده است (ماده «۱۱۶۸»- «۱۱۷۹» ق. م).
طبق ماده «۱۱۷۳» قانون مدنی: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه میتواند بتقاضای اقربای طفل یا بتقاضای قیم او یا بتقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۳

دستهٔ دوم- حقوق و تکالیف مختص هر یک از زوجین

اشاره

علاوه بر حقوق و تکالیف مشترکی که زوجین نسبت بیکدیگر دارا هستند، هر یک حقوق و تکالیف مختص نسبت بیکدیگر دارند

که ذیلًا بیان میگردد:

الف– تکالیف شوهر نسبت بزن

۱– ریاست خانواده

ماده «۱۱۰۵» ق. م مقرر داشته که: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصائص شوهر است». هر جمعیتی که با یکدیگر زندگانی میکنند اگر چه دو نفر باشند در روشی که پیش میگیرند، همیشه اختلاف سلیقه پیدا مینمایند که اغلب توافق بین آنها حاصل نمیگردد و در اثر کشمکشها و گفتگوها آن جمعیت بخودی خود بتدریج منحل خواهد شد. قانون مدنی برای رفع اختلافاتی که ممکن است در خانواده موجود شود ریاست خانواده را از خصائص شوهر قرار داده است که در مورد اختلاف، زن از نظر او پیروی نماید مانند حق اختیار منزل مذکور در ماده «۱۱۱۴» ق. م، منع زن از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی است مذکور در ماده «۱۱۱۷» ق. م (که شرح هر یک خواهد آمد).

۲– انفاق

اشاره

شوهر در اثر نکاح دائم، ملزم است که بزن خود انفاق کند. ماده «۱۱۰۶» ق. م میگوید: «در عقد دائم نفقهٔ زن بعهده شوهر است». در نکاح منقطع، شوهر ملزم بانفاق نیست، مگر آنکه بنحو ملزمی از طرف شوهر تعهد بانفاق شده باشد. ماده «۱۱۱۳» ق. م میگوید: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد».

نفقه چیست؟-

اشاره

چنانکه ماده «۱۱۰۷» ق. م میگوید: «نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت که بطور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن بداشتن خادم یا احتیاج او بواسطهٔ مرض یا نقصان اعضاء». بسیاری از فقهاء امامیه
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۴
تصریح نموده‌اند که مقدار لازم برای نفقهٔ زن، عبارت از هر چیزی است که زن بآن محتاج میباشد از خوراک، پوشاک، منزل، مستخدم، هزینهٔ نظافت و آرایش در حدود عادت و رسوم زنان همردیف او در آن شهر.
چنانکه از گفتار بسیاری از فقهای امامیه در کتب مفصله بر می‌آید، آنچه زن دائمه در دوران زناشوئی برای بقاء و ادامهٔ حیات خود لازم دارد بطور متعارف، بعهدهٔ شوهر است.
مشهور فقهاء بر آنند که دارو و هزینهٔ مداوا بعهدهٔ شوهر نیست، زیرا آنچه بر عهدهٔ شوهر میباشد نفقه است و آنها خارج از نفقه هستند. شیخ در مبسوط از نظر اجراء قواعد حقوقی، نفقه زن را تشبیه به هزینهٔ مورد اجاره نموده و شوهر را بمستأجر و زن را بموجر تشبیه کرده است. بنابراین آنچه برای انتفاع از قبیل نظافت و جاروب کردن و امثال آنست بعهدهٔ مستأجر میباشد و آنچه برای حفظ و بقاء مورد اجاره لازم است، مانند تعمیر بنا و دیوار و تغییر تیر بام اطاق بر عهدهٔ مالک است و فقط در نکاح، نفقهٔ که برای بقاء حیات زن میباشد استثناء بعهدهٔ شوهر قرار داده شده است. قانون مدنی در ماده «۱۱۰۷» که نفقه را بیان مینماید پنج امر را که عبارت از: مسکن، البسه، غذا و اثاث البیت باشد میشمارد و قید میکند که آنها باید بطور متعارف و متناسب با وضعیت زن باشد، همچنین

خـادم در صورت عادت زن بداشـتن خادم و یا احتیاج او بواسـطهٔ مرض یا نقصان اعضاء برای توضـیح امر، هر یک از امور پنـج گانه بالا شرح داده میشود:

الف- مسکن

منظور ماده از مسـکن محلی است که زن در آنجا زنـدگانی خود را میگذرانـد و آن بایـد متناسب با وضـعیت زن باشـد. بنابراین در صورتی که متناسب با وضعیت اجتماعی زن آنست که در خانه دربست بنشیند، شوهر نباید او را باطاق استیجاری ببرد.
بنظر میرسـد که هرگاه زن نتوانـد یا نخواهـد در خانه‌ای که دیگران در آن هسـتند ماننـد مادر شوهر و خواهر شوهر زندگانی نماید، شوهر بایـد خانـهٔ مسـتقل برای او تهیه نماید، زیرا متناسب با وضـعیت اخلاقی و روحی زنان آنست که از مادر شوهر و خواهر شوهر خود گریزانند و جداگانه زندگی میکنند.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۵

ب- البسه-

البسه عبارت است از آنچه شخص میپوشد از لباس و کفش و جوراب و امثال آن که برای زندگانی لازم است. البسه باید متناسب با فصل و موقعیت اجتماعی زن باشد. در صورتی که متعارف اقتضا مینماید که زنان لباسهای متعدد برای داخل منزل و مهمانی و امثال آن داشته باشند، شوهر باید آنها را برای زن خود مهیا نماید و همچنین است از حیث جنس و دوخت آن رختها. بنابر آنچه گفته شد چنـانچه همردیفهـای زن پالتو پوست در زمسـتان بر تن مینماینـد، شوهر بایـد پالتو پوستی که متناسب با وضـعیت اجتماعی زن باشـد آماده نماید.

ج- غذا-

منظـور از غـذا هر چیزی است که انسـان برای بقـاء و ادامـهٔ حیـات میخـورد و می‌آشامـد. غـذائی که برای زن بایـد تهیه شود غـذای متناسب با طبیعت مزاجی و وضعیت اجتماعی او میباشد.

د- اثاث البیت-

و آن عبارت از اشـیائی است که در خانه برای زنـدگانی بکار میرود از قبیل فرش، مبل، ظروف، رختخواب و امثال آنها. در صورتی که موقعیت زن ایجاب بنماید شوهر باید برای او یخچال، بخاری، کولر و امثال آن تهیه کند.

ه- خادم-

ماده «۱۱۰۷» ق. م پس از بیـان چهار امر بالا میگویـد: «... و خادم در صورت عادت زن بداشـتن خادم یا احتیاج او بواسـطهٔ مرض یا نقصـان اعضاء». منظور از خادم کسـی است که در اثر کار خود وسائل زنـدگانی دیگری را آماده و در دست رس او قرار میدهـد از قبیـل نوکر، کلفت، آشپز و امثال آن که در منزل بکار میپردازنـد. از دو قیـد (عادت زن بداشـتن خادم، یا احتیاج او بواسـطهٔ مرض یا نقصان اعضاء) معلوم میشود که شوهر در دو مرود بایـد برای زن خادم بیاورد: یکی عادت زن در خانهٔ پدری بداشـتن خادم، در این صورت خادم مانند مسکن، البسه، غذا، اثاث البیت، باید متناسب با وضعیت اجتماعی زن در خانوادهٔ پدری او باشد.

دیگری احتیاج زن بداشتن خادم در اثر بیماری یا نقص عضو و حاملگی و امثال آن،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۶

که در این مورد رعایت موقعیت اجتماعی زن نمیشود و رفع احتیاجات او در نظر گرفته میشود. بنابراین چنانچه زن در خانواده خود خادم نداشته باشد و کارهای خانه را خود میکرده ولی در اثر وضعیت مزاجی از عهدهٔ آن بر نمیآید، شوهر باید برای او خادم و همچنین پرستار آماده کند تا احتیاجات او را برطرف سازد. از نظر وحدت ملاک قید مزبور، باید بر آن بود که آنچه زن برای زندگانی محتاج بآن میباشد، از افراد نفقه بشمار می‌آید و شوهر را باید ملزم بتهیه آن دانست. بنابراین لوازم نظافت و آرایش و هزینه‌های لازم برای مداوای بیماری از قبیل پول دوا و دستمزد پزشک و هزینه بیمارستان و مسافرت بخارج برای مداوا، و عمل جراحی و امثال آن بعهدهٔ شوهر است.

آنچه شوهر برای زن بعنوان نفقه میدهد باید بطور متعارف باشد، یعنی آنگونه که عرف زمان و مکان آن را لازم بداند، همچنانکه در نوع و جنس و مقدار نفقه باید رعایت وضعیت اجتماعی زن بشود، یعنی آنگونه که زنان همردیف او باعتبار خانواده و اوصاف طبیعی و اخلاقی شبیه باو برخوردار میگردند.

بعضی از فقهاء بر آنند که نفقه باید متناسب با وضعیت اجتماعی شوهر باشد. بعضی دیگر وضعیت اجتماعی زن و شوهر را در نظر گرفته‌اند.

طبیعت حقوقی حق زن نسبت بنفقه

اشاره

نفقهٔ زن برای اعاشه و زندگانی او است، لذا باید قبل از وقت احتیاج آماده باشد تا زن در موقع لازم بتواند از آن بهره‌مند گردد. اشیائی که شوهر بعنوان نفقه بزن خود میدهد مختلف است، بعضی را شوهر تحت اختیار او میگذارد تا از آن منتفع گردد مانند مسکن، فرش و امثال آن و بعضی را باو میدهد که مصرف نماید از قبیل خوراکیها و آشامیدنیها، لذا نحوهٔ رابطهٔ حقوقی زن نسبت بآنها چنانکه ذیلا بیان میشود متفاوت است.

۱- چیزهائی که انتفاع از آنها بتلف شدن عین آنها است-

مانند خوردنیها

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۷

و آشامیدنیها و اسباب آرایش از قبیل عطر، صابون و امثال آنها. اینگونه اشیاء بمقدار مصرف لازم برای یک شبانه روز، قبل از شروع روز باید بزن داده شود تا بتواند بتدریج مصرف نماید، مگر آنکه برای استفاده از آنها مدتی زودتر باید تحت اختیار زن گذارده شود.

زن مالک نفقهٔ یک روزهٔ خود است که اول روز باو داده شده، بشرط آنکه تا آخر مدت ۲۴ ساعت از تمکین شوهر سرپیچی ننماید. بنابراین پس از گذشتن مدت مزبور چنانچه زن متمکنه باشد کشف میگردد که زن مالک آنها بوده است، اگر چه زن قناعت کرده و مقداری از آنها را صرفه‌جوئی نموده باشد. همچنین هرگاه غیر از شوهر دیگری بزن انفاق کرده باشد، مانند آنکه مهمانی رفته است. یعنی آنچه بزن از نوع مذکور در بالا برای نفقه بزن میدهد او مالک آنها میشود.

در صورتی که در اثناء روز، زن از تمکین شوهر خارج شود مانند آنکه پس از ناهار زن قهر کند و خانهٔ شوهر را ترک نماید، نفقهٔ آن روز توزیع شده و ملکیتش نسبت بمدت تمکین مستقر است و نسبت بزمان نشوذ باید بزوج مسترد گردد. همچنین است هرگاه

نکاح در اثناء روز بجهتی از جهات منحل شود، مانند آنکه زن طلاق بائن داده شود یا نکاح فسخ گردد و یا یکی از زوجین بمیرد.

۲- منزل و اثاث البیت و امثال آن-

اینگونه اشیاء تحت اختیار زوجه گذارده میشود و امانت است و زن فقط اجازهٔ انتفاع در مدت زناشوئی از آنها را دارد بدون آنکه حق انتفاع بر آنها پیدا نماید و بملکیت او نیز داخل نمیگردد و هر زمان زوج بخواهد میتواند آن را بمانند خود تبدیل نماید.

۳- البسه و امثال آن-

بین فقهای امامیه اختلاف است که البسه و امثال آن که زوج تحت اختیار زوجه بعنوان نفقه میگذارد، آیا ملك زوجه میشود یا آنکه فقط میتواند از آن بهره‌مند گردد. کتاب قواعد و آنچه از کتاب مبسوط حکایت شده و عده‌ای دیگر از فقهاء بر آنند آنست که با دادن آن اموال از طرف زوج بزوجه بعنوان نفقه، آنها ملك زوجه میشوند. کتاب ارشاد و کشف اللثام و عده‌ای دیگر بر آنند که آن اموال

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۸

برای انتفاع و بهره‌برداری بزوجه داده شده است، زیرا زوج قصد هبه آنها را بزوجه نداشته و اصل هم عدم ملکیت زوجه نسبت بآنها میباشد، علاوه بر آنکه منظور از دادن اینگونه اموال بزوجه بهره‌برداری و رفع احتیاج او از آنها است و با اجازه انتفاع، آن منظور حاصل میگردد. بنظر میرسد که ظاهر در دادن البسه و امثال آن بزوجه بعنوان نفقه تملیك آن باو است، و مگر آنکه از قرائن و عرف محل مسلم گردد که دادن لباس از طرف شوهر تملیك بزن نبوده است. بنابراین زن میتواند مادام که زوجیت باقی است از آن برخوردار گردد و هرگاه عقد بجهتی از جهات مانند طلاق بائن یا فسخ یا فوت شوهر منحل شود آن اموال بشوهر یا ورثهٔ او مسترد گردد.

شوهر نفقه چه مدتی را عهده‌دار است؟

اشاره

شوهر در اثر عقد نکاح دائم ملزم بدادن نفقه دوران زوجیت و نفقه پس از انحلال آن در موارد معینه میباشد:

یک- نفقه زن در دوران زوجیت

در اثر نکاح دائم شوهر ملزم بدادن نفقه بزوجهٔ خود میگردد. ماده «۱۱۰۶» ق. م میگوید: «در عقد دائم نفقهٔ زن بعهدهٔ شوهر است». چنانکه از ماده «۱۱۰۸» ق. م استنباط میشود استحقاق زن بنفقه زمانی است که ناشزه نگردد. یعنی از تکالیفی که در اثر نکاح در مقابل شوهر عهده‌دار است سرپیچی نکند.

دو- نفقه زن پس از انحلال زوجیت

اشاره

پس از انحلال نکاح در موارد زیر، زن در مدت عده نیز مستحق نفقه خواهد بود:

۱- در مدت عدۀ طلاق رجعی-

چنانکه بعداً شرح آن خواهد آمد، طلاق رجعی موجب انحلال قطعی نکاح نمیگردد، بلکه مراعی است تا مدت عده منقضی شود، بدین جهت شوهر میتواند در مدت عده رجوع نماید و در اثر آن نکاح سابق بحالت اولیه عودت می‌یابد. بنابراین فقهاء مدت عده رجعیه را امتداد دورۀ زوجیت یا در حکم آن میدانند و احکام آن را بر او بار میکنند. یکی از احکام زوجیت دائم تکلیف شوهر بانفاق میباشد، این است که قسمت اول ماده «۱۱۰۹» ق. م میگوید: «نفقۀ مطلقۀ رجعیه در زمان عده

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۳۹

بر عهدۀ شوهر است، مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد ...» علت آنکه مطلقه رجعیه چنانکه ناشزه باشد حق نفقه ندارد آنست که مدت عده در طلاق رجعی ادامۀ وضعیت دوران زناشوئی یا در حکم آن است و در دوران زوجیت هرگاه زن ناشزه شود حق نفقه بر شوهر ندارد. بنابراین چنانچه طلاق در حالت نشوز زن واقع شود حق نفقه از شوهر خود را نخواهد داشت. مثلا زن بدون جهت از شوهر خود قهر کرده و بخارج مسافرت نموده است و شوهر در این حال او را طلاق میدهد، زن مزبور همچنانی که نفقه زمان قهر در دورۀ زوجیت را نمیتواند بخواهد، نفقه زمان عده را نیز حق ندارد. بدین جهت است که هرگاه مطلقه رجعیه در مدت عده ناشزه گردد، حق نفقۀ او ساقط میگردد مانند آنکه پس از طلاق رجعی منزلی را که شوهر بعنوان نفقه برای سکونت او تعیین نموده پس از چند روزی ترک کند و بمسافرت رود و یا آنکه روش اخلاقی خود را تغییر دهد و ولگردی پیشه گیرد.

چنانکه گذشت استحقاق مطلقه رجعیه بنفقه در مدت عده از نظر آنست که زن در مدت مزبور زوجه یا در حکم زوجه است، بر خلاف آنچه در مدت عده فسخ نکاح و طلاق بائن میباشد که نکاح بطور قطع منحل میگردد و حق نفقه او بتبع زائل میشود. این است که قسمت دوم ماده «۱۱۰۹» ق. م میگوید: «.. لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت». همچنین است در مدت عدۀ وفات چنانکه ماده «۱۱۱۰» ق. م که میگوید: «در عدۀ وفات زن حق نفقه ندارد».

۲- در مدت عده طلاق بائن حامل-

زن حاملی که طلاق او بائن است در مدت عده مستحق نفقه میباشد، مانند زن حاملی که در مرتبۀ سوم طلاق داده میشود.

انقضای عدۀ طلاق زن حامل وضع حمل او میباشد، لذا از تاریخ طلاق تا وضع حمل مستحق نفقه از شوهر خود خواهد بود. چنانکه ذیل ماده «۱۱۰۹» ق. م میگوید: «... لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت». قید مادۀ بالا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۰

بعبارت (از شوهر خود) برای احتراز از موردی است که زن مطلقه حامل از شبهه یا از زنا باشد که در این صورت شوهر عهده‌دار نفقه او نمیباشد، زیرا نفقۀ مدت حمل ناشی از دیگری را نمیتوان بشوهر تحمیل نمود.

وجوب انفاق مطلقۀ حامل در مدت عده اجماعی است.

۳- در مدت عدۀ فسخ زن حامل-

قول مشهور بر آنست که زوجۀ مزبور حق نفقه ندارد. بعضی از فقهای امامیه زن حامل را مستحق نفقه در زمان عدۀ فسخ دانسته‌اند، مانند صاحب قواعد، و ظاهر کشف اللثام که اشکالی بر این امر نمیبینند. بنظر میرسد که قانون مدنی پیروی از قول مزبور نموده است،

زیرا ظاهر عبارت (.. مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهـد داشت) مذکور در ماده «۱۱۰۹» ق. م، استثناء از عبارت (لیکن اگر عـده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشـد زن حق نفقه ندارد ...) است. بنابراین زن در مدت حمل چه در عدهٔ طلاق بائن و چه در عدهٔ فسخ مستحق نفقه میباشد. استثناء قرار دادن جملهٔ (مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تـا زمان وضع حمل حق نفقه خواهـد داشت) از عـدهٔ طلاق بائن دور از ظاهر عبارت و دور از انصاف قضائی و تحقیق علمی است که از عدهٔ وفات در زن حامل بعمل آمده است.

۴- زن حامل در مدت عده وفات شوهر-

حقوقیین امامیه در نفقه زن حامل در مدت عدهٔ وفات دارای دو قول هستند: قول مشهور بر آنست که زن حامل در مدت عدهٔ وفات مستحق نفقه نمیباشد. قول دیگر که عقیدهٔ شیخ و پیروان او میباشد بر آنست که نفقهٔ حامل در مدت عده برای حمل میباشد و بدین جهت زن حامل در مـدت عـدهٔ وفات مستحق نفقه خواهد بود. اظهار نظر حقوقی راجع بنفقهٔ زن حامل در مدت عدهٔ وفات بستگی بآن دارد که دانسته شود موجب نفقه دادن بزن حامل در مـدت عـدهٔ طلاق بائن بدستور ماده «۱۱۰۹» ق. م چیست؟ از نظر تحلیلی نفقـهٔ مطلقه بائنه در مـدت حمل، ممکن است برای حمل او باشـد، بـدین معنی که پـدر از بابت نفقهٔ اقارب بفرزند خود که در حال حمل است نفقه میدهد و چون جنین نمیتواند مستقیماً از دهن تغذیه نماید، بما در داده میشود تا بوسیلهٔ خون

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۱

او تغـذیه کنـد. و ممکن است نفقه برای زوجه مطلقه که مـادر حمـل است باشـد. آثـار و احکـام در هر یـک از دو فرض ذیلا مورد مطالعه قرار میگیرد:

الف- در صورتی که نفقه برای حمل باشد:

اولاـ- از موارد انفـاق بقرابت است و شوهر باعتبـار آنکه پـدر حمل میباشـد نفقـهٔ زن حامل را میدهـد. بنابراین چنانچه حمل از خود دارائی داشـته باشد از دارائی او باید پرداخت گردد و هر گاه دارائی ندارد، پدر باید آن را بدهد و هرگاه پدر دارائی نداشـته یا مرده باشد، نفقه بعهدهٔ جد پدری است.

ثانیاً- نفقـهٔ گذشـتهٔ اقارب قابل مطالبه نمیباشـد. بنابراین چنانچه شوهر آن را ندهـد زن مطلقه نمیتوانـد نسبت بمـدت گذشـته از او بخواهد.

ثالثاً- نفقهٔ اقارب بقدر رفع حاجت منفق علیه با در نظر گرفتن درجهٔ استطاعت منفق میباشد.

ب- در صورتی که نفقه برای زوجه مطلقه که مادر حمل است باشد:

اولاـ- شوهر باعتبـار زوجیت سابق، نفقه بزن مطلقه خود در مـدت حمل، میدهـد ثانیاً- نفقـهٔ مـدت حمل از حیث مقـدار ماننـد نفقه زوجیت متناسب، با وضعیت زن میباشد.

از نظر قضائی تصور میرود که بایـد متابعت قول مشـهور را نمود، زیرا با توجه به ظاهر ماده «۱۱۰۹» ق. م (که شوهر را مکلف بدادن نفقه بزن حامل در مـدت عـده طلاق بائن نمیدانـد) معلوم میگردد که قانون مـدنی در مقام بیان حکم نفقهٔ زن حامل و غیر حامل در مـدت عـده میباشـد و در مورد عده وفات آن را تفکیک ننموده است. بنابراین میتوان با طلاق ماده «۱۱۱۰» ق. م استناد جست و زن حامل را در مـدت عـدهٔ وفات مسـتحق نفقه ندانست ولی انصاف و عدالت قضائی ایجاب مینماید که پیروی از قول شـیخ نموده و از روح ماده «۱۱۰۹» ق. م که اسـتحقاق زن را بنفقه در مـدت عـده طلاق بائن منوط بحمل قرار داده اسـتنباط کرد، که نفقه بزن مطلقه در مـدت حمل برای حمل داده میشود و الا طلاق حامل بائن خصوصـیتی در بر نـدارد که این حکـم انحصاری را دارا باشد. بنابراین زن حامل در مدت عدهٔ وفات مستحق نفقه میباشد. و ماده «۱۱۱۰» ق. م ناظر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۲

بعدهٔ وفات زن غیر حامل است.

تبصره- بدستور ماده «۱۱۵۷» ق. م: «زنی که بشبهه با کسی نزدیکی کند باید عدهٔ طلاق نگاهدارد». چنانچه از نزدیکی مزبور حامل شود عدهٔ او تا وضع حمل خواهد بود.

اما راجع بنفقهٔ مدت حمل شیخ معتقد است نفقهٔ او بعهدهٔ واطی بشبهه میباشد. ممکن است مبنای نظریه مزبور مبنی بر آن باشد که نفقه مدت حمل برای جنین است.

قول مشهور بر خلاف، زن حامل از شبهه را در مدت عده مستحق نفقه نمیداند و بر نظریه بالا اشکال نموده‌اند باینکه استحقاق زن حامل بنفقه در مدت عده استثنائی و اختصاص بمورد طلاق بائن دارد و در موارد دیگر دلیلی نیست.

سه- نفقهٔ گذشتهٔ زن دائمه دین و بر ذمهٔ شوهر است

اشاره

چنانکه گذشت یکی از تکالیفی که در اثر نکاح دائم بر عهدهٔ شوهر است نفقهٔ زن میباشد. این است که مادهٔ «۱۱۰۶» ق. م میگوید: «در عقد دائم نفقهٔ زن بعهدهٔ شوهر است» و مانند آنست که شوهر در عقد نکاح تعهد نموده که نفقهٔ زن خود را بدهد. بنابراین بدستور ماده «۱۲۰۵» ق. م زوجه میتواند برای مطالبهٔ نفقه خود بدادگاه رجوع کند. ماده «۱۲۰۵» ق. م: «واجب النفقه اعم از زوجه و اقارب میتواند برای مطالبهٔ نفقهٔ خود بمحکمه رجوع کند».

زن در یکی از دو مورد زیر برای مطالبهٔ نفقهٔ خود بدادگاه رجوع مینماید:

الف- نفقهٔ زمان گذشته-

اشاره

بدستور ماده «۱۱۱۱ و ۱۲۰۶» قانون مدنی، زن میتواند نفقه گذشته خود را مطالبه نماید. ماده «۱۱۱۱» ق. م: «زن میتواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه بمحکمه رجوع کند در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را بدادن آن محکوم خواهد کرد». ماده «۱۲۰۶» ق. م: «زوجه در هر حال میتواند برای نفقهٔ زمان گذشتهٔ خود اقامهٔ دعوی نماید و طلب او از بابت نفقهٔ مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما خواهد بود ولی اقارب فقط نسبت بآتیه میتوانند مطالبهٔ نفقه نمایند». در مادهٔ اخیر دو نکته قابل مطالعه است:

یک- زن میتواند نفقهٔ زمان گذشتهٔ خود را مطالبه نماید.

زیرا هیچ تکلیفی پس از

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۳

تحقق ساقط نمیگردد، مگر آنکه ایفاء شود و یا دارندهٔ حق آن را ساقط نماید و همچنین در مواردی که قانون معین نموده است. تأخیر و گذشتن زمان تأدیهٔ نفقه زن، موجب نمیشود که حق نفقه ساقط شود. بنابراین مادام که نفقهٔ زن دائم تأدیه نشده بر عهدهٔ شوهر دین میباشد و هر زمان زن میتواند آن را از شوهر خود بخواهد. در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه، زن میتواند بدستور

ماده «۱۱۱۱» ق. م بوسیلهٔ دادخواست از دادگاه بخواهد که آن را تعیین و شوهر را محکوم بتأدیه آن کند. دادگاه طبق مقررات آئین دادرسی مدنی پس از احراز ندادن نفقه از طرف شوهر، برای تعیین مقدار آن بکارشناس رجوع مینماید. آنچه کارشناس در نظر بگیرد بنسبت مدتی که شوهر نفقهٔ زن را تأدیه ننموده مورد حکم دادگاه قرار میگیرد.

دو- نفقهٔ زن از طلبهای ممتازه است.

منظور از ممتاز بودن طلب، مقدم بودن آن بر طلبهای عادی میباشد. این امر در صورتی مورد عمل قرار میگیرد که شوهر ورشکسته باشد و یا آنکه بمیرد و دارائی او تکافوی تمامی دیون او را ننماید، در این صورت آنچه زن بابت نفقه طلب دارد مقدم بر طلبهای عادی تأدیه میشود (ماده «۲۲۶» ق. م امور حسبی نفقهٔ زن را در طبقهٔ چهارم قرار داده است برای اطلاع بطبقات بماده رجوع شود)

ب- نفقهٔ زمان آینده-

اشاره

با توجه باطلاق مادهٔ «۱۱۱۱» و مادهٔ «۱۲۰۶» ق. م (که قبلا ذکر شد) معلوم میگردد زن میتواند از دادگاه بخواهد که مقدار نفقهٔ زمان آیندهٔ او را معین نماید و مقرر دارد که شوهر روزانه آن را باو بپردازد دادگاه مانند صورت قبل در حدود مقررات آئین دادرسی مدنی بکارشناس رجوع کرده تا مقدار هر روز آن را تعیین نماید و سپس طبق نظر کارشناس شوهر را محکوم مینماید. چنانکه در شرح مقدار نفقه گذشت که شوهر باید آنچه برای اعاشه زن لازم میباشد تهیه نموده تا او تناول بنماید، دادگاه اجناسی را که برای نفقهٔ هر روز زن لازم است معین مینماید و شوهر را محکوم میکند که هر روزه آن را اول صبح بزن خود بدهد، زیرا نفقهٔ زن باید قبل از زمان احتیاج موجود باشد تا زن بتواند در موقع خود از آن استفاده نماید. ولی چون این امر عملا برای دادگاه دشوار است و شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۴

و همچنین زن را دچار زحمت و زیان میکند، بنظر میرسد که دادگاه آن را تقویم نموده و شوهر را بپرداخت قیمت آن برای هر روز ملزم مینماید.

زن نسبت بنفقه هر روزی که از شوهر خود دریافت میدارد هرگاه تا اول صبح روز بعد، از اطاعت شوهر سرپیچی نکرد مالك آن میگردد و الا نسبت بمدتی که تمکین ننموده کشف میشود که مالك نشده است و باید بشوهر مسترد دارد.

بعبارت دیگر مالکیت زن نسبت بنفقهٔ روز خود، مراعی بعدم نشوز او در آن مدت است و چنانچه زن تمکین داشت کشف میشود که از اول وقت مال آن بوده است. بنظر میرسد که چنانچه معمول محل و زمان آن باشد که نفقه چندین روز یا هفته یا ماه یا سال باید قبلا بزن داده شود تا بتواند زندگی نماید، دادگاه شوهر را محکوم بتأدیهٔ آن مقدار مینماید، مثلًا در شهرهائی که کرایه منزل را قبلا بطور هفتگی یا ماهیانه و یا سالیانه میپردازند، ناچار باید بر آن بود که شوهر باید آن را قبلًا تأدیه کند.

تبصره- استنکاف و یا عجز شوهر از دادن نفقه-

در صورتی که زن برای نفقه زمان آیندهٔ خود بدادگاه رجوع نماید و دادگاه حکم بدادن نفقه بر علیه شوهر صادر کند.

پس از صدور اجرائیه چنانچه اجراء حکم دادگاه ممکن نباشد، مانند آنکه شوهر دارائی خود را مخفی نموده که نمیتوان از آن استیفاء مورد حکم را نود و از بازداشت او نیز نتیجهٔ حاصل نشود، بدرخواست زن حاکم شوهر را مجبور بطلاق مینماید. ماده

«۱۱۱۲» ق. م: «اگر اجراء حکم مذکور در مادهٔ قبل ممکن نباشد مطابق مادهٔ «۱۱۲۹» رفتار خواهد شد». ماده «۱۱۲۹» ق. م: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او بدادن نفقه، زن میتواند برای طلاق بحاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار بطلاق مینماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه». مانند آنکه شوهر در اثر بیماری از کار بازماند و یا برای مدت طولانی محکوم بحبس گردد و دارائی هم نداشته باشد که از آن، نفقهٔ زن استیفاء شود. در این صورت پس از اثبات این دو امر در دادگاه بدرخواست زن شوهر اجبار بطلاق میشود.

اما راجع باستنکاف شوهر و یا عجز او از دادن نفقهٔ زمان گذشته بنظر میرسد که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۵

حکم دادگاه را بدادن نفقه اگر چه نتوان اجراء نمود، زن نمیتواند اجبار شوهر را بطلاق از دادگاه درخواست نماید و ماده «۱۱۱۲» و «۱۱۲۹» ق. م اگر چه مطلق است ولی منصرف از این مورد میباشد، زیرا نفقهٔ زمان گذشته زن، مانند دیون دیگر شوهر است و خصوصیتی در بر ندارد که موجب اجبار شوهر بطلاق شود. مثلًا شوهری که بر علیه او اجرائیه بمبلغ یکصد هزار ریال بابت نفقه سال گذشته زن صادر شده است ولی اکنون نفقه زن خود را میدهد، نمیتوان باستناد دو ماده بالا اجبار بطلاق نمود.

۳- قسم

دومین تکلیف شوهر نسبت بزن دائمه قسم است. قسم چنانکه بفتح قاف خوانده شود مصدر و بمعنی بخش نمودن چیزی میباشد، و چنانکه بکسر قاف خوانده شود اسم و بمعنی حظ و نصیب است قسم در اصطلاح حقوقیین اسلام عبارت از تکلیف شوهر بگذراندن شب نزد زن دائمهٔ خود است.

فقهای امامیه در کتب خود تکلیف شوهر را در قسم چنین بیان نموده‌اند:

شوهر پس از عروسی، چنانچه زن باکره باشد باید هفت شب نزد او بگذراند و هرگاه ثیبه است سه شب. پس از آن مدت هرگاه مرد یک زن دائمه دارد، باید هر چهار شب یک شب نزد او بماند و سه شب دیگر آزاد است و هرگاه دارای چند زن دائمه است، باید نزد هر یک شبی را از چهار شب بگذراند و بقیه از آن مدت را آزاد است، و پس از گذشتن آن چهار شب، گذراندن نزد هر یک را باید از سر بگیرد. گذراندن شوهر در شب نزد زن خود، حق زن است و میتواند از آن صرفنظر نماید و آن را بشوهر ببخشد که آزاد باشد و میتواند بهووی خود واگذار کند. در این صورت هوو دارای آن حق میگردد.

در صورتی که زن دائمه، صغیره یا مجنونه یا ناشزه باشد، شوهر مکلف بگذراندن شب نزد آنان نیست. هرگاه شوهر یا زن بمسافرت بروند و دیگری باقی بماند و یا آنکه بیمار شوند و در بیمارستان بگذرانند و یا مدتی در زندان بسربرند، حق قسم زن ساقط میگردد و او نمیتواند قضای شبهای گذشته را از شوهر بخواهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۶

آنچه راجع بگذراندن شبها نزد زن دائمه در بالا گفته شد قول مشهور است. قول دیگر که شیخ بر آنست و محقق در شرایع و علامه در تحریر نیز آن را اختیار کرده و شهید آن را پسندیده آنست که هرگاه مرد یک زن دائمه دارد، مکلف بگذراندن یک شب در هر چهار شب نزد او نمیباشد. مقدار لازم از آنچه زناشوئی ایجاب مینماید آنست که شوهر از زن دوری ننماید و طوری با او رفتار نکند که او نه مانند زنان شوهر دار و نه مانند زنان بی‌شوهر محسوب گردد. در صورتی که مرد دارای چند زن دائمه باشد، هرگاه شوهر نزدیکی از آنان شب را بگذراند، باید نزد دیگران نیز یک شب را بماند تا تساوی و عدالت بر قرار گردد و پس از گذشتن آن شبها شوهر آزاد است، میخواهد جریان گذراندن شب را از سر بگیرد و هر چهار شب یک شب نزدیکی از آنها بماند، و میخواهد آزاد باشد.

آنچه گفته شد در صورتی است که زنان متعدد در محلهای مختلف دور از یکدیگر سکونت نداشته باشند که شوهر بتواند هر شب نزدیکی از زنان بگذراند و الاـ هرگاه زنان در محلهای مختلف دور از یکدیگر باشند چنانکه هر یک در شهری و یا کشوری سکونت دارد، آن مقدار از قسم رعایت میشود که شوهر بتواند و زیانی متوجه او نگردد.
قانون مدنی تصریح بتکلیف مزبور ننموده است و از افراد حسن معاشرت شوهر نسبت بزن دانسته و اکتفا بماده «۱۱۰۳» کرده است.
چنانکه گذشت حسن معاشرت زن و شوهر با یکدیگر تابع عرف و عادت زمان و مکان با در نظر گرفتن وضعیت آنان میباشد، لذا آزاد بودن مرد در شبها و یا گذراندن او هر شب نزد زن تابع عرف و عادت محلی میباشد که در آن زیست مینماید، همچنانی که هرگاه عرف و عادت زمان و مکان آنست که شوهر در اطاق زن شب را بگذراند باید در اطاق او باشد و هرگاه عرف اقتضاء مینماید که هر یک از زن و شوهر در اطاق جداگانه بخوابند، کافی است که شوهر در منزل زن شب را بگذراند اگر چه در اطاق دیگر بخوابد.

۴- نزدیکی جنسی

فقهای امامیه بر آنند که شوهر میتواند هر زمان بخواهد با زن خود نزدیکی
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۷
نماید، مگر آنکه زن دارای بیماری باشد که نزدیکی با او را پزشک منع کند و یا زن مانع شرعی داشته باشد. ولی شوهر مکلف است که هر چهار ماه یک مرتبه با زن خود نزدیکی جنسی نماید، و آن حق زن بشمار میرود و میتواند از آن صرفنظر کند. قانون مدنی در مادهای تصریح بتکلیف مزبور ننموده است و بعبارت حسن معاشرت مذکور در ماده «۱۱۰۳» اکتفا کرده است. چنانکه گذشت در مواردی که قانون ساکت و یا باجمال برگزار نموده است، بدستور ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی باید طبق عرف و عادت مسلم رفتار شود، و عرف و عادت مسلم مذهبی آنست که در بالا ذکر گردید.

ب- تکالیف مختص زن نسبت بشوهر

اشاره

علاوه بر آنچه در حقوق و تکالیف زوجین گذشت، زن دارای تکالیف مختصی میباشد که عبارتند از:

۱- تمکین

اشاره

تمکین در لغت بمعنی تن در دادن است و در اصطلاح فقهای امامیه دارای دو معنی میباشد:

الف- تمکین عام-

و آن عبارت از حسن معاشرت زن با شوهر خود و اطاعت از او در امور مربوط بزناشوئی است. حسن معاشرت عبارت است از اطاعت زن از شوهر و خوش خوش‌رفتاری و خوش‌روئی زن نسبت باو، رعایت نظافت و آرایش خود برای شوهر آنگونه که مقتضای زمان و مکان و موقعیت خانوادگی آنان است و خارج نشدن از منزلی که شوهر معین نموده و یا طبق حق مکانی که بزن داده شده آن را انتخاب کرده است، مگر در موارد معینه که شرح آن خواهد آمد. بنابراین رفتن زن بمنزل خویشاوندان خود اگر چه پدر، مادر و یا اولاد او باشند احتیاج باجازه شوهر دارد. همچنین است مراوده با اشخاص دیگر.

قـانون مـدنی تمکین بمعنی عـام را بوظایف زوجیت در ماده «۱۱۰۸» تفسیر نموده است. ماده «۱۱۰۸» ق. م: «هرگـاه زن بـدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۸

کنـد مسـتحق نفقه نخواهـد بود». چنانکه گـذشت وظایف زوجیت را قانون مـدنی ذکر ننموده و بکلمه حسن معاشـرت که مجمل و مبهم میباشـد اکتفا کرده است. و بدسـتور ماده «۳» قـانون آئین دادرسـی مـدنی در موردی که قـانون مجمل یا ساکت است عرف و عادت مسـلم زمان و مکان با رعایت وضـعیت خانوادگی زوجین، ملاک وظائف زناشوئی خواهـد بود. عرف و عادت مسـلم مذهبی آنست که در بالا اشاره بآن گردید.

ب- تمکین خاص-

و آن عبارت از نزدیکی جنسی با شوهر است که زن باید همیشه آماده برای آن باشد مگر آنکه بیمار باشد که نزدیکی موجب زیان او گردد و یا مانع شـرعی داشـته باشد. قانون مدنی تمکین بمعنی خاص را در ماده «۱۰۸۵» بعبارت وظایف زن در مقابل شوهر تعبیر نموده است. ماده «۱۰۸۵» ق. م: «زن میتوانـد تا مهر باو تسـلیم نشـده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشـروط بر اینکه مهر او حال باشـد و این امتناع مسـقط حق نفقه نخواهـد بود». از نظر قضائی باید آن را از افراد حسن معاشـرت مذکور در ماده «۱۱۰۸» ق. م دانست و شوهر میتواند آن را از او بخواهد.

قانون مـدنی بکلمهٔ مجمل (وظائف زن در مقابل شوهر) اکتفا نموده است و بدسـتور ماده «۳» قانون آئین دادرسـی مدنی در اینگونه موارد باید بعرف و عادت مسلم عمل نمود و عرف و عادت مسلم مذهبی همان است که در بالا بیان گردید.

۲- سکونت زن در منزلی که شوهر تعیین میکند

اشاره

ماده «۱۱۱۴» ق. م میگوید: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین میکند سـکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل بزن داده شده باشد» یکی از تکالیف ناشـیه از زناشوئی برای زن آنست که در منزلی که شوهر معین میکنـد سـکونت نماید. منظور از سـکونت در منزلی که شوهر معین میکنـد آنست که زن محل زنـدگانی خود را در منزلی قرار دهـد که شوهر معین کرده است. شوهر میتوانـد منزلی را که معین نموده هر چنـد مرتبه بخواهـد تغییر دهـد و زن باید در منزلی که شوهر اختیار میکند سـکونت نماید اگر چه در شـهر دیگر باشد.

لزوم سکونت زن در منزلی که شوهر معین مینماید در صورتی است که اختیار تعیین

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۴۹

منزل از طرف شـوهر بزن داده نشـده باشـد و الاـ هر منزلی را کـه زن معیـن مینمایـد شـوهر بایـد آن را آمـاده نمـوده تـا زن در آنجا سکونت کنـد و شوهر هم بآن منزل برود. بنـابراین چنـانچه اختیار تعیین منزل بزن داده شود، زن نمیتوانـد محلی را اختیار نمایـد که شوهر نتواند در آن زندگانی کند، و همچنین منزلی را که اختیار مینماید باید متناسب با وضعیت اجتماعی شوهر و خود او باشد.

دادن اختیار سـکونت بزن عموماً بصورت شـرط ضمن عقد نکاح میباشد، همچنانی که ممکن است حق مزبور ضمن عقد لازم دیگر برای زن قرار داده شود. در این صورت شوهر نمیتوانـد آن اختیـار را از زن سـلب نمایـد، مگر با موافقت او، زیرا انجام شـرط ضـمن عقد لازم الزام‌آور است.

اجازه ترک منزل شوهر در صورت بیم-

اشاره

ماده «۱۱۱۵» ق. م میگوید:

«اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن میتواند مسکن علی‌حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت بمنزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن بمنزل مزبور معذور است نفقه بر عهدهٔ شوهر خواهد بود» در مورد بالا چهار موضوع زیر مورد نظر قرار میگیرد:

اول- موجب ترک منزل از طرف زن-

در صورتی که زن بداند که بودن او با شوهر خود در یک منزل خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای او دارد، زن میتواند مسکن علی‌حده اختیار کند. در این امر زن احتیاج بمراجعهٔ قبلی بدادگاه ندارد، زیرا ممکن است در مدت رسیدگی دادگاه، آنچه را که زن از آن میترسد و میپرهیزد دچار گردد. خوف ضرر بدنی عبارت از بیم زن از آزار و اذیت و ضرب و قتل میباشد که از طرف شوهر مستقیم یا غیر مستقیم نسبت باو بعمل آید. خوف ضرر مالی عبارت از بیم زن است که در اثر تهدید از طرف شوهر ناچار شود معاملاتی را انجام دهد و الا بیم زن از اینکه شوهر اثاثیه و یا جهیزیه او را میدزدد و یا از او میگیرد، کافی نخواهد بود، زیرا زن میتواند آنها را بدیگری بسپارد

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۰

و از خانه خارج نماید و خارج شدن از منزل موجب جلوگیری از آن نمیگردد. خوف ضرر شرافتی عبارت از بیم زن است از آنکه در اثر داد و فریاد و فحشهای ناموسی از طرف شوهر، توجه همسایگان و عابرین جلب شود و آبروی زن بریزد و یا آنکه شوهر اشخاص ناشایست را در منزل بیاورد و زن بیم آن داشته باشد که آمد و رفت آنان موجب هتک احترام زن از نظر محیط اجتماعی گردد.

دوم- رسیدگی دادگاه بسبب خروج زن

در صورتی که شوهر از دادگاه درخواست برگشت زن را بمنزلی کند که باید در آن سکونت بنماید، دادگاه پس از رسیدگی بامری که موجب ترک منزل شده است، چنانچه تشخیص دهد که زن در نتیجهٔ بیم ضرر بدنی یا مالی و یا شرافتی نتوانسته است در منزل شوهر بماند، حکم ببازگشت زن بمنزل شوهر صادر نمینماید و شوهر را در درخواست خود محکوم میکند.

سوم- تعیین منزل برای سکونت زن در مدت رسیدگی دادگاه-

ماده «۱۱۱۶» ق. م میگوید: «در مورد مادهٔ فوق مادام که محاکمه بین زوجین خاتمه نیافته محل سکنای زن بتراضی طرفین معین میشود و در صورت عدم تراضی، محکمه با جلب نظر اقربای نزدیک طرفین منزل زن را معین خواهد نمود و در صورتی که اقربائی نباشد خود محکمه محل مورد اطمینانی را معین خواهد کرد».

چهارم- استحقاق زن بنفقه در مدتی که در خانه دیگری سکونت دارد-

سکونت زن در منزل دیگر در مدتی که خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی دارد، او را ناشزه نمیگرداند، زیرا شوهر موجب این امر شده است، لذا باید نفقه مدت مزبور را بزن بپردازد.

تذکره- اجازه اختیار حرفه و صنعت بزن-

زن میتواند بهر کاری اشـتغال ورزد که منافی با وظائف او که در اثر زناشوئی ملتزم بآن گردیده است نباشد، مگر آنکه شوهر از نظر ریاست خانواده که بدستور ماده «۱۱۰۵» ق. م عهده‌دار است آن را منافی با مصالح خانوادگی و حیثیت زن و یا خود تشـخیص دهد که در این صورت میتواند زن را منع نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۱

زن در اثر زناشوئی قسـمتی از آزادی خود را از دست میدهـد و تکالیفی را عهده‌دار میگردد که تکالیف زناشوئی نامیده میشود. زن در اموری که خارج از تکالیف زناشوئی است آزاد میباشد و میتواند بهر کاری اشـتغال ورزد و هر حرفه و صنعتی را اختیار نماید، از قبیـل کارهـای دستیماننـد: بافنـدگی، دوزنـدگی، گلـدوزی، نقاشـی و همچنین میتوانـد هر یـك از زبانهـای بیگانه و هر دانشـی را بیاموزد. چنانچه این امور ایجاب نماید که زن از منزل خارج شود و یا ایجاب کند که اساتیدی برای آموختن بمنزل او بیایند، باید از شوهر خود اجـازه برای آن بگیرد، زیرا دور از حسن معاشـرت زن است که بـدون اجازهٔ شوهر از منزل خارج شود و یا اشخاصـی را بمنزل خود بخوانـد. همچنین است هرگاه زن حرفه و صـنعتی اختیار نمایـد که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود او و یا شوهر باشـد، زیرا زن طبق ماده «۱۱۰۳» و «۱۱۰۴» ق. م مکلف بحسن معاشـرت و تشـیید مبانی خانوادگی است و نمیتوانـد عملی نماید که منافی با حیثیات خانواده‌ای باشد که عضویت آن را داراست.

همچنانی که شوهر نیز نمیتوانـد عملی نمایـد که منافی مصالـح خانواده و یا حیثیات خود او و زن بشود، اگر چه شـغلی باشـد که در منزل انجـام بگیرد و از منزل خارج نشونـد. بـدین جهت است که بدسـتور ماده «۱۱۱۷» ق. م: «شـوهر میتوانـد زن خـود را از حرفه و صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند.

منظور از خـانواده چنانکه گـذشت، سازمانیست که از زن و مردی تشـکیل یافته که بین آنان زناشوئی بر قرار است. اموری که منافی مصالـح خـانوادگی میباشـد اموری است که موجب سـستی و یا از هم گسـیختگی زناشوئی میگردد که زن مکلف بتشـیید مبانی آن میباشـد. اموری که منافی با حیثیات شوهر و زن میباشد، اموری است که از نظر رسوم و عادات اجتماع از شخصـی مانند زن و شوهر انتظار انجام آن نمیرود. تشخیص امری که منافی مصالح خانوادگی میباشد و یا به حیثیت زن و شوهر لطمه میزند با عرف است، زیرا مشخص موضوعات

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۲

عرف میباشد و حیثیات افراد باعتبار موقعیت اجتماعی و خانوادگی که دارند متفاوت است و باعتبار زمان و مکان فرق مینماید.

بنـابر آنچه گـذشت در صورتی که زن بشـغلی بپردازد و یـا حرفه و صـنعتی اختیار نمایـد که مانع از انجام بعض از وظائف زناشوئی شود و یا منافی مصالـح خانوادگی و یا حیثیات شوهر یا زن گردد، شوهر میتوانـد او را منع نماید و هرگاه در اثر منع شوهر، زن بکار خود ادامه دهد ناشزه محسوب و حق نفقهٔ که بر شوهر دارد ساقط میگردد.

خاتمه- ضمانت اجراء تکالیف هر یک از زوجین

اشاره

هر یك از زوجین تکالیف خود را که در اثر نکاح عهده‌دار است انجام ندهد، طرف دیگر میتواند بدادگاه رجوع نموده، درخواست اجبار ممتنع را بایفاء آن بخواهـد. نکته‌ای که باید توجه داشت آنست که تکلیف شوهر بانفاق از اموری است که هرگاه نتوان شوهر را اجبار بتأدیه آن نمود بوسـیلهٔ بازداشت اموال او و فروش آنها وصول میگردد، مگر آنکه قادر بتأدیه آن نباشـد. ولی تکالیف دیگر

زوجین قائم بشخص آنان و مبتنی بر محبت و علاقهٔ قلبی است که بوسیلهٔ اجبار بایفاء آنها مستقیم یا غیر مستقیم بنتیجهٔ منظور در بسیاری از موارد نمیتوان رسید، مانند حسن معاشرت، تشیید مبانی خانوادگی، اطاعت زن از شوهر و امثال آنها. در این صورت قانون برای ضمانت اجراء آن تکالیف، چنانکه ذیلا دیده میشود چارهٔ مناسب با هر یک از آنها اندیشیده است.

۱- ضمانت اجرائی تکالیف شوهر -

تکالیف شوهر بر دو قسم است: یکی انفاق که زن میتواند چنانکه گذشت بدادگاه مراجعه و از شوهر بخواهد و دادگاه آن را از او گرفته بزن میدهد و چنانچه نتوان شوهر را الزام بدادن نفقه نمود و یا آنکه شوهر عاجز از تأدیهٔ آن باشد، زن میتواند باستناد ماده «۱۱۲۹» ق. م از دادگاه بخواهد که شوهر را اجبار بطلاق کند. دادگاه پس از رسیدگی شوهر را اجبار بطلاق مینماید. اما

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۳

تکالیف دیگر شوهر چه نسبت بآنهائی که با زن مشترك است از قبیل حسن معاشرت، تشیید مبانی خانواده، و چه نسبت بآنهائی که باو اختصاص دارد مانند: قسم و نزدیکی، در صورت امتناع شوهر از ایفاء آن، زن میتواند باستناد ماده «۱۱۳۰» ق. م درخواست اجبار شوهر را بطلاق بنماید (شرح موارد بالا در کتاب طلاق جلد پنجم خواهد آمد)

۲- ضمانت اجرائی تکالیف زن-

اشاره

در صورتی که زن تمکین ننماید، یعنی یکی از تکالیفی را که در اثر زناشوئی عهده‌دار است انجام ندهد، ناشزه میگردد (ناشزه مشتق از نشز بمعنی خودداری کردن است و مصدر آن نشوز میباشد)

در اصطلاح فقهاء نشوز عبارت از عدم انجام وظایف ناشی از زناشوئی از طرف زن یا شوهر میباشد.

هرگاه زن یکی از تکالیف مشترك و یا اختصاصی خود را انجام ندهد، مانند آنکه بنظافت خود نپردازد و آرایش ننماید که موجب تنفر شوهر را از خود فراهم آورد و یا آنکه رفتار خود را با شوهر تغییر دهد و بد خلقی کند و قرقر نماید و یا ناسزا گوید ناشزه میگردد.

همچنین است هرگاه زن مانع از نزدیکی جنسی شوهر یا استمتاعات دیگر با خود شود و یا بدون اجازهٔ شوهر از منزل خود خارج گردد، زیرا تمامی آنها از وظایفی است که ماده «۱۱۰۴» و «۱۱۰۵» ق. م بکلمهٔ حسن معاشرت و تشیید مبانی خانوادگی تعبیر نموده است که شرح آن گذشت.

اما اطاعت ننمودن زن از شوهر در سایر کارهائی که مربوط بروابط زناشوئی نمیباشد، مانند جاروب کردن منزل، آشپزی نمودن، رختخواب انداختن، خیاطی و دوخت و دوز نمودن و امثال آنها موجب نشوز او نمیگردد.

قانون مدنی برای تنبه زن و وادار کردن او بانجام تکالیفی که در اثر ازدواج عهده‌دار است در ماده «۱۱۰۸» مقرر داشته که: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۴

زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود». چنانکه از مادهٔ بالا فهمیده میشود امتناع از ادای تکالیف زناشوئی در صورتی موجب محرومیت زن از نفقه میگردد که امتناع او در اثر مانع مشروع نباشد، و الا چنانچه زن در اثر مانع مشروع از انجام تکالیف خود امتناع کند نفقهٔ او ساقط نمیگردد.

از جملهٔ مواردی که امتناع زن از وظایف زناشوئی، در اثر مانع مشروع میباشد عبارت است از:

۱- در صورتی که شوهر منزل مناسب با وضعیت زن برای سکونت او اختیار نکند.

در این صورت زن میتواند بخانهٔ شوهر نرود، مانند آنکه شوهر زن خود را که شایسته داشتن خانه مستقلی میباشد باطاقی که در کاروانسرا است یا اطاق کرایه‌نشینی بخواند، یا منزل را در ناحیه غیر متناسب با شئون زن انتخاب کند.

۲- در صورتی که زن بیمار گردد و نزدیکی جنسی با شوهر را پزشک منع نماید و یا در عادت زنانگی باشد، زن میتواند از نزدیکی خودداری نماید.

۳- هرگاه زن برای انجام تکالیف مذهبی واجب، اجازهٔ بیرون رفتن از منزل، از شوهر بخواهد و شوهر اجازه ندهد، زن میتواند خارج شود و این امر موجب نشوز او نمیگردد، مانند آنکه زن مستطیع شود و بخواهد بحج برود و یا بحمام برای ادای نمازهای واجب برود.

۴- هرگاه پزشک خروج زن را از منزل برای مداوا لازم بداند و شوهر اجازه ندهد، زن میتواند خارج گردد و این امر از موارد نشوز نمیباشد، مانند آنکه زن مبتلا ببیماری گردد که باید برای مداوا ببیمارستان یا خارج از کشور برود.

۵- در صورتی که شوهر بیکی از امراض واگیر دار مبتلا گردد، زن میتواند تا حدودی که از سرایت آن مصون بماند از شوهر دوری بجوید. ماده «۱۱۲۷» ق. م:

«هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا بیکی از امراض مقاربتی گردد، زن حق خواهد داشت که

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۵

از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع بعلت مزبور مانع حق نفقه نخواهد بود».

۶- در صورتی که بودن زن با شوهر در یک منزل خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن داشته باشد او میتواند منزل را ترک کند و بمنزل دیگری برود. ماده «۱۱۱۵» ق. م: «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن میتواند مسکن علی‌حده اختیار کند. و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور محکمه حکم بازگشت بمنزل شوهر را نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن بمنزل مزبور معذور است نفقه بر عهدهٔ شوهر خواهد بود»

۷- در دوران دادرسی در مورد شق ۲ و ۳ ماده «۱۱۳۰» ق. م در صورتی که حکم اجبار شوهر بطلاق صادر گردد. مستنبط از ماده «۱۱۲۷» و ماده «۱۱۳۰» ق. م

۸- در مدت بین عقد و عروسی، زن مستحق نفقه میباشد، مگر آنکه ثابت شود که زن حاضر برای آمدن بخانهٔ شوهر نبوده است، که در این صورت ناشزه میگردد. همچنین است هرگاه تأخیر عروسی از زمان عقد بتوافق زوجین باشد، زیرا ظاهر در توافق آنست که زن حق نفقهٔ خود را برای مدت مزبور ساقط نموده است.

مسأله- بعضی از فقهاء بر آنند که زن صغیری که نزدیکی با او در اثر صغر حرام میباشد و شوهر نمیتواند از او متمتع گردد و لذت ببرد، حق نفقه بر شوهر ندارد. شیخ در خلاف و مبسوط بر آنست که هرگاه شوهر صغیر باشد و نتواند از زن خود متمتع گردد، زن مستحق نفقه نخواهد بود. دو فرض بالا با قوانین کنونی که اجازهٔ ازدواج بصغیری که نتواند از نزدیکی برخوردار گردد نداده است موردی پیدا نمیکند، زیرا چنین صغیری ناچار بسنی که قابلیت صحی برای ازدواج را دارا باشد نرسیده است.

در مواردی که شوهر بجهتی از جهات قادر بانجام وظایف زناشوئی نباشد، نفقهٔ زن را باید بدهد، مانند آنکه شوهر در مسافرت باشد و یا در بازداشتگاه و یا زندان بسر ببرد و یا آنکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۶

در اثر بیماری از آن ممنوع گردد و یا نتواند.

وضعیت حقوقی نشوز نسبت بنفقه-

طبق ماده «۱۱۰۶» ق. م در اثر عقد دائم زن مستحق نفقه میشود و شوهر مکلف است آنگونه که گذشت بزن انفاق نماید. حق نفقه برای زن در اثر زناشوئی مادامی است که زن ناشزه نشود. ماده «۱۱۰۸» ق. م: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود».

چنانکه از ماده بالا معلوم میگردد حق نفقهٔ زن نسبت بشوهر، رابطهٔ مستقیم با انجام وظایف ناشی از زناشوئی بوسیلهٔ او دارد، بطوری که عدم انجام وظایف مزبور از طرف زن موجب سقوط حق نفقهٔ او میگردد. باصطلاح حقوقی نشوز مانع از استحقاق زن نسبت بنفقه خواهد بود. بنا بر این از نظر دادرسی چنانچه زن با ارائه قبالهٔ نکاحیه از دادگاه درخواست نفقه مدت معینی از زمان گذشته را از شوهر بنماید، شوهر ملزم بتأدیهٔ آنست مگر آنکه یکی از دو امر را ثابت کند:

۱- شوهر ثابت کند که نفقهٔ زن در مدت مورد مطالبه تأدیه گردیده است، مانند آنکه شوهر ثابت نماید که زن در خانهٔ او زندگانی میکرده که ظاهر این امر انفاق باو از طرف شوهر میباشد.

۲- شوهر ثابت نماید که زن بعضی از وظایف زناشوئی را انجام نداده و ناشزه است، مانند آنکه ثابت کند که زن منزل شوهر را ترک کرده و بخانهٔ خویشان و یا دوستان خود رفته و یا بدون اجازه هر روزه از خانه خارج میشده است. چنانچه شوهر نتواند یکی از دو امر بالا را ثابت کند، دادگاه بوسیلهٔ کارشناس مقدار نفقه را معین نموده، حکم بتأدیه قیمت آن میدهد. قول مشهور بر خلاف آنچه گفته شد، تمکین را شرط استحقاق نفقه زن میداند. بنابر قول مزبور از نظر دادرسی، چنانچه زن در دادگاه مطالبهٔ نفقهٔ گذشته خود را از شوهر بنماید، کافی نیست که اثبات زوجیت خود را بوسیلهٔ قباله نکاحیه بنماید، بلکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۷

علاوه بر آن، باید ثابت کند که در مدت مزبور وظایف زناشوئی را انجام داده است. یا آنکه زن بوسیلهٔ گواهان ثابت نماید که پس از عقد نزد شوهر فرستاده و خواسته که منزل تهیه کند و او را بمنزل خود ببرد و شوهر امتناع نموده است. یا آنکه زن ثابت کند که شوهر او را از خانه بیرون کرده است. یا آنکه شوهر قهر کرده بمنزل نیامده است، زیرا ظاهر این امور عدم انفاق است.

قانون، چون بطور مطلق، اجازه طلاق را بشوهر واگذار نموده، احتیاج بضمانت اجرائی شدیدی در مقابل سرپیچی زن از عدم انجام وظایف زناشوئی نداشته است، لذا هر زمان که شوهر نتواند زن خود را بوسیلهٔ نصیحت و یا ندادن نفقه در موارد نشوز وادار برعایت وظایف زناشوئی بنماید، برای رهائی خود میتواند او را طلاق دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۸

قسمت چهارم- استقلال زن در دارائی خود

اشاره

نکاح هیچ‌گونه محدودیتی در حقوق زن نسبت بدارائی او ایجاد نمیکند و مانند قبل از نکاح زن میتواند هرگونه تصرفی در دارائی خود بنماید و انتفاعی ببرد. همچنین زن میتواند برای اقامهٔ دعوی یا جوابگوئی از آن بدادگاه مراجعه کند. این است که ماده «۱۱۱۸» ق. م میگوید: «زن مستقلا میتواند در دارائی خود هر تصرفی را که میخواهد بکند». مهریه و جهیزیه نیز از دارائی زن است، بنابراین زن میتواند آزادانه تمام یا قسمتی از آنها را بیکی از ابوین یا خویشاوندان خود و یا آنکه بشوهر و یا هر شخص دیگری واگذار نماید، اگر چه بلاعوض باشد.

جهیزیه-

چون نام از جهیزیه برده شد بی‌مناسبت نیست کلمهٔ چند راجع بآن گفتگو شود:
جهیزیه عنوان خاصی در حقوق مدنی ندارد، ولی از اموری است که در روابط زناشوئی در ایران معمول و متداول است و آن عبارت از اثاث البیت و البسه‌ای است که در موقع عروسی زن همراه خود بمنزل شوهر میبرد. جهیزیه ملک زن است، اگر چه قبل از ازدواج، پدر و مادر برای او تهیه کرده باشند، زیرا ظاهر در دادن جهیزیه از طرف پدر و مادر بدختری که شوهر مینماید آنست که آنها قصد هبه آن را باو دارند. بنظر میرسد که جهیزیه از نظر تاریخی سوابق ممتدی داشته باشد و از بقایای دوران زندگانی خانواده است که چون دختری را بشوهر میدادند از خانوادهٔ پدری خارج میشده و از افراد خانواده شوهر محسوب میگردید، لذا با شوهر دادن او سهمی نیز از دارائی خانواده پدری باو داده میشده که همراه خود بمنزل شوهر ببرد، و آن نصیب مالی دختر از دارائی خانوادهٔ پدری میبود. وضعیت حقوقی جهیزیه در
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۵۹
حقوق بنی اسرائیل (که چنانچه پدر بدختر جهیزیه بدهد، دیگر از پدر ارث نمیبرد) مؤید این امر است.
جهیزیه‌ای که زن بمنزل شوهر میبرد عموماً مورد استفادهٔ آنان قرار میگیرد. ظاهر در این امر آنست که زن اجازه انتفاع از آنها را مجاناً بشوهر خود داده، لذا زن نمیتواند اجرت المثل آنچه شوهر استفاده میکند از او بخواهد، مگر آنکه زوجین در این امر توافق نمایند و یا زن صریحاً شوهر را منع نماید که در این صورت هر گاه باز شوهر استفاده کند غاصب است.
زن میتواند جهیزیه خود را کنار گذارده و البسه و اثاثیه لازم برای زندگانی را بعنوان نفقه از شوهر خود مطالبه بنماید.
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۰

قسمت پنجم- در فسخ نکاح دائم

اشاره

نکاح پس از آنکه منعقد گردید، رابطهٔ زوجیت بین زن و مرد ایجاد میشود. وضعیت حقوقی مزبور ادامه خواهد داشت تا نکاح منحل گردد. انحلال نکاح بیکی از سه امر: فسخ.
طلاق، فوت ممکن میباشد.
نکاح عقد خاصی است که دارای جنبهٔ عمومی و جنبهٔ مالی میباشد و باعتبار جنبهٔ مالی که دارا است احکام خاصهٔ معاملات تا آنجائی که منافات با جنبهٔ عمومی ندارد در آن جاری میگردد، بدین جهت غبن که بر مبنای تعادل ارزش عوضین قرار گرفته در نکاح راه ندارد و همچنین زوجین نمیتوانند بوسیلهٔ اقاله یعنی بتراضی یکدیگر آن را بر هم زنند و یا در نکاح، شرط خیار فسخ کنند که در مدت معینی بتوانند آن را منحل نمایند. ولی این امر مانع از آن نخواهد بود که قانون بجهات دیگری که موجب بر برهم‌ریختگی و از هم گسیختگی خانواده میگردد بهر یک از طرفین اجازه دهد که بتواند بارادهٔ خود رابطهٔ زناشوئی را از هم بگسلد تا از عواقب وخیم آن جلوگیری شود. و آن موارد را موارد فسخ نکاح نامند.
موجبات فسخ نکاح دائم عبارتند از:

اول- عیب

اشاره

عیب عبارت است از نقصان و یا زیادی که در وضعیت طبیعی چیزی یافت میشود و موجب عدم رغبت بآن میگردد. قانون هر عیبی

را موجب حق فسخ در نکاح قرار نـداده است، بلکه عیوبی را در یکی از زوجین موجب حق فسخ نکاح برای دیگری میدانـد که با ادامهٔ آن، زندگانی خانوادگی از هم متلاشی میگردد، لذا برای رعایت قاعدهٔ نفی ضرر حق فسخ نکاح را داده است.

عیوبی که بزوجین حق فسخ نکاح را میدهد بر دو قسمند: مشترك و مختص:

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۱

۱- عیوب مشترک

اشاره

عیوب مشترك عیوبی است که در هر یک از زوجین باشد طرف دیگر میتواند نکاح را فسخ نماید و آن عبارتست از:

جنون

اشاره

تنهـا عیبی که در هر یک از زن و شوهر باشـد حق فسـخ نکاح را بـدیگری میدهـد جنونست. ماده «۱۱۲۱» ق. م میگویـد: «جنون هر یک از زوجین بشرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای طرف مقابل موجب حق فسخ است».

تحقیق در اسباب پیـدایش جنون خـارج از علم حقوق است، ولی چون جنون دارای اقسـام و درجات مختلفی است، تشـخیص آنکه کدام یک موجب حق فسخ نکاح میگردد برای دادرس لازم است. بنابراین آنچه این مختصر اقتضا دارد ذیلا بیان میگردد:

۱- مـادهٔ بالاـ مطلق جنون را موجب حق فسـخ نکاح دانسـته است. بنابراین جنون بهر درجه که در یکی از زوجین یافت شود دیگری میتواند باسـتناد مادهٔ بالا نکاح خود را با مجنون فسخ نماید. تشخیص بیماری مزبور بوسیلهٔ پزشک روانی بعمل می‌آید و تشخیص او در مجنون بودن یکی از زوجین کـافی برای اعمـال حق فسـخ از ناحیـهٔ دیگری است. چنـانکه فقهـاء در کتب خود تصـریح مینماینـد اغماء و صرع موجب حق فسخ نمیگردد، همچنین است بلاهت و سفاهت.

۲- چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید شرط پیدایش خیار فسخ نکاح برای هر یک از زوجین در اثر جنون دیگری، استقرار آن میباشد. منظور از کلمهٔ اسـتقرار آنست که جنون اتفاقی و آنی نباشد و الا هرگاه یکی از زوجین یک‌دفعه دیوانه شود و سـپس بحالت عادی خود برگردد و از آن بیماری خلاصی یابد، حق فسخ نکاح برای طرف دیگر موجود نمیشود.

بنابراین هرگاه گواهی پزشك روانی دائر بر جنون کسی در حین معاینه که بعمل آمده مورد استناد مدعی فسخ در دادگاه قرار گیرد و طرف بگویـد صـحیح است، ولی جنون آنی و موقت بوده و بیمـاری بر طرف شـده است، دادگاه نمیتوانـد باسـتناد آن گواهی حق فسخ را ثابت بداند، مگر آنکه پزشك در گواهی نامهٔ خود تصدیق نماید که بیماری جنون، مستقر است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۲

۳- بنابر گفتهٔ مادهٔ بالا جنون خواه مستمر باشد و خواه ادواری، موجب حق فسخ میگردد. جنون مستمر را جنون مطبق نیز می گویند. جنون ادواری عبارت از جنونی است که در بعض مواقع عارض میشود، بـدین نحو که شـخص مـدتی عاقل و معمولی است و مـدتی دیوانه میگردد، خواه این امر منظم باشد و یا غیر منظم. تصـریح قانون بآنکه جنون ادواری موجب خیار فسخ میگردد از نظر آن است که ممکن بود بـدون ذکر آن تصور شود جنون ادواری که گاهی عارض شـخص میشود و سـپس مـدت نسـبتاً طولانی در حال افاقه است موجب حق فسخ نگردد.

شرح حق خیار فسخ در جنون هر یک از شوهر و زن:

الف- جنون شوهر-

چنانکه شوهر دیوانه باشد زن میتواند نکاح خود را فسخ نماید، خواه جنون او قبل از نکاح موجود و زن جاهل بآن بوده و یا آنکه پس از عقد حادث شده باشد، اعم از آنکه قبل از نزدیکی آنان با یکدیگر باشد یا بعد از آن. بنابراین هرگاه شوهر پس از عقد دارای جنون ادواری شود و زن پس از زندگانی و نزدیکی مکرر از جنون او آگاه گردد، میتواند نکاح خود را با او فسخ کند. ماده «۱۱۲۵» ق. م میگوید.

«جنون و عنن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود».

ب- جنون زن-

از نظر رعایت وضعیت اجتماعی و طبیعی زن، قانون تأثیر جنون زن را در ردیف جنون مرد در نکاح قرار نداده است و بدستور ماده «۱۱۲۴» و «۱۱۲۵» ق. م شوهر در صورتی میتواند نکاح را فسخ کند که زن او در حین عقد مجنون بوده و شوهر جاهل بآن باشد و الا هرگاه پس از عقد جنون عارض زن شود، شوهر نمیتواند نکاح را منحل نماید.

قانون بین موردی که شوهر پس از عقد مجنون شود و موردی که زن پس از عقد مجنون گردد فرق گذارده و در صورت اول بزن حق فسخ نکاح را داده و در صورت دوم چنین حقی را بشوهر نداده است. بنظر میرسد که فلسفه این امر آن باشد که چنانچه زن در دوران زناشوئی مجنون شود، شوهر میتواند بوسیلهٔ کار و فعالیت خود نفقه او را تأمین نماید و از او

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۳

نگاهداری کند و هرگاه چاره بر شوهر تنگ شود میتواند بوسیلهٔ طلاق از دست زن مجنون خود رهائی یابد. ولی بالعکس هرگاه شوهر پس از عقد مجنون شود، علاوه بر آنکه کسی نیست که بتواند نفقه آنان را بدهد، جز از طریق فسخ نکاح، زن راه خلاصی ندارد، این است که از گفتهٔ بعض از فقهاء مانند ابن ادریس باستناد روایتی فهمیده میشود، جنونی که در مرد پس از عقد یافت میشود و موجب فسخ نکاح میگردد باید بدرجه‌ای باشد که اوقات نماز را نداند. منظور از ندانستن اوقات نماز عدم تشخیص و ارزش تکالیف است.

از نظر دادرسی دادگاه میتواند در دعوی اثبات حق فسخ بوسیلهٔ یکی از زوجین باستناد جنون، مستقیماً خود رسیدگی بجنون بنماید و پس از اثبات آن، حکم بدارا بودن حق خیار فسخ بمدعی بدهد. یا آنکه قبلا بدادگاهی برای اثبات حجر رجوع شود و پس از صدور حکم حجر از آن دادگاه، دارندهٔ حق فسخ دادخواست دیگری برای اثبات حق خیار باستناد حکم حجر بدادگاه صالح بدهد و دادگاه باستناد حکم حجر پیوست دادخواست، حکم بوجود حق فسخ برای خواهان صادر نماید.

۲– عیوب مختص

اشاره

عیوب مختص عیوبی هستند که بعضی مختص بمرد و بعضی مختص بزن میباشد که طرف دیگر میتواند نکاح را فسخ نماید. هر یک از عیوب مختص جداگانه مورد گفتگو قرار میگیرد:

یک– عیوب مختص مرد

اشاره

ماده «۱۱۲۲» ق. م میگوید: «عیوب ذیل در مرد که مانع از ایفاء وظیفه زناشوئی باشد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود:

۱- عنن- بشرط اینکه بعد از گذشتن مدت یک سال از تاریخ رجوع زن بحاکم رفع نشود.

۲- خصی.

۳- مقطوع بودن آلت تناسلی. معلوم است قید (که مانع از ایفاء وظیفه- زناشوئی باشد) در ماده مربوط بخصی و مقطوع بودن آلت تناسلی است و الا عنن در صورتی محقق میگردد که مرد نتواند ایفاء وظیفهٔ زناشوئی بنماید. بنابراین در مورد خصی و مقطوع بودن

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۴

آلت تناسلی زمانی زن حق فسخ نکاح را دارد که شوهر نتواند ایفاء وظیفه زناشوئی کند و الا چنانچه قدرت بر این امر را داشته باشد زن نمیتواند نکاح را فسخ نماید.

شرح هر یک از عیوب سه‌گانه بالا:

الف- عنن-

و آن بیماریست که موجب میشود قوهٔ نشر آلت تناسلی مرد ضعیف گردد بطوری که نمیتواند نزدیکی کند. کسی که دارای این بیماری است او را عنین گویند.

در صورتی که شوهر عنین باشد که توانائی نزدیکی با زن خود و زن دیگر را نداشته باشد، زن میتواند نکاح را فسخ کند، ولی هرگاه شوهر بتواند با غیر زن خود نزدیکی کند، زن حق فسخ نکاح را نخواهد داشت، زیرا این حالت در مرد عنن نمیباشد و در اثر تخیلات روحی و امور نفسانی است که ممکن است در بعضی از مردها پیدا شود. مفید، بالعکس، عنن موجب فسخ نکاح را در صورتی میداند که شوهر نتواند با زن خود نزدیکی کند و عجز از نزدیکی با زن دیگر را شرط ندانسته است.

ظاهر عبارت مادهٔ بالا که میگوید (مانع از ایفاء وظیفه زناشوئی باشد) میتوان بر این نظر حمل نمود

عنن همچنانی که در حین عقد موجود باشد موجب حق فسخ برای زن میگردد، بدستور ماده «۱۱۲۵» ق. م هرگاه پس از عقد حاصل شود نیز زن میتواند نکاح را فسخ نماید. بعضی از فقهاء بر آنند که عنن حادث پس از عقد در صورتی موجب پیدایش حق فسخ برای زن میگردد که اصلا نزدیکی بین زن و شوهر واقع نشده باشد و الا- هرگاه آنان نزدیکی نموده باشند و لو یک‌دفعه و سپس شوهر بالمره عنین گردد، زن حق فسخ ندارد. از نظر قضائی با توجه باطلاق ماده «۱۱۲۵» ق. م نمیتوان از نظر مزبور پیروی نمود.

ماده «۱۱۲۵» ق. م: «جنون و عنن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود».

در صورتی که شوهر دارای انحراف جنسی باشد و بتواند از پشت با زن خود نزدیکی نماید ولی از جلو نتواند عنین محسوب نمیگردد و زن حق فسخ نکاح را بعنوان عنن ندارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۵

زن پس از اطلاع بر عنن شوهر چنانکه راضی بادامهٔ زناشوئی نباشد میتواند بحاکم رجوع نماید تا خود را از قید زناشوئی آسوده کند. بدستور شق ۱ مادهٔ بالا حاکم یک سال از تاریخ رجوع بدادگاه بشوهر مهلت میدهد تا با زن خود نزدیکی نماید و این امر را باو اخطار میکند. هرگاه در مدت مزبور نزدیکی ننمود، زن میتواند نکاح خود را فسخ کند.

بنظر میرسد که با انقضاء یک سال و رفع نشدن عنن، زن بتواند بدون رجوع بدادگاه نکاح را فسخ نماید، چنانچه ظاهر ماده نیز این امر را میرساند.

ب- خصاء-

خصاء بکسر خاء و مد، عبارت از اخته بودن مرد بوسیلهٔ کشیدن بیضه‌های او میباشد. شخص مزبور را خصی (بفتح خاء) گویند. در

حکم خصاء و جاء میباشد و آن عبارت است از کوبیده بودن بیضه‌های مرد. قول مشهور بر آنست که خصی اگر چه بتواند نزدیکی بنماید، زن او حق فسخ نکاح را دارد، بالعکس مبسوط و خلاف بر آنند که چنانچه شوهر خصی بتواند نزدیکی نماید، زن حق فسخ نکاح را نـدارد اگر چه انزال نشود. چنانکه از عبارت اول ماده «۱۱۲۳» ق. م بر می‌آیـد قانون مدنی متابعت قول اخیر را نموده است، لذا زن در خصاء شوهر، در صورتی میتواند نکاح را فسخ کند که خصاء مانع از انجام وظایف زناشوئی گردد.

قول مشهور بر آنست که چنانچه خصاء قبل از عقـد باشـد و زن در حین عقـد جاهل بآن بوده میتوانـد نکاح را فسخ نماید و هرگاه پس از عقد باشد نمیتواند. قانون مدنی در این امر متابعت از نظر مشهور نموده است، زیرا با آنکه در مقام بیان حق فسخ نکاح در اثر عیوبی که در زمان عقد موجود میگردد بوده، در مورد خصاء ساکت گذارده و حکم به اجازهٔ فسخ نداده است.

عده‌ای بر آنند که خصاء در شوهر خواه قل از عقد باشد یا بعد از دخول موجب پیدایش حق فسخ میگردد. بعضی بر آنند که خصاء هرگاه در زمان عقد و یا قبل از دخول باشد موجب پیدایش حق فسخ میگردد و الا چنانچه پس از دخول باشد زن حق فسخ ندارد.

ج- مقطوع بودن آلت تناسل-

اشاره

در اصطلاح حقوق امامیه آن را جب (بفتح جیم)

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۶

گویند و آن کس را مجبوب نامند. مقطوع بودن آلت تناسلی شوهر در صورتی موجب حق فسخ برای زن میشود که شوهر نتواند با او نزدیکی کنـد اگر چه بقدر حشـفه باشد، و الا هرگاه پس از قطع از آلت تناسـلی بقدر حشـفه باقیمانده باشد که بتواند با زن خود نزدیکی نمایـد، شوهر ایفـاء وظـایف زوجیت را نموده و زن حق فسـخ نکـاح را نـدارد. این امر اجمـاعی است و از مـاده نیز این نظر استنباط میشود. عده‌ای بر آنند که مقطوع بودن آلت تناسلی شوهر، چنانچه در زمان عقد بوده و زن جاهل بآن باشد میتواند نکاح را فسخ نماید و الا حق فسخ ندارد.

شیخ و قاضـی و عده‌ای دیگر بر آنند که مقطوع بودن آلت تناسلی موجب حق فسخ نکاح است اگر چه پس از عقد و پس از دخول حادث شده باشد. و این قول مشهور است.

بعضـی بر آننـد که مقطوع بودن آلت تناسـلی شوهر هرگاه قبل از عقد و یا قبل از دخول باشد، زن میتواند نکاح را فسخ بنماید و الا چنانچه پس از دخول حادث شود زن حق فسخ ندارد.

از نظر قضـائی گمـان میرود که هرگـاه پس از عقـد، شوهر بجهتی از جهـات خصـی یـا آلتش قطع گردد بطوری که نتوانـد وظایف زناشوئی را انجام دهـد، زن نمیتوانـد نکاح را فسخ نماید، زیرا با توجه بمفاد ماده «۱۱۲۵» ق. م در مورد عنن که اجـازه داده چنانچه پس از عقد حادث شود زن میتواند نکاح را فسخ نماید و در مورد خصـی و مقطوع بودن آلت تناسلی بسکوت بر گذار کرده است، میتوان استنباط نمود که قانون نخواسته در مورد مزبور حق فسخ بزن بدهد.

بعضـی از فقهاء مانند قاضـی، جذام، برص و نابینائی را نیز از عیوبی شمرده‌اند که چنانچه در شوهر موجود باشد زن میتواند نکاح را فسخ نماید. اسکافی در عرج (شلی) و زنان نیز حق فسخ بزن داده است.

از نظر حقوقی در مواردی که عیوبی در شوهر در حین عقـد موجود باشـد که ادامهٔ زنـاشوئی را دچار اختلال بنمایـد، میتوان باعتبار رفع ضرر و حرج، حق فسخ نکاح بزن داد، ولی از نظر قضائی نمیتوان با قوانین موجود پیروی از این عقیده نمود

مسأله- در صورتی که شوهر در اثر نقص خلقت دارای بیضه نباشد

و یا آلت جنسی او چندان کوچک باشد که نتواند ایفاء وظیفهٔ زناشوئی بنماید، بنابر مستنبط از شق ۱ مادهٔ

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۴، ص: ۴۶۷

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۷

«۱۱۳۰» ق. م زن میتواند درخواست اجبار شوهر را بطلاق بنماید (در طلاق شرح آن خواهد آمد)

دو – عیوب مختص زن

اشاره

بدستور ماده «۱۱۲۳» ق. م: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود:

۱– قَرَن.

۲– جذام.

۳– برص ۴– افضاء.

۵– زمین گیری.

۶– نابینائی از هر دو چشم» معانی که فقهاء برای الفاظ بالا گفته‌اند ذیلا بیان میگردد:

1- قرن

بفتح قاف و سکون راء یا فتح آن، استخوان زائدی است که در جلوی آلت تناسلی بعض از زنان است، که مانع از نزدیکی شوهر با او میگردد. و در صورتی که آن زیادی از گوشت باشد آن را عفل (بفتح اول و دوم) گویند. در یکی بودن معنی آن دو کلمه یا مختلف بودن آن دو بین لغویین و فقهاء اختلاف است و بسیاری از آنان معتقد بیکی بودن معنی آن دو میباشند.

بنظر میرسد که قرن در ماده اعم از عفل است، زیرا اصطلاحاً هر یک از دو کلمه چنانچه بتنهائی استعمال شود شامل معنی دیگر میگردد. این ساختمان غیر طبیعی آلت تناسلی زن، اگر چه بوسیلهٔ عمل جراحی پس از عقد بصورتی درآید که مانع از نزدیکی نباشد، حق فسخ شوهر زائل نمیگردد، زیرا حق مزبور بوسیلهٔ نکاح زنی که دارای وضعیت غیر طبیعی بوده بوجود آمده و در مورد تردید استصحاب میشود. بنظر میرسد که هرگاه عمل جراحی در رفع قرن طوری باشد که موجب تفویت استمتاع شوهر نگردد، حق فسخ او ساقط میشود، زیرا فسخ برای جبران زیان است و زیانی موجود نیست تا موجب فسخ باشد.

2- جذام-

بیماری مزبور را بفارسی خوره میگویند.

3- برص-

سفیدی که در پوست بدن انسان پیدا میشود و دارای خارش دردناکی است.

4- افضاء

یکی شدن مجرای بول و غایط و یا یکی شدن مجرای بول و حیض

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۸

است که در اثر پارگی بوجود می‌آیـد. پارگی مزبور را اگر چه بعد از عقد بتوان بوسیلهٔ عمل جراحی بصورت طبیعی درآورد، حق فسخ ساقط نمیگردد، زیرا حق مزبور در اثر عقد برای شوهر حاصل شده است و در مورد تردید در بقاء آن پس از عمل جراحی، آن حق استصحاب میشود.

5- زمین‌گیری-

زمین‌گیری را در اصطلاح فقها اقعاد گویند.

6- نابینائی از هر دو چشم

در این امر فرقی نمینمایـد که چشـمان زن در ظاهر سالم بنظر آیـد ولی دارای قوهٔ دیـد نباشـد و یا آنکه نابینائی از چشـمان او هویدا باشد. ضعف بینائی بهر درجه که باشد و همچنین لوچی و نابینائی از یک چشم موجب حق فسخ نمیشود.

تشـخیص هر یک از وضـعیتها و یا بیماریهای مـذکور در بالا و درجهٔ آن با پزشک متخصـص است که با رعایت معانی عرفی لغات، آن را تعیین خواهد نمود.

تذکر- 1-

عیوب مـذکور در بالاـ زمانی ایجاد حق فسـخ برای شوهر مینمایـد که در حین عقـد در زن موجود بوده و مرد جاهل بآن باشـد و الا هرگاه بعد از عقد بجهتی از جهات حادث گردد، اگر چه قبل از نزدیکی باشد، مرد حق فسخ نکاح را ندارد.

ماده «۱۱۲۴» ق. م میگوید: «عیوب زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در حال عقد وجود داشته است».

تذکر- 2

طبق قاعدهٔ کلی در ماده «۴۲۴» ق. م خیار عیب وقتی بوجود می‌آیـد که عیب مخفی و در حین عقـد موجود باشد. و چنانکه از ماده «۴۲۵» ق. م استنباط میشود.

عیب وقتی مخفی محسوب است که در زمان نکاح عالم بآن نبوده، اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است یـا اینکه ظـاهر بوده ولی ملتفت نشـده است. این است که ماده «۱۱۲۶» ق. م میگویـد: «هر یـک از زوجین که قبل از عقد عالم بامراض مـذکوره در طرف دیگر بوده، بعد از عقد حق فسخ نخواهد داشت». زیرا بهمان وضـعیت بنکاح با آن زن راضـی شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۶۹

دوم- تدلیس

اشاره

قانون مدنی تدلیس را در ماده «۴۳۸» ق. م در مورد بیع تعریف نموده میگوید:

«تـدلیس عبـارت است از عملیـاتی که موجب فریب طرف معامله میشود». بنابراین تـدلیس در مورد نکاح عبارت میباشـد از عملیاتی نسبت بزن یا مرد که موجب فریب طرف دیگر در ازدواج با او گردد.

عملیات فریبنده که موجب خیار تدلیس میگردد، ممکن است بوسیله شخص ثالث غیر از زوجین انجام گردد، مانند آنکه پدر یا مادر یا واسطهٔ دیگری اوصافی را بر خلاف حقیقت در یکی از زوجین برای طرف بگوید که سبب میل و رغبت او در انعقاد نکاح گردد و باعتماد وجود آن اوصاف ازدواج کند، همچنانی که ممکن است بوسیلهٔ خود زن یا شوهر باشد.
عملیات فریبنده بر دو قسم است: مثبت و منفی:

۱- عمل مثبت-

عمل مثبت ممکن است الفاظ یا نوشته باشد، مانند توصیف کردن زن یا مردی بسلامت مزاج و نداشتن عیب برای شخص دیگری که قصد ازدواج با او را دارد که باعتماد بر آن ازدواج نماید، هرگاه آن زن یا مرد دارای عیب باشد. فرقی نمینماید عیب مزبور از عیوبی باشد که سبب ایجاد حق فسخ میگردد مانند جنون، عنن و یا غیر از آن عیوب باشد مانند بلاهت، صرع و بعض بیماریهای غیر قابل علاج مثل سرطان. همچنین است توصیف کردن زن یا مردی را برای شخصی که قصد ازدواج دارد بصفات کمالی که باعتماد وجود آن صفات با او ازدواج کند هرگاه آن صفات را دارا نباشد. توصیف زن یا مرد در هر یکی از دو مثال بالا در غیر موردی ه شخص قصد ازدواج دارد و یا توصیف برای کس دیگری در مجلسی که زن یا مرد در آنجا حضور دارند، با آنکه باتکاء وجود آن صفات ازدواج نمایند، تدلیس محسوب نمیگردد.
عمل مثبت ممکن است از امور مادی باشد، چنانکه دختری سرش طاس باشد و بوسیلهٔ کلاه‌گیسی موهای انبوهی را در خود بنمایاند. و یا هرگاه سینه ندارد بوسیلهٔ سینه‌های
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۷۰
مصنوعی، سینهٔ برجسته برای خود بسازد و یا دندانهای او را در اثر بیماری کشیده باشند.
و بوسیلهٔ دندانهای عاریه وانمود کند که دندانهای او طبیعی میباشد و شوهر بتصور آنکه وضعیت طبیعی او همان است که مینمایاند با او ازدواج کند.
همچنین است هرگاه مردی که سوادی ندارد با ارائهٔ گواهی‌نامه مجعول، خود را مهندس ساختمانی معرفی کند و زن باتکاء آن با آن مرد زناشوئی نماید.
در موارد بالا یکی از زوجین، بوسیلهٔ عملیاتی مادی، اوصاف واقعی خود را پنهان داشته و یا صفات کمالی را بدیگری نمایانده و موجب رغبت و میل او در ازدواج شده که هرگاه بحقیقت امر آگاه میبود با او ازدواج نمیکرد. چون در اثر عملیات مزبور طرف فریب خورده و ازدواج کرده میتواند بعنوان تدلیس نکاح را فسخ نماید.

۲- عمل منفی-

عمل منفی و یا ترک عمل در موردی میتواند موجب تدلیس گردد که بجهتی از جهات، شخص مکلف بانجام آن بوده است، همچنانی که عدم ذکر عیوب مرد یا زن در مقامی که باید بیان گردد، موجب تدلیس میشود، مانند آنکه شخصی از دیگری که مورد اعتماد او است در ازدواج با مرد یا زنی مشورت کند و آن کس با علم بر عیوب او ازدواجش را صلاح بداند، بدون آنکه از آن عیوب ذکری کند.
بنابر آنچه گفته شد که در مورد تدلیس باید عملیاتی مثبت یا منفی انجام گیرد تا موجب فریب طرف دیگر در ازدواج شود، هرگاه در یکی از نامزدها عیبی باشد که از عیوب موجب خیار فسخ نکاح نباشد و نامزد دیگر و یا کسی که موجب انعقاد نکاح میشود.
اظهاری ننماید، از موارد تدلیس محسوب نمیگردد. همچنین است هرگاه یکی از نامزدها تصور صفت کمالی را در دیگری کند و یا

کسی که موجب انعقاد نکاح می‌شود با علم ببودن صفت مزبور و آگاهی بر تصور طرف خود، سکوت اختیار نماید.
در قانون مدنی مادهٔ که صراحتاً بنام خیار تدلیس، حق انحلال نکاح را بیکی از زوجین بدهد موجود نیست، ولی این امر بسادگی از عبارت (... عقد متبانیاً بر آن واقع
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۷۱
شده باشد) مذکور در ماده «۱۱۲۸» ق. م استنباط میشود. ماده «۱۱۲۸» ق. م: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». زیرا با نمایاندن یکی از زوجین صفتی در خود که موجب رغبت طرف دیگر شده و عقد نکاح باتکاء وجود آن صفت منعقد شده باشد عقد مزبور، باتکاء وجود آن صفت واقع گردیده است.

سوم- شرط صفت

اشاره

در صورتی که در عقد نکاح صفتی در یکی از زوجین شرط شود و سپس معلوم گردد که آن صفت در او موجود نبوده طرف دیگر میتواند باعتبار خیار تخلف وصف عقد نکاح را فسخ نماید. مثلًا هرگاه مرد بخواستگاری زنی برود و زن خود را متخصص در امراض زنانه و تحصیل کرده در کشور خارجه معرفی نماید و در عقد شرط شود که زن متخصص در امراض زنان است و پس از عقد معلوم شود که زن چندی در یکی از بیمارستانهای بیروت کلفتی یا پرستاری کرده است، شوهر میتواند نکاح را فسخ نماید. ماده «۱۱۲۸» ق. م میگوید: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد».
هر وصفی از اوصاف که دارای نفع و فائده عقلائی است و نامشروع نمیباشد میتوان در هر یك از زوجین ضمن عقد نکاح شرط نمود و چنانچه پس از عقد خلاف آن کشف گردد، مشروط له میتواند نکاح را فسخ کند. (بمواد «۲۳۴»- «۲۳۵» ق. م مراجعه شود) ممکن است عقد مبتنی بر وجود صفتی در یکی از زوجین منعقد شده باشد که اگر آن صفت را نداشت طرف دیگر نکاح را منعقد نمینمود اگر چه وصف مزبور ضمن آن ذکر نشده باشد. بنظر میرسد طبق عرف کنونی در ایران، دختری که هنوز شوهر نکرده باعتبار آنکه
حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۷۲
باکره است مرد با او ازدواج مینماید. بنابراین صفت مزبور اگر چه در عقد ذکر نشده باشد، ولی شوهر عقد را مبتنی بر آن واقع ساخته است، لذا هرگاه پس از عقد کشف شود که زن صفت بکارت را فاقد است مرد میتواند نکاح را فسخ بنماید.

فرع- ۱- در صورتی که هر یک از زوجین حق فسخ نکاح را بجهتی از جهات دارا باشد

مانند آنکه دختری تدلیس نموده و خود را دارای معلومات عالیه معرفی کرده و در عقد شرط شده که مرد دارای زن دیگری نیست، و پس از عقد کشف شود که دختر مرد را فریب داده و بی‌سواد است و شوهر هم زن دیگری دارد، هر یک میتواند آن را فسخ نماید و چنانچه خیار فسخ یکی از آن دو بجهتی مانند اسقاط یا تأخیر در اعمال آن ساقط گردد، حق فسخ دیگری بحال خود باقی است، زیرا حق فسخ هر یك مستقل است و ملازمهٔ بین آن دو موجود نیست تا سقوط یکی موجب سقوط دیگری شود.

فرع ۲- هرگاه یکی از زوجین در مدت عده طلاق بائن بر عیب طرف دیگر آگاهی یافت،

نمیتوانـد از حق خیار خود اسـتفاده نمایـد، زیرا فسخ انحلال نکاح است و با زوال رابطهٔ زوجیت بوسیلهٔ طلاق، انحلال مجدد آن در اثر فسـخ مورد نخواهـد داشت، زیرا این امر تحصـیل حاصـل است. بنـابراین چنـانچه شوهر، زن خود را قبـل از نزدیکی طلاق دهـد، سپس متوجه گردد که زن مبتلاـ بجنون بوده است، نمیتوانـد از عیب مزبور اسـتفاده نموده نکـاح را فسـخ کنـد تـا مهر نپردازد، بلکه طلاق قبل از نزدیکی واقع شده و زن مستحق نصف مهر المسمی خواهد بود. بعضی از فقهاء بر آنند که هرگاه زن بطلاق رجعی نیز مطلقه شـده باشـد یکی از زوجین نمیتوانـد در مـدت عـده در اثر عیبی که در طرف دیگر است نکاح را فسخ نماید. بنظر میرسد که چون مطلقه رجعیه زوجه یا در حکم زوجه است (و بـدین جهت شوهر میتوانـد در مدت عده بطلاق رجوع نماید و نفقهٔ زن بر عهدهٔ شوهر است و خواهر زن و همچنین زن پنجمی را نمیتواند بگیرد.
و در اثر فوت یکی از زوجین از دیگری ارث میبرد) لذا هر یک از زوجین میتواند در مدت عده از حق خیار فسخ خود اسـتفاده کند و نکاح را فسـخ نمایـد، زیرا با ثبوت حق فسـخ چنانچه تردیـد در سـقوط آن در اثر طلاق شود، بقاء آن استصـحاب میگردد و بدین طریق میتواند از

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۷۳

تکالیفی که در مدت عده طلاق رجعی بر عهده دارد خود را برهاند.

فرع ۳- قیم و ولی مجنونی که جنونش متصل بزمان صغر باشد چنانچه مصلحت مولی علیه اقتضاء نماید،

میتوانـد در مواردی که قانون حق خیار فسخ برای او شـناخته، نکاح را فسخ نماید، خواه مجنون زن باشد یا شوهر. همچنین است قیم با اجازه دادستان (مستنبط از حکم اجازه طلاق بولی و قیم مجنون مذکور در ماده «۱۱۳۷» ق. م و ماده «۸۸» قانون امور حسبی).

فوریت خیار فسخ

دادن حق خیار در موارد عیوب و تدلیس بیکی از زوجین برای جبران زیان روحی یا جسمی یا حیثیتی است که از بقاء نکاح متحمل میگردد. برای جلوگیری از زیـان، کـافی است مـدت زمانی باو فرصت داده شود که عادتاً بتوانـد نکاح را فسـخ نمایـد و آن فوریت عرفی است. اجـازه تأخیر و یا دادن فرصت بیش از آن مـدت برای فسـخ نکاح موجب زیان طرف دیگر خواهـد بود که او را با یک وضـعیت غیر ثابت و متزلزلی مواجه خواهـد نمود. این است که ماده «۱۱۳۱» ق. م میگویـد: «خیار فسـخ فوری است و اگر طرفی که حق فسـخ دارد بعـد از اطلاع بعلت فسـخ نکاح را فسـخ نکنـد خیار او ساقط میشود بشـرط اینکه علم بحق فسـخ و فوریت آن داشـته باشـد. تشـخیص مـدتی که برای امکان اسـتفاده از خیار لازم بوده بنظر عرف و عادت است». ماده اگر چه بطور اطلاق خیار فسـخ را فوری میدانـد، ولی بـا توجه باحکـام خیارات در بیع معلوم میگردد که در خیار شـرط، فوریت شـرط نیست و مشـروط له میتوانـد هر زمان بخواهـد عقـد را فسـخ کنـد و تأخیر آن موجب سـقوط حق خیار نمیگردد. منظور از فوریت مدتی است که در نظر عرف برای آنکه بتوانـد دارنـدهٔ حق خیـار، نکاح را فسـخ کنـد لازم میباشـد. این است که ذیل ماده بالا میگویـد: «.... تشـخیص مـدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده بنظر عرف و عادت است».

سقوط خیار فسخ

اشاره

چنانکه در شرح احکام خیارات در جلد اول گذشت حق خیار فسخ حق مالی است و بدو طریق ساقط میگردد:

۱- بوسیلهٔ ارادهٔ دارندهٔ حق-

دارندهٔ حق فسخ میتواند پس از عقد و پیدایش،

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۷۴

آن را ساقط نماید و میتواند سقوط آن را ضمن عقد نکاح و یا عقد دیگری شرط کند. بنابراین چنانچه ضمن عقد نکاح، سقوط خیار ناشیه از آن شرط شود هرگاه خیاری در اثر عقد بوجود آید، در لحظه‌ای که بوجود می‌آید بخودی خود ساقط میگردد، زیرا تحقق خیار منوط بانعقاد عقد است و تأثیر شرط سقوط نیز با انعقاد عقد نکاح میباشد. بنابراین مقدم داشتن تحقق خیار بر تأثیر شرط، برتری دادن یکی از دو امر مساوی، بر دیگری است.

۲- بوسیلهٔ قانون

قانون از نظر نظم اجتماعی، در بعض موارد برای رعایت عدالت و حفظ حق طرف دیگر، حقوق ثابت اشخاص را ساقط مینماید. یکی از آن موارد آنست که هرگاه کسی که حق خیار دارد، بعد از اطلاع بسبب خیار، نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط میشود.

جهل بحکم خیار و جهل بفوریت آن

اشاره

در صورتی که دارندهٔ حق خیار در اثر جهل بحکم و یا جهل بفوریت در اعمال آن تأخیر اندازد، بنابر تصریح ماده «۱۱۳۱» ق. م: «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع بعلت فسخ نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط میشود بشرط اینکه علم بحق فسخ و فوریت آن داشته باشد.

تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده بنظر عرف و عادت است».

شرح این امر در دو قسمت بیان میگردد:

الف- جاهل بحکم خیار-

و آن در صورتیست که دارندهٔ خیار جاهل بحکم قانونی باشد، مانند آنکه زن نداند که میتواند در اثر جنون عقد نکاح را فسخ کند و بدین جهت اقدام بآن ننماید و بتأخیر اندازد. پس از اطلاع بر حکم مزبور دارندهٔ خیار میتواند فوراً اخذ بخیار کند، زیرا جهل بحکم موجب معذوریت جاهل میگردد و فرقی بین جاهل بموضوع (جهل بجنون) و جاهل بحکم) بآنکه زن در جنون شوهر دارای حق خیار فسخ است) دیده نمیشود و خیار زن در اثر تأخیر در اعمال فسخ، ساقط نمیگردد و الا ضرری که در اثر جنون

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۷۵

شوهر متوجه او شده بدون جبران خواهد ماند. ترک جاهل از جستجوی حکم قانونی جنون، منافات با معذور بودن او ندارد و مانند ترک جاهل از جستجوی اصل جنون میباشد و الا باید بر آن بود که هر زنی باید پس از نکاح تحقیقات لازمه را نسبت بشوهر خود از رجوع بپزشکان برای دانستن وضعیت شوهر و معاینه دقیق او برای دانستن عیب مزبور بنماید و حال آنکه چنین تجسسی را قانون لازم نمیداند و هر زمان که زن بر جنون شوهر آگاه گردید، مادام که مشمول مرور زمان نشده است میتواند اخذ بخیار کند.

ب– جاهل بفوریت خیار–

و آن در صورتی است که دارنـدهٔ خیار جاهل بفوریت آن باشد، مانند آنکه زن نداند پس از آگاه شدن از جنون شوهر میتواند فوراً اخـذ بخیار کنـد و الا حقش ساقط میگردد و بـدین جهت اخـذ بخیار را مـدتی بتأخیر انـدازد. بنظر میرسد که جاهل بفوریت معذور میباشد و دارندهٔ خیار هر زمان که از لزوم فوریت آگاه گردید میتواند فوراً از خیار خود اسـتفاده کند، زیرا جهل بفوریت مانند جهل بحکم خیار است.

خیار جاهل بفوریت، در اثر تأخیر ساقط نمیشود و الا زیان او بـدون جبران میمانـد و حال آنکه منظور قانون از دادن حق فسخ جبران زیان متضـرر است. عـده‌ای از فقهاء امامیه بر آننـد که حق خیار جاهل بفوریت در اثر تأخیر ساقط میگردد، زیرا دارنـدهٔ خیار پس از علم بآن مـدتی وقت داشته که از آن اسـتفاده کنـد و رفع ضـرر از خود بنماید و حال آنکه از آن مدت اسـتفاده نکرده است. گفتار اینان بنظر موافق با قاعـدهٔ جبران ضـرر دارنـدهٔ خیار نمیباشد، زیرا همان علتی که موجب پیدایش حق خیار شده است ایجاب مینماید که جاهل بفوریت معـذور باشـد. چنانچه در اثر تأخیر در اعلام فسـخ شک گردد که حق فسـخ پس از زمان اول ساقط شـده یا باقی است بقاء خیار استصحاب میشود.

دعوی مـدعی، بجاهل بودن او بحکم خیار و یا فوریت آن بـدون دلیل پـذیرفته میشود، مگر آنکه طرد دیگر علم او را باین امر ثابت نمایـد، چنانکه طرف ثابت کنـد که مـدعی جهل، اطلاعات حقوقی کافی دارد و یا گواهانی بر کذب اظهار مدعی اقامه نماید که او بر وجود خیار و یا فوریت آن آگاه بوده است.

ناسی فوری بودن خیار، مانند جاهل بآن معذور میباشد، مثلا هرگاه زن قبلًا

حقوق مدنی (امامی)، ج۴، ص: ۴۷۶

میدانسـته که حق خیـار فسـخ نکاح را دارد و اخـذ بآن فوری است، ولی بعـداً بجهتی از جهات فراموش کنـد در این صورت پس از تذکر بآن، میتواند حق خیار خود را اعمال نماید، زیرا نسیان از حیث آثار در حکم جهل است.

فسخ ایقاع است

فسـخ چنـانکه در خیـارات جلـد اول گـذشت ایقـاع است و دارنـدهٔ حق خیار میتوانـد بوسـیلهٔ ارادهٔ خود آن را بوجود آورد و الزامی باعلام آن بطرف خود نـدارد. همچنین ثبت آن در دفتر ازدواج شـرط صـحت آن نمیباشـد، همچنـانی که تحقق آن محتاج بگواهی نیست، بلی ثبت آن در دفتـر رسـمی و گـواهی گواهـان برای اثبـات آن در دادگـاه در مقـام دادرسـی در صـورتی که اختلاـف بین زوجین یا قائم مقام آنها پیش آید لازم است.

آنچه گفته شـد منافات ندارد که ثبت فسخ مانند ثبت نکاح در دفتر ازدواج الزامی باشد و متخلف مجازات گردد (چنانکه شـرح آن خواهد آمد)

فسخ نکاح طلاق نمیباشد

فسـخ نکاح اگر چه عقـد را مانـند طلاق از زمان اعلام برهم میزند، ولی تأسـیس جداگانهٔ غیر از طلاق است و بدین جهت طبق ماده «۱۱۳۲» ق. م: «در فسـخ نکـاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است شـرط نیست». فسـخ نکاح بـدون تشـریفات صوری که در طلاق رعایت آن لازم میباشـد، از قبیل نبودن در طهر مواقعه و در عادت زنانگی و حضور دو شاهد عادل محقق میگردد. فسخ نکاح مانـند فسـخ معاملات، بوسـیلهٔ قصـد انشاء تحقق پیـدا مینمایـد و احتیاج برسـیدگی دادگاه و اثبات وجود حق مزبور نمیباشد مگر در مورد عنن که پس از رجوع بحاکم و گذشـتن یک سال از تاریخ مزبور زن بوسـیلهٔ، قصـد انشاء نکاح خود را فسـخ مینمایـد. اعلام

فسخ بهر وسیلهٔ ممکن است بعمل آید.

در اثر فسخ، نکـاح منحـل شـده و زوجیت بیش ادامه نخواهـد داشت. بعبـارت دیگر نکـاح که بـا تمامی آثار و احکام خود موجود میشود حیـات خود را ادامه میدهـد تـا زمان فسـخ که در آن تاریـخ رابطـهٔ زوجیت قطع شـده و بیش ادامه نخواهـد داشت پایان جلد چهارم

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

جلد پنجم

تتمهٔ کتاب هفتم در نکاح و انحلال آن

تتمهٔ باب اول نکاح دائم و طلاق

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ و به نستعین

مبحث دوم- در طلاق

مقدمه

اشاره

طلاق مصدر است و بمعنی رها شدن آمده و در اصطلاح عبارت از پایان دادن زناشوئی بوسیلهٔ یکی از زن یا شوهر میباشد.

پایـان دادن بزنـاشوئی بوسـیله طلاـق یکی از تأسیسات حقوقی است که مراحـل مختلفی را در مسـیر تـاریخی اقوام و ملـل پیموده و تحولاـت گونـاگونی را تحمل نموده است، دانشـمندان علم اجتماع و حقوق نظریات مخالف و موافق ابراز داشـته و تاکنون وضـعیت ثابتی را در عالم علم حقوق بخود نگرفته است که مختصری از آنها ذیلا از نظر میگذرد.

عقاید مختلفه در طلاق

حقوق کلیسا

در اوایل امر کلیسای کاتولیک با طلاق مخالف میبود. مبنای نظریهٔ مزبور گفتهٔ حضـرت مسـیح میباشد که موجب اختلافات شدیدی بین طرفـداران انجیلی گردیده است. بنظر سـنت ماتیو St. Matieu طلاـق ممنوع بوده مگر در مورد زنـای محصـنه که اجازه داده شده است. بنظر مارک Marc و سنت لوک St. Luc شدیداً طلاق ممنوع میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲

قرون متمادی بسیاری از رؤساء کلیسا که بین آنان ترتولین Tertulien دیده میشود طلاق را فقط در مورد زنای محصنه زن، اجازه میدادهانـد. نظریه غیر قابل انحلال بودن نکاح بوسـیلهٔ سـنت اگوسـتن St. Augustin دفاع شده و بوسـیلهٔ شورای پیشوایان عیسـی

مسیح از قرن هشتم میلادی از آن نظریه پشتیبانی میشده و از قرن دوازدهم نظریه اخیر دیگر مورد گفتگو و مخالفت قرار نگرفت و گراتین Gratien و پیردولومبارد PierredeLombard بر آن شدند که طلاق بسبب زنای محصنه ممنوع است. در قرن شانزدهم میلادی طرفداری از طلاق شدت یافت و در کشورهای پروتستانت اجازه داده شد و موارد جواز آن چندان توسعه یافت که از گفتار انجیل هم تجاوز نمود و دیگر انحصار بمورد زنای محصنه نداشت، سپس طلاق در کشور انکلوساکسون برقرار گردید.
در مناطقی که مذهب مسیحیت قدرتی داشته با قوانین قدیمه راجع بطلاق همیشه در اصطکاک بوده و مبارزه شدیدی با یکدیگر داشتند. حقوق رومی دوره امپراطوری با یک نظر وسیعی طلاق را اجازه میداده و بدون مداخله دادرس و یا موافقت طرف، شوهر و همچنین زن میتوانست طرف دیگر را رها کند.
مذهب یهود و همچنین عادات ژرمن بر آن بوده که شوهر میتواند زن خود را بدون وجود هیچ موجبی و بدون آنکه زن موافقت داشته باشد او را طلاق دهد.

حقوق فرانسه

در فرانسه بوسیلهٔ قانون ۲۰ سپتامبر ۱۷۹۲ میلادی با یک تسهیلاتی طلاق اجازه داده شد و با تغییرات مکرری که بتدریج در آن پیدا شد بالاخره قانونی در دوم آوریل ۱۹۴۱ گذشت و بوسیلهٔ اردنانس ۱۲ آوریل ۱۹۴۵ قسمتی از آن الغاء گردید، در موارد معینی دادگاه بدرخواست یکی از زن و شوهر، رسیدگی مینماید و طلاق میدهد.

حقوق ایتالیا

طلاق در ایطالیا قبلا موجود بوده ولی بعداً در اثر قدرت
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳
کلیسا ممنوع شد. در سال ۱۸۶۵ میلادی انتشارات مختلف و همچنین حقوقیین کوشش نمودند که طلاق را برقرار کنند، ولی موفق نشدند. ماده «۱۴۸» قانون مدنی ایطالیا تصریح مینماید که نکاح منحل نمیگردد مگر بوسیلهٔ فوت یکی از زوجین.

حقوق اسپانیا

طلاق را قبلا در موارد مختلفهٔ اجازه داده بود و در ۱۹۳۰ میلادی آن را الغاء نمود.

حقوق آلمان

قانون مدنی آلمان در ماده ۱۵۶۴– ۱۵۸۵ اجازهٔ طلاق داده است و قانون ششم ژوئیه ۱۹۳۸ تغییراتی در قانون مدنی ۱۹۱۰ آلمان داد.

حقوق انگلستان

بوسیلهٔ قانون سی‌ام ژوئیه ۱۹۳۷ میلادی سه مورد دیگر بر جواز طلاق بسبب زنای محصنه افزوده شد و اکنون در بسیاری از کشورهای اروپائی طلاق در موارد خاصی اجازه داده شده است.

حقوق شوروی

طلاق را باراده هر یک از زن و شوهر اجازه داده است.

باری بنابر آنچه در قوانین و مذاهب کشورهای مختلفه دیده میشود در انحلال نکاح بوسیلهٔ طلاق پنج نظریه موجود است:

۱- عدم انحلال نکاح، مگر در مورد فوت یکی از زوجین.

۲- انحلال نکاح بوسیلهٔ شوهر در موارد معینه.

۳- طلاق بدرخواست هر یک از زن و شوهر در موارد معینه بوسیلهٔ دادگاه.

۴- طلاق بارادهٔ شوهر بدون هیچ علت و موجبی.

۵- طلاق بارادهٔ هر یک از زن و شوهر بدون هیچ علت و موجبی.

شرح طلاق در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران در قسمت طلاق مانند قسمت نکاح از حقوق اسلام، طریقه مذهب جعفری پیروی نموده است و بدین جهت برای حل مشکلات مسائل آن و تفسیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴

مواد قانونی مطالعه فقه جعفری کمک شایانی مینماید، زیرا چنانکه ماده «۳» ق. آئین دادرسی مدنی تصریح میکند:

«دادگاههای دادگستری مکلفند بدعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵

باب اول- تعریف طلاق

طلاق عبارت از پایان دادن بنکاح دائم از طرف شوهر است.

چنانکه گذشت نکاح باعتبار جنبهٔ اجتماعی خود که سلول اولیه اجتماع را تشکیل میدهد، وضعیت مخصوصی را در بر دارد که قانون دست ارادهٔ طرفین را آنگونه که در معاملات میباشد از دامن آن کوتاه کرده است. ولی نمیتوان این سلول اجتماع را غیر قابل انحلال فرض نمود، زیرا امکان‌پذیر نیست زن و شوهر را که هر یک دارای خوی و اخلاق مختص بخود است، اجبار نمود با عدم توافق روحی دوران زندگانی خود را بزناشوئی ادامه دهند و مانع گردید که سلول تازهٔ قابل بقائی بوجود آورند. بدین جهت برای جلوگیری از اختلال نظم سلولهای اجتماعی، قانون مدنی طلاق را اجازه داده است و در ماده «۱۳۹» خود میگوید: «طلاق مخصوص عقد دائم است ...» در عقد منقطع چنانکه بعداً دیده خواهد شد بوسیلهٔ بذل مدت نکاح پایان داده میشود. ماده «۱۱۳۳» قانون مدنی حق انحلال نکاح دائم را بطور مطلق بدون آنکه علت مخصوصی را در نظر بگیرد بشوهر داده است. ماده «۱۱۳۳» ق م. «مرد میتواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». ولی چنانکه بعداً دیده خواهد شد قانون مدنی بزن نیز حق داده که بتواند در موارد معینهٔ درخواست طلاق بنماید: از قبیل مفقود الاثر شدن شوهر در مدت چهار سال (ماده «۱۰۲۹» ق. م)، استنکاف شوهر از دادن نفقه، عدم ایفاء سایر حقوق واجبه از طرف شوهر، سوء معاشرت شوهر بحدی که ادامهٔ زندگانی را غیر قابل تحمل سازد، امراض مسریه صعب العلاج شوهر که زن را در مخاطره اندازد (مادهٔ «۱۱۳۰» قانون مدنی).

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶

اختیار طلاق با شوهر است و صحت آن احتیاج بموافقت زن یا رسیدگی دادگاه و یا ثبت در دفتر رسمی طلاق ندارد، ولی تحقق

آن مانند ایقاعات دیگر از قبیل فسخ، ابراء، رجوع در طلاق نیست که هیچ‌گونه تشریفاتی را لازم نداشته باشد، بلکه ایقاعیست تشریفاتی که بدستور مادهٔ «۱۱۳۴» ق. م. باید بصیغه طلاق در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که صیغهٔ طلاق را بشنوند واقع گردد.
در طلاق مانند نکاح دو نفر نقش اساسی را بازی مینمایند: یکی شوهر که طلاق دهنده است و او را مطلق گویند و دیگری زن که طلاق داده میشود و او را مطلقه نامند. برای آنکه طلاق صحیح واقع شود باید هر یک از طلاق دهنده و مطلقه در وضعیت و شرائط خاصی باشند و تشریفات مخصوصی در آن رعایت شود که شرح آن بیان میگردد:
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷

باب دوم- شرایط صحت طلاق

فصل اول- شرایط طلاق دهنده

اشاره

برای آنکه طلاق صحیحاً واقع شود باید طلاق دهنده (شوهر) دارای اهلیت باشد:
حق طلاق بدستور مادهٔ «۱۱۳۳» ق. م. با شوهر است و آن یکی از حقوق مدنی میباشد و طبق مادهٔ «۹۵۸» ق. م: «هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود لیکن هیچ‌کس نمیتواند حقوق خود را اعمال و اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد».
این ستکه ماده «۱۱۳۶» ق. م. میگوید: «طلاق دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد».

شرائط طلاق دهنده را مادهٔ بالا دو امر قرار داده است: بلوغ و عقل

۱- بلوغ-

منظور ماده از بلوغ چنانکه گذشت رسیدن بسنی است که قانون فرض نموده شخص میتواند وارد اجتماع شود و نفع و ضرر خود را تشخیص دهد و از منافع خود دفاع نماید.
قانون اگر چه صریحاً سن بلوغ را بیان ننموده است، ولی چنانکه از ماده «۱۲۰۹» ق. م. استنباط میشود سن مزبور ۱۸ سال تمام فرض میشود. تفسیر ماده ببلوغ شرعی چنانکه بعضی تصور نموده‌اند بر خلاف روش حقوق مدنی است. ماده «۱۲۰۹» ق. م: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است، مع ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود». بنابراین کسی که کمتر از هیجده سال تمام دارد و حکم رشد او صادر نشده باشد، صغیر است و طلاق صغیر اگر چه ممیز باشد صحیح نمیباشد. عده‌ای از فقهای امامیه باستناد بعض روایات طلاق صغیر ممیز (ده سال تمام) را صحیح دانسته‌اند.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸
چنانکه از ذیل ماده بالا استنباط میشود کسی که حکم رشد او از دادگاه صادر گردد در حکم بالغ است و میتواند زن خود را طلاق دهد.
هرگاه پسری در اثر اعطاء معافیت از شرط سن پس از پانزده سالگی ازدواج نماید نمیتواند مادام که به هیجده سال تمام نرسد و یا حکم رشد او صادر نگردد زن خود را طلاق دهد، زیرا اعطاء معافیت از شرط سن از نظر قابلیت صحی برای ازدواج است و حکم رشد نمیباشد. با تصریح ماده «۱۱۳۶» ق. م. بآنکه طلاق دهنده باید بالغ باشد، اجازهٔ ولی یا قیم نمیتواند رفع نقص آن را بنماید

همچنانی که آنان نیز نمیتوانند بعنوان ولایت یا قیمومت زن صغیر را طلاق دهند. بر خلاف آنچه در معاملات است که صغیر ممیز باجازهٔ ولی و قیم میتواند معامله بنماید، و یا آنان بنمایندگی صغیر معامله کنند. شوهر پس از هیجده سال تمام اگر چه غیر رشید (سفیه) باشد میتواند زن خود را طلاق دهد، زیرا مادهٔ «۱۱۳۶» ق. م. رشد را از شرائط صحت طلاق بشمار نیاورده است و بدستور مادهٔ «۱۲۰۷» ق. م. غیر رشید فقط از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع است و طلاق موجب تصرف در اموال و حقوق مالی نمیگردد. مادهٔ «۱۲۰۸» ق. م. «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلائی نباشد».

۲– عقل

اشاره

شرط دیگری که ماده «۱۱۳۶» ق. م برای طلاق دهنده قرار داده عقل است. بنابراین مجنون باعتبار اختلال اعصاب دماغی نمیتواند رهائی زن را از قید زوجیت تصور نماید و آن را موضوع قصد خود قرار دهد. بدین جهت قانون برای عبارات مجنون ارزشی نشناخته است. در این امر فرقی نمینماید که مجنون دائمی باشد یا ادواری هرگاه طلاق در زمان جنون واقع گردد، ولی هرگاه شوهر در زمان افاقه زن خود را طلاق دهد، طلاق او صحیح میباشد. در صورتی که شوهر دیوانه باشد، نمایندهٔ قانونی او چنانکه ذیلا دیده میشود از طرف او طلاق میدهد.

الف ولی

ولی (که عبارت از پدر و جد پدری میباشد) نمایندهٔ قانونی

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹

مجنون است هرگاه جنونش متصل بزمان صغر باشد (ذیل مادهٔ «۱۱۸۰» ق. م).

چنانچه کسی پس از زمان صغر (یعنی ۱۸ سال تمام) مجنون گردد، قیم نمایندهٔ او است بوسیلهٔ دادگاه معین میگردد. بعضی از فقهای امامیه بولی اجازه نمیدهند که زن مجنون را طلاق دهد، زیرا طلاق را منحصر بشوهر میداند، ولی نظریه مزبور، در موردی که صلاح مجنون اقتضاء طلاق زن او را بنماید بر خلاف مصلحت مجنون است و الا هرگاه ولی نتواند زن مجنون را طلاق دهد او دچار زیان دائمی خواهد بود، بدین جهت مشهور بر آنند که ولی میتواند زن مجنون دائمی را طلاق دهد. قانون مدنی بپیروی از قول مشهور در ماده «۱۱۳۷» ق. م. میگوید: «ولی مجنون دائمی میتواند در صورت مصلحت مولی علیه زن او را طلاق دهد». و اجازهٔ دادستان را در این امر احتیاج ندارد، زیرا دادستان در امورات ولی مداخله نمیکند. در صورتی که شوهر مبتلا بجنون ادواری باشد، یعنی در بعضی اوقات جنون او زائل و حالت طبیعی پیدا کند، ولی نمیتواند در زمان جنون زن او را طلاق دهد زیرا زیان فوری که دفع آن منحصر بطلاق زن مجنون باشد متصور نیست و وضعیت مجنون ادواری دوام ندارد و افاقه پیدا مینماید و میتواند در حال افاقه زن خود را طلاق دهد. اما هرگاه مجنون ادواری در حال افاقه دچار بلاهت باشد و حالت عادی پیدا ننماید، ولی میتواند زن او را طلاق دهد: زیرا جنون مزبور در حکم جنون دائمی است.

ب– قیم

بدستور ذیل مادهٔ «۸۸» قانون امور حسبی: «... هرگاه طلاق زوجه مجنون لازم باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه، قیم طلاق میدهد» همچنانکه بدستور قسمت اول مادهٔ مزبور قیم میتواند باجازهٔ دادستان برای او ازدواج بنماید. منظور ماده از قیم، قیم مجنون دائمی است و الا قیم مجنون ادواری مانند ولی مجنون نمیتواند زن او را طلاق بدهد.

ج- وصی

وصـی میتوانـد برای مجنون در صورتی که از نظر پزشـکی لازم باشـد ازدواج نمایـد و همچنین میتواند زوجه مجنون را چنانچه لازم باشد طلاق دهد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰

زیرا وصـی قائم مقام ولی میباشد و اختیارات او را دارا است. دادگاه و دادسـتان هیچ‌گونه مداخله‌ای در امور ولایت ندارند و وصـی که بنماینـدگی از طرف ولی انتخـاب شـده است ماننـد ولی میباشـد و قانون حق نظارت در اعمال او را برای دادگاه و دادسـتان قرار نداده است. بنابراین نظر بمادهٔ «۱۱۳۷» ق. م که حق طلاق بولی مجنون میدهد، وصی مجنون دائمی میتواند در صورت مصلحت زن او را طلاق دهد.

فرع قانون نسبت بطلاق صغیر از طرف ولی و قیم سکوت اختیار نموده است، بنظر میرسد که با توجه بمادهٔ «۱۱۳۶» ق. م که بلوغ را شرط طلاـق دهنـده قرار داده، نخواسـته است بآنهـا اجـازهٔ طلاـق بدهـد و علت این امر هم آنست که صـغیر در مـدت کوتاهی کبیر میشود و تکلیف خود را میدانـد. قول خلاف از فقهای امامیه دیـده نشده و دعوی اجماع هم بر آن شده است. بنابراین هرگاه پسـری در اثر اعطاء معافیت از شـرط سن پس از پانزده سال تمام ازدواج نمایـد، ولی نمیتواند زوجهٔ او را طلاق دهد، اگر چه مصـلحتی هم در آن باشد و همچنین است قیم.

وکالت در طلاق

هر امری را میتوان بوسیلهٔ دیگری انجام داد، مگر آنکه قانون آن را بعهدهٔ خود شـخص گذارده باشد. بنابراین کلیه اموری که قانون تصریح ننموده که قائم بشخص است و یا قرائن و اوضاع و احوال دلالت بر آن ننماید، بوسیلهٔ غیر میتوان آن را انجام داد.

طلاق از اموری نیست که قائم بشخص باشد و الا نمایندهٔ قانونی شوهر (ولی، وصی. قیم مجنون دائمی) نمیتوانست آن را واقع سازد، بنابراین شوهر میتوانـد بدیگری وکالت و وکالت در توکیل غیر دهد تا زن او را طلاق گوید، همچنانکه میتواند زن را وکیل و وکیل در توکیل قرار دهد تا خود را مطلقه سازد. این است که مادهٔ «۱۱۳۸» ق. م میگوید: «ممکن است صیغهٔ طلاق را بتوسط وکیل اجراء نمود». در صـحت وکـالت در طلاـق فرق نمینمایـد که زوج غـائب باشـد یـا حاضـر. بعضـی از فقهاء امامیه وکالت در طلاق را برای شوهری که در محل زن حاضر باشد اجازه نداده و صحیح نمیدانند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱

شیـخ بر آنست که شـوهر نمیتوانـد بزن وکـالت دهـد که خود را طلاـق گویـد، اگر چه شوهر غـایب باشـد. مسـتند نظر مزبور ظهور نصوص در اجـازهٔ وکالت در طلاق بغیر است و الا تعـدد اعتباری طلاق دهنـده و مطلقه کافی میباشـد، مخصوصاً در طلاق که ایقاع است و بوسیلهٔ ارادهٔ واحد محقق میگردد.

شوهر بهر کس بخواهد وکالت میدهد که زن او را طلاق دهد، همچنانکه میتواند زن را وکیل نماید که مستقیماً و یا بتوکیل غیر در مدت معینی خود را طلاق بدهد و هیچ اشکال حقوقی در آن متصور نیست (ماده «۱۱۱۹» ق. م) وکالت شوهر در طلاق ممکن است مطلق باشد، چنانکه شوهر بزن وکالت دهد که خود را طلاق دهد یا بدیگری وکالت دهد که او را طلاق بدهد. و ممکن است مقید باشـد بـدین نحو که شوهر بگویـد: فلاـن کس وکیل است پس از شـش ماه در مـدت ده روز زن مرا طلاق دهـد. وکیل نمیتوانـد از حـدود وکـالتی که باو داده شـده تجاوز نمایـد. چنانکه هرگاه شوهر بطور مطلق وکالت بـدیگری بدهـد که زوجه او را طلاق گوید وکیل مزبور نمیتوانـد او را بطلاق خلع مطلقه نماید، زیرا طلاق خلع عبارت از دادن طلاق در مقابل مالی است که زوجه بشوهر بذل

مینماید، چنانکه در طلاق خلع شرح آن خواهد آمد. وکالت در طلاق ممکن است ضمن عقد لازمی قرار داده شود که زوج نتواند وکیل را عزل کند. این است که مادهٔ ۱۱۱۹ ق. م میگوید: «طرفین عقد ازدواج میتوانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد».

اجرای صیغهٔ طلاق پس از اثبات تحقق شرط در دادگاه، در صورتیست که شوهر انجام وکالت را متوقف بر اثبات تحقق شرط در دادگاه نموده باشد و الا چنانچه شوهر در

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲

وکالت قید ننموده باشد که اجرای طلاق متوقف بر اثبات تحقق شرط در دادگاه است، بلکه تشخیص تحقق شرط را بعهدهٔ وکیل گذارده باشد، زن بدون مراجعهٔ بدادگاه وکالتاً خود را طلاق میدهد. مثلًا هرگاه شوهر زن را وکیل نماید که هر زمان تشخیص دهد که نمیتواند با او زندگانی کند و یا آنکه نفقهٔ او یک ماه نرسد، میتواند خود را مطلقه نماید و احتیاج باثبات تحقق شرط در دادگاه نخواهد بود، زیرا وکالت مزبور مانند آنست که شوهر بزن وکالت داده باشد که پس از شش ماه خود را طلاق دهد یا وکالت داده باشد که هرگاه پول لازم داشتی خانه مرا بفروش.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳

فصل دوم شرایط مطلقه

اشاره

در مطلقه بلوغ و عقل شرط صحت طلاق نمیباشد، زیرا طلاق ایقاع است و زن مطلقه هیچگونه مداخله در تحقق آن ندارد. بنابراین شوهر میتواند زنی را که کمتر از ۱۶ سال دارد و در اثر معافیت از شرط سن ازدواج نموده طلاق دهد، همچنانکه میتواند زن مجنونه خود را طلاق دهد.

قانون مدنی برای جلوگیری از ازدیاد طلاق و معلوم بودن وضعیت زن از حیث حمل رعایت شرایطی را در زن در زمان طلاق لازم دانسته است.

مادهٔ «۱۱۴۰» ق. م میگوید: «طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست، مگر اینکه زن حامل باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود یا شوهر غایب باشد بطوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند».

مادهٔ «۱۱۴۱» ق. م میگوید: «طلاق در طهر مواقعه صحیح نیست مگر اینکه زن یائسه یا حامل باشد».

ماده «۱۱۴۲» ق. م میگوید: «طلاق زنی که با وجود اقتضای سن عادت زنانگی نمیشود وقتی صحیح است که از تاریخ آخرین نزدیکی با زن سه ماه گذشته باشد».

با توجه بمواد بالا زنانی که طلاق داده میشوند از نظر وضعیت مزاجی بر دو دسته‌اند:

۱- زنانی که شوهر میتواند در هر حال آنها را طلاق دهد

اشاره

زنانی که شوهر میتواند هر زمان بخواهد آنها را طلاق دهد، عبارتند از-

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴

۱- زنی که شوهر با او نزدیکی ننموده است ۲- زن یائسه ۳- زن حامل. اینک شرح هر یک از سه دسته بیان میگردد.

الف- زنی که شوهر با او نزدیکی ننموده است

در صورتی که شوهر پس از نکاح با زن نزدیکی نکرده باشد (خواه زن باکره باشد یا ثیبه) شوهر میتواند او را طلاق دهد اگر چه در عادت زنانگی باشد. منظور از نزدیکی در اصطلاح فقهاء عبارت از داخل شدن آلت مرد است بقدر حشفه در آلت زن، خواه از قبل باشد یا از دبر، اگر چه از مرد انزال نشود و باید در قانون مدنی نیز آن را ملاک نزدیکی قرار داد. بنظر میرسد که بنابر مستنبط از روح مواد مربوطه بطلاق وعده، داخل شدن آب مرد در زن اگر چه از راه نزدیکی نباشد در حکم نزدیکی است، بنابراین چنانچه شوهر با زن اصطکاک بنماید و یا تفخیذ کند که از آب او ریخته شود، آن زن در حکم زنی میباشد که با او نزدیکی شده است. خلوت کردن با زن در حکم نزدیکی محسوب نمیشود، اگر چه زن و شوهر در یک بستر هم خوابیده باشند.

ب- زن یائسه

یائسه از اصطلاحات فقهای امامیه است و آن بزنی گفته میشود که سن او از پنجاه سال قمری گذشته باشد. این امر در صورتیست که زن قرشیه نباشد و الا زمانی یائسه میشود که سن او از شصت سال قمری بگذرد. بزن مزبور باعتبار آنکه عادت زنانگی نمیبیند و از حامله شدن مأیوس است یائسه گفته میشود. خونی که ممکن است اتفاقاً زن یائسه ببیند استحاضه میباشد و حیض (عادت زنانگی) نیست.

زنی که در قرشی بودن او تردید میشود بکمک اعمال اصل عدم، در حکم غیر قرشی میباشد و در پنجاه سالگی یائسه میگردد، زیرا سن یائسه گی در زنان گذشتن پنجاه سال است و زنان قرشی استثناء هستند. شوهر میتواند زن خود را که از سن

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵

پنجاه یا شصت سالگی چنانچه قرشی باشد، تجاوز نموده است اگر چه مدت زمان کمی هم از نزدیکی شوهر با او گذشته باشد طلاق گوید.

ج- زن حامل

اشاره

زن حامل بزنی گفته میشود که دارای حمل باشد. دوران حمل از زمان انعقاد نطفه در رحم شروع میشود و بوضع حمل خاتمه پیدا مینماید. شوهر میتواند زن حامل خود را در طهر مواقعه طلاق دهد، اگر چه بلافاصله پس از نزدیکی با او باشد.

فرقی نمینماید که زن از شوهر حامل باشد یا از شبهه و یا زنا.

فرع

هرگاه شوهر در طهری که با زن نزدیکی نموده زن را طلاق دهد و پس از طلاق کشف شود زن آبستن بوده است، بنظر میرسد که طلاق صحیح باشد، زیرا چنانکه از ماده مستفاد میگردد، در مدت حمل زن را بدون رعایت هیچ شرطی میتوان طلاق داد. بعضی از فقهای امامیه بر آنند که لازم است مجدداً زن طلاق داده شود.

۲- زنانی که در زمان طلاق باید وضعیت مزاجی آنان در نظر گرفته شود

اشاره

زنـانی که در زمـان طلاـق بایـد وضـعیت مزاجی آنها در نظر گرفته شود، زنانی هسـتند که شوهر با آنان نزدیکی نموده و یائسه و یا حامل نمیباشند. زنان مزبور بر دو دسته‌اند: زنانی که عادت زنانگی می‌بینند و زنانی که عادت زنانگی نمیبینند.

دسته اول - زنانی که عادت زنانگی میبینند

اشاره

زنانی که عادت زنانگی می‌بینند زنانی هستند که بسن یأس نرسیده و عادت زنانگی را منظم یا غیر منظم میبینند.
شروطی که باید در زمان طلاق در زنانی که عادت زنانگی می‌بینند رعایت گردد تا طلاق آنان صحیح واقع شود عبارتند از:

الف - زن در مدت نفاس نباشد

نفاس عبارت از خونی است که از زن مقارن وضع حمل یا بعد از آن خارج
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶
میشود. اقل مـدت نفاس یک لحظه و اکثر آن ماننـد مـدت عادت زنانگی ده روز است و چنانچه بیش از آن مـدت باشد ده روز آن نفاس است و مازاد از آن استحاضه میباشد.
بدستور ماده «۱۱۴۰» قانون مـدنی طلاق زن در حال نفاس صـحیح نیست، مگر آنکه شوهر غایب یا در حکم آن باشـد که نتوانـد از وضعیت زن خود آگاه باشد (بشرح طلاق غایب که بعداً خواهد آمد رجوع شود).

ب - زن در عادت زنانگی نباشد

اشاره

عادت زنانگی را در اصـطلاح حقوق اسلام حیض گویند و آن خونیست که اغلب سیاه یا سرخ رنگ، غلیظ، گرم و با سوزش از زن خـارج میگردد. خونی که اغلب زرد رنـگ و سـرد و بـدون سوزش خارج میشود اسـتحاضه نامیـده شـده است و جزء عادت زنانگی محسوب نمیگردد.
چنانکه فقهاء میگوینـد اقل مـدت عادت زنانگی سه روز و اکثر آن ده روز است. بنابراین هر خونی که زن ببیند که کمتر از سه روز و یـا پس از ده روز باشـد اسـتحاضه است. وضـعیت عـادت زنـانگی در تمـامی زنـان یکسان نیست. در بعضـی از زنان دوران عادت زنـانگی از حیث مـدت و زمان پیـدایش منظم است، چنانکه در هر ماه یک مرتبه برای چنـد روز، مثلًا سه یا چهار یا پنـج روز عادت زنانگی میبینـد، ولی در بعض زنان دیگر دوران عادت زنانگی از حیث زمان پیـدایش منظم نیست، چنانکه گاه در یک ماه دو مرتبه و گـاه دیگر در دو مـاه یک مرتبه خون میبینـد و مـدت آن نیز متفاوت میباشـد و بالاخره بعضـی دیگر از حیث زمان پیـدایش مرتب است ولی مـدت آن متفـاوت میباشـد، چنـانکه در هر مـاه یـا در هر دو مـاه یـک مرتبه عـادت زنانگی منظماً می‌بینـد ولی مـدت آن متفاوت است.
گاه اتفاق می‌افتد که بعضی زنان در اثر عارضه بیماری دائماً ترشح خون در خود میبینند که در اصطلاح عوام دائم الحیض گویند.

فرع- طلاق شوهری که غایب است و از عادت زنانگی زن خود نمیتواند آگاه شود.

در صورتی که شوهر غایب باشد، یعنی در زمان طلاق در شهر دیگری باشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷

و نتواند اطلاع پیدا نماید که زن او در عادت زنانگی یا در طهر است، چنانچه زن خود را طلاق دهد، طلاق او صحیح است، اگر چه در حقیقت زن در مدت عادت زنانگی یا نفاس بوده است.

اجازهٔ طلاق بشوهر غایبی که اطلاع از وضعیت عادت زنانگی زن خود ندارد، بدون رعایت آنکه زن در مدت عادت زنانگی و نفاس است اجماع فقهای امامیه میباشد.

فقهای مزبور در آنکه غیبت چه مدت شوهر کافی برای صحت طلاق است اختلاف نموده‌اند. سبب اختلاف اینان اضطراب در عبارات اخبار مربوطه میباشد.

بعضی بر آنند که غیبت شوهر از محل و شهر زن کافی است، اگر چه مدت زمانی نگذشته باشد. بعضی دیگر مدت مزبور را سه ماه تعیین نموده‌اند. بعضی از روایات پنج ماه و شش ماه متذکر شده‌اند. بعضی از فقهاء بر آنند که برای صحت طلاق غایب کافی است که شوهر بداند که زن او از طهر مواقعه بطهر دیگر در آمده است و این امر با احتساب بقیه مدت طهر مواقعه با توجه بسوابق عادت زنانگی زن مزبور بعمل می‌آید، که نوعاً شوهران از آن آگاه میباشند.

با توجه بنظریات مختلفه مذکور در بالا، نظری که قانون مدنی در ماده «۱۱۴۰» از آن پیروی نموده (شوهر غایب باشد بطوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند) بیش با اصول حقوقی منطبق است. منظور ماده از عبارت مزبور آنست که شوهر بوسیلهٔ احتساب عادت زنانگی زن خود بداند که او از طهر مواقعه خارج شده و عادت زنانگی بعد از آن را هم دیده است، اگر چه بوضعیت فعلی او که در طهر یا عادت زنانگی است جاهل باشد.

بنابراین شخص غایب در صورتی میتواند زن خود را بدون رعایت شرط مذکور در ماده (در مدت عادت زنانگی نبودن) طلاق دهد که از طرق عادی و سهل مانند احتساب عادت زنانگی با توجه بسوابق امر یا بوسیله پرسش از کسان خود یا کسان زن، نتواند آگاه شود که زن او فعلًا در چه وضعیتی میباشد و الا برای دادن طلاق، شوهر باید مدتی را انتظار بکشد که بداند طهر مواقعه و همچنین عادت زنانگی

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸

پس از آن پایان پذیرفته است و در طهر میباشد. اما هرگاه شوهر غایب بتواند از وضعیت زن خود آگاه گردد و بدون رعایت شرائط لازمه او را طلاق دهد و سپس کشف شود که زن در عادت زنانگی بوده طلاق او باطل است. بنابر آنچه گذشت:

الف- هرگاه شوهر زمانی بمسافرت رود که زن در عادت زنانگی باشد، او نمیتواند زن خود را طلاق دهد، مگر پس از آنکه بداند مدت عادت زنانگی مزبور تمام شده است. پس از آن مدت طلاق او صحیح است اگر چه معلوم گردد که طلاق در مدت عادت زنانگی واقع شده است.

ب- هرگاه شوهر زمانی بمسافرت رود که زن در طهری باشد که با او نزدیکی نکرده است زمانی میتواند او را طلاق دهد که نداند او در مدت عادت زنانگی میباشد.

طلاق مزبور صحیح است اگر چه بعداً معلوم شود که طلاق زن در عادت زنانگی واقع شده است.

ج- هرگاه شوهر زمانی بمسافرت رود که زن در طهری باشد که با او نزدیکی کرده است، شوهر باید انتظار تمام شدن بقیه مدت طهر و همچنین انقضاء مدت عادت زنانگی بعد از آن را بکشد و سپس میتواند زن را طلاق دهد. در این صورت طلاق مزبور صحیح است اگر چه بعداً معلوم گردد که طلاق در مدت عادت زنانگی واقع شده است.

آنچه در سه فرض بالا- گفته شد آسان است، هرگاه شوهر مدت طهر و عادت زنانگی زن خود را بداند، و الا هرگاه آن را نداند

باید مدتی را انتظار بکشد تا قطع نماید که مدت طهری که نزدیکی با زن نموده و عادت زنانگی پس از آن گذشته است. مدت مزبور با توجه باقل و اکثر مدت طهر و عادت زنانگی، کمتر از یک ماه نمیتواند باشد.

شوهری که بمسافرت نرفته و از محل زن دور نمیباشد، ولی بجهتی از جهات برای او ممتنع یا مشکل است که بتواند بر وضعیت زن اطلاع حاصل نماید در حکم

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹

غائب است، مانند شوهری که در زندان بسر میبرد و یا زنش از او قهر نموده و بمسافرت و یا خانه خویشان خود رفته است و معاشرت با او ندارد.

ج- زن در طهر مواقعه نباشد

اشاره

بدستور ماده «۱۱۴۱» ق. م: «طلاق در طهر مواقعه صحیح نیست مگر اینکه زن یائسه یا حامل باشد». طهر در اصطلاح حقوق اسلام عبارت از مدتیست که بین دو عادت زنانگی قرار دارد و اقل مدت آن ده روز میباشد. چنانکه ماده تصریح مینماید مرد نمیتواند زن خود را در مدت طهری که با او نزدیکی نموده طلاق دهد، بلکه باید در طهری طلاق واقع شود که شوهر با زن خود نزدیکی ننموده است.

بنابراین شوهری که با زن خود در طهر نزدیکی نموده هرگاه بخواهد او را طلاق دهد، باید انتظار بکشد تا عادت زنانگی زن برسد و آن را بگذراند و سپس در طهری که موجود میگردد او را طلاق بدهد. فلسفهٔ این امر آنست که با گذشتن طهر مواقعه و گذشتن عادت زنانگی بعد از آن وضعیت زن از حیث حاملگی معلوم میشود.

چنانکه از دو مادهٔ «۱۱۴۰» و «۱۱۴۱» ق. م استظهار میشود هرگاه شوهر در مدت عادت زنانگی با زن خود نزدیکی نماید، میتواند پس از انقضاء بقیه مدت عادت زنانگی در طهر پس از آن، زن را طلاق دهد. بعضی از فقهاء تصریح نموده‌اند که شوهر نمیتواند او را در طهر پس از عادت زنانگی مزبور طلاق دهد، بلکه باید عادت زنانگی دوم نیز تمام شود و در طهر دوم او را طلاق بدهد، زیرا آنچه در حقیقت شرط صحت طلاق است پاک بودن رحم زن از حمل میباشد و آن بدیدن یک دوره عادت زنانگی تمام پس از نزدیکی محرز میگردد، و مجرد دیدن طهری که نزدیکی در آن بعمل نیامده کافی نمیباشد. متابعت فقهاء مزبور دور از روش تفسیر قضائی میباشد.

فرع

هرگاه غایب یا کسی که در حکم غائب است زن خود را طلاق دهد و بعداً معلوم شود زن در طهر مواقعه بوده آن طلاق باطل است، بر خلاف آنکه هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰

معلوم شود که زن در مدت عادت زنانگی بوده است. زیرا بآسانی غائب میتواند خروج زن خود را از طهر مواقعه بوسیلهٔ احتساب مدت بداند، ولی برای او دشوار و گاه غیر ممکن است که بداند حقیقتاً زن در طهر است و در مدت عادت زنانگی نمیباشد. استنباط حکم مذکور در بالا باعتبار آنست که مادهٔ «۱۱۴۱» ق. م طلاقی را که در طهر مواقعه واقع شود صحیح نمیداند، مگر در دو مورد و آن یائسه و حامل است. بنابراین چنانچه معلوم شود طلاق غائب در طهر مواقعه واقع شده است باطل خواهد بود، بخلاف آنکه در مدت عادت زنانگی قرار گیرد که بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۱۴۰» ق. م صحیح میباشد. بعضی از فقهاء طلاق مزبور را چنانچه مدت

مدیدی از نزدیکی با زن گذشته باشد صحیح دانسته‌اند.

زیرا رعایت شرائط صحت طلاق در آن شده است.

دستهٔ دوم– زنانی که عادت زنانگی نمیبینند

اشاره

در اصطلاح حقوقیین اسلام بزنی که سن او اقتضا مینماید عادت زنانگی بشود و در اثر عارضهٔ کسالت و یا طبیعهً آن را نمیبیند مسترابه گویند. آنچه راجع ببطلان طلاق در مدت عادت زنانگی و همچنین در مدت طهر مواقعه گفته شد، در صورتی است که زن عادت زنانگی ببیند و الا بدستور مادهٔ «۱۱۴۲» ق. م: «طلاق زنی که با وجود اقتضای سن عادت زنانگی نمیشود وقتی صحیح است که از تاریخ آخرین نزدیکی با زن سه ماه گذشته باشد». حکم مزبور در صورتی است که با توجه بسوابق زن معلوم باشد که عادت زنانگی نمیبیند و الا هرگاه اولین مرتبهٔ باشد که عادت زنانگی او تأخیر افتاده است، پس از گذشتن سه ماه شوهر نمیتواند زن مزبور را طلاق دهد، بلکه باید انتظار بکشد که یا عادت زنانگی را ببیند و یا آنکه معلوم گردد که دیگر آن را نخواهد دید، زیرا ممکن است در اثر عارضه بیماری موقتاً عادت زنانگی تأخیر بیفتد بدون آنکه حامله باشد و سپس بهبودی حاصل نماید و مجدداً عادت زنانگی بشود.

فرق نمینماید که ندیدن عادت زنانگی زن در اثر طبیعت او باشد و یا در نتیجه شیر دادن کودک و یا بیماری عارض او شده باشد.

بنابراین چنانچه شوهر بخواهد زنی را

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱

که عادت زنانگی نمیبیند طلاق دهد، باید سه ماه از نزدیکی با او خودداری نماید و سپس او را طلاق دهد و الا چنانچه در مدت کمتر از سه ماه طلاق دهد، آن طلاق باطل خواهد بود. گذشتن مدت سه ماه از تاریخ نزدیکی با زن، لازم نیست بقصد مقدمهٔ طلاق باشد، بلکه کافی است که سه ماه بجهتی از جهات مانند مسافرت، بیماری و امثال آن شوهر با زن خود نزدیکی ننموده باشد.

توضیح

مادهٔ بالا- اگر چه مطلق و شامل زن حامل و غیر حامل میگردد، ولی با توجه بملاک مادهٔ «۱۱۴۰» و «۱۱۴۱» ق. م که شرح آنها گذشت، چنانچه مسلم باشد زن حامل است، شوهر برای طلاق انتظار مدت سه ماه نخواهد کشید و هر زمان میتواند او را طلاق دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲

فصل سوم صیغه طلاق

اشاره

طلاق چنانکه تذکر داده شد ایقاع است و بوسیلهٔ ارادهٔ شوهر برها نمودن زن خود محقق میشود، بشرط آنکه بصیغهٔ طلاق اعلام گردد. موافقت زن در طلاق لازم نیست و با عدم رضایت او نیز واقع میشود و احتیاج بآگاهی او نیز ندارد.

شرائط صحت طلاق:

اشاره

طلاق زمانی موجب انحلال نکاح میگردد که دارای شرایط زیر باشد:

۱– طلاق دهنده دارای قصد باشد:

منظور از قصد، قصد انشاء رهائی میباشد و آن عبارت از ایجاد رهائی است در عالم تصور که قانون آن را معتبر شناخته است، لذا اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب زن خود را طلاق دهد یا لفظ را بدون در نظر گرفتن معنی اداء نماید چون قصد رهائی زن را ندارد و الفاظی که ادا نموده پوستی بدون مغز است، آن طلاق باطل میباشد. این است که ماده «۱۱۳۶» ق. م شرط صحت طلاق را قاصد بودن طلاق دهنده دانسته است.

۲– مورد قصد رهائی، باید زن معین باشد:

زنی که طلاق داده میشود باید معین باشد، زیرا قصد انشاء رهائی بدون آنکه موردش تعیین گردد نمیتواند موجود شود. چنانچه کسی بخواهد یکی از دو امر را مورد قصد انشاء رهائی قرار دهد، تصوری باطل است و این امر در عالم مادی شبیه بآن است که کسی یکی از دو شیئی را بردارد، زیرا قبل از برداشتن تصور است و پس از برداشتن فرد معین را برداشته است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳

۳– طلاق دهنده باید دارای رضا باشد:

قصد انشاء رهائی بتنهائی بدون داشتن رضا، نمیتواند تأثیر حقوقی منظور را بنماید، زیرا شرط تأثیر قصد در اعمال حقوقی رضایت کسیست که قصد مینماید و آزادی اراده بر آن استوار است، لذا طلاق دهنده باید در وضعیت معتدلی باشد که نفع و ضرر خود را بسنجد و اختیار کامل در عمل خود داشته باشد و آن در محیط آرام بدون اکراه بوجود می‌آید، لذا هرگاه طلاق دهنده مکره باشد طلاق او صحیح نیست. این است که مادهٔ «۱۱۳۶» ق. م میگوید: طلاق دهنده باید مختار باشد. بنابراین هرگاه طلاق دهنده مکره باشد، نمیتواند بوسیلهٔ رضای بعدی آن را تنفیذ نماید، زیرا ماده شرط صحت طلاق را مختار بودن طلاق دهنده قرار داده است.
قول مزبور مورد اتفاق فقهای امامیه میباشد، بر خلاف آنچه در معاملات است که هرگاه یکی از طرفین در حین معامله مختار نباشد، بدستور مادهٔ «۲۰۹» ق. م بوسیلهٔ امضای معامله پس از رفع اکراه تنفیذ میگردد. چنانکه در شرایط اساسی صحت معامله گذشت طبق ماده «۲۰۲» ق. م: «اکراه باعمالی حاصل میشود که مؤثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت بجان یا مال یا آبروی خود تهدید کند بنحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه‌آمیز، سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود».
ماده «۲۰۴» ق. م میگوید: «تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای مؤثر بودن اکراه بسته بنظر عرف است».
ماده «۲۰۵» ق. م میگوید: «هرگاه شخصی که تهدید شده است بداند که تهدیدکننده نمیتواند تهدید خود را بموقع اجرا گذارد و یا خود شخص مزبور قادر باشد بر اینکه بدون مشقت اکراه را از خود دفع کند و معامله را واقع نسازد آن شخص مکره محسوب نمیشود». بنابراین هرگاه مردی که زن دارد، در پنهانی زن دیگری
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴
بگیرد، و شوهر در اثر اطلاع زن اول، خود را در موقعیت خطرناکی از ناحیهٔ او ببیند و بیم آن داشته باشد که مورد سوء قصد قرار

گیرد و بـدون آنکه تهدیـدی بشود، زن دوم را طلاق دهـد، مکره محسوب نمیشود. مسـتفاد از مادهٔ «۲۰۸» ق. م که میگویـد: «مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آن کس تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمیشود».

هرگاه کسی در نتیجهٔ اضطرار مانند فقر و پریشانی یا بدرفتاری زن ناچار شود زن خود را طلاق دهد، طلاق مزبور در اثر اکراه نبوده و بنابر مستنبط از مادهٔ «۲۰۶» ق. م صحیح است. مادهٔ «۲۰۶» ق. م: «اگر کسـی در نتیجـهٔ اضـطرار اقدام بمعامله کند مکره محسوب نشده و معاملهٔ اضطراری معتبر خواهد بود».

در مواردی که زن حق دارد شوهر را اجبار بطلاق نماید و بوسیلهٔ دادگاه او مجبور بطلاق گردد، طلاق مزبور در نتیجهٔ اکراه نبوده و صحیح است. مستنبط از ماده «۲۰۷» ق. م. مـاده «۲۰۷» قانون مـدنی: «ملزم شدن شـخص بانشاء معامله بحکم مقامات صالحهٔ قانونی اکراه محسوب نمیشود».

۴– طلاق باید بصیغهٔ طلاق باشد

اشاره

چنانکه گـذشت در ایقاعات ارادهٔ حقیقیه کافی برای ایجاد مقصود میباشد و احتیاج بچیزی که دلالت بر قصد کند ندارد، مگر آنکه قانون بآن تصـریح نمایـد، زیرا در ایقاع حضور طرف و رضایت و اطلاع او شـرط تحقق مقصود نمیباشـد. بعبارت دیگر ارادهٔ حقیقیه در ایقاعـات برای ایجـاد مقتضـای منظور، احتیـاج بارادهٔ انشائیه نـدارد، مگر آنکه بجهت خارج قانون آن را لازم بدانـد. یکی از آن موارد طلاق است.

چنانکه ماده «۱۱۳۴» حاکی است قانون مدنی مقرون بودن ارادهٔ حقیقیه رهائی را بهر چیزی که دلالت بر قصد کند کافی برای تحقق طلاق ندانسته، بلکه بر آنست که آن

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵

چیز باید لفظ و بصیغه طلاق باشد. ماده «۱۱۳۴» ق. م: «طلاق باید بصیغهٔ طلاق باشد ...»

یعنی باید صیغهٔ طلاق که طلاق دهنده میگوید از مشتقات کلمهٔ طلق باشد. این خصوصیت باعتبار اهمیتی است که قانون برای طلاق شناخته و تشـریفات مخصوصی را برای تحقق آن قرار داده است. مشهور فقهای امامیه بر این قول است. اما از اطلاق عبارت شیخ در نهایه و بعض پیروان او احتمال داده میشود که طلاق بهر لفظی که مرادف طلاق باشـد، بهر زبانی محقق میگردد، اگر چه شوهر قادر بگفتن صیغه مخصوص نیز باشد.

بنابر نظر مشـهور لفظی که در ایقاع طلاق بکار میرود، علاوه بر آنکه باید مشـتق از کلمهٔ طلاق باشد، باید در صـیغه‌ای بکار رود که حاکی از قصـد انشاء رهائی باشـد. بنابر آنچه فقهای امامیه متذکرنـد آن الفاظ عبارتنـد از: انت طالق یا فلانـهٔ طالق. اما کلمات دیگر اگر چه از طلاق مشـتق شده باشد مانند انت مطلقهٔ یا طلقت فلانهٔ کفایت نمینماید، همچنانی که بکلمات دیگری از قبیل انت خلیهٔ یا انت بریهٔ، طلاق محقق نمیگردد، اگر چه قصد طلاق بآن بنماید.

اطلاـق مـاده بالاـ اگر چه ظاهر در آنست که هرگاه شوهر قـدرت بر انشاء طلاق بصـیغهٔ مخصوص نداشـته باشـد بغیر آن طلاق واقع نمیشود، ولی چنانکه از روح مواد قانونی استنباط میگردد، این امر در صورت دانستن صیغهٔ مخصوص است و الا شوهر میتواند بزبان دیگری غیر از عربی بوسـیلهٔ لغـتی که مـترادف بـا آن باشـد زن خـود را طلاـق دهـد زیرا دلیلی موجـود نیست که شوهر بایـد صـیغهٔ مخصوص را بیاموزد و سپس اقـدام بطلاق بنمایـد و یا آنکه وکیلی برای اجرای صـیغهٔ طلاق انتخاب نماید تا بوسـیلهٔ او اجرا گردد. فقهاء امامیه بر این امر تصـریح نموده‌اند. بنابر آنچه گذشت در صورتی که شوهر لال باشد میتواند بوسـیلهٔ نوشـتن زن خود را طلاق دهد، زیرا در صورت عدم قدرت بر تلفظ، نوشتن بیش از اشاره میتواند قصد نویسنده را برساند. در صورتی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶

شوهر قدرت بر نوشتن خط نداشته باشد، بوسیلهٔ اشارهٔ که مبین قصد و رضا است زن خود را طلاق میدهد. مستنبط از مادهٔ «۱۹۲» ق. م که میگوید: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشارهٔ که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود».

برای آنکه طلاق صحیحاً واقع گردد کافی است که شوهر یک مرتبه بگوید:

انت طالق و چنانچه چندین مرتبه آن را تکرار نماید، مانند آنکه شوهر بگوید: انت طالق، انت طالق یا هی طالق، هی طالق، بغیر از یک طلاق واقع نمیگردد.

در صورتی که شوهر بگوید: او سه دفعه طالق است (هی طالق ثلاثاً) سه طلاق واقع نمیشود. اما در اینکه آیا با گفتن عبارت مزبور یک طلاق واقع میگردد یا هیچ‌یک واقع نمیشود، فقهای امامیه دارای دو قول میباشند: قول مشهور بر آنست که در اثر آن یک طلاق واقع میشود. فقهای عامه بر آنند که سه طلاق واقع میگردد و شوهر نمیتواند باو رجوع کند و چنانچه زن مزبور بخواهد بازدواج همان مرد در آید، باید بدیگری شوهر کند و پس از انحلال نکاح مزبور، با شوهر اول نکاح نماید.

دلیل بر بطلان نظریه اخیر آنست که طلاق یکی از اسباب انحلال نکاح است و پس از آنکه محقق گردید نکاح منحل میشود و طلاق مجدد منوط بایجاد زوجیت مجدد است. بنابراین تحقق سه طلاق منوط بر آنست که زن پس از هر طلاق بزوجیت مرد درآید و سپس طلاق داده شود و این امر بوجود نیامده است و آنچه در خارج واقع شده آنست که بوسیله گفتن انت طالق در مرتبه دوم زنی که رابطه زوجیت با او قبلًا منحل بوده مجدداً طلاق داده شده و آن تحصیل حاصل است و هیچ‌گونه اثری ندارد.

فرع

هرگاه شوهر از پیروان مذهب اهل تسنن و معتقد باشد که بسه مرتبه طلاق دادن مکرر و یا بگفتن هی طالق ثلاثاً، سه طلاق واقع میشود، طبق معتقد او رفتار میگردد و شوهر نمیتواند رجوع بآن نماید و یا بدون محلل نکاح مجدد با آن زن

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷

کند، خواه زن از پیروان مذهب شیعه باشد یا از پیروان مذهب دیگری غیر از شیعه، زیرا حقوق امامیه مقررات هر مذهبی را نسبت به پیروان آن محترم و لازم العمل میشمارد.

۵- انشاء طلاق باید منجز باشد

ماده «۱۱۳۵» ق. م میگوید: «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق بشرط باطل است» زیرا طلاق که انحلال سلول اولیه اجتماع است تأثیر عمیقی در نظم اجتماعی دارد و نباید دستخوش تزلزل و انتظار زوجین قرار بگیرد، لذا ارادهٔ طلاق دهنده بر رهائی زن باید منجز و قطعی انجام گیرد. در صورتی که تحقق رهائی زن معلق باشد، یعنی پیدایش آن متوقف بر امر دیگری قرار داده شود مانند آنکه کسی بگوید: زوجهٔ خود را طلاق دادم هرگاه تا دو ماه دیگر آبستن نشود و یا آنکه هرگاه حمل او پسر نباشد، طلاق باطل است، زیرا وضعیت زناشوئی از زمان طلاق تا تاریخ پیدایش معلق علیه متزلزل خواهد بود و زوجین باید انتظار وجود معلق علیه را بکشند، و این امر منافات باثبات و استقرار سازمان خانواده دارد. در صورتی تعلیق در طلاق موجب بطلان میگردد که معلق علیه از امور آینده باشد، خواه محتمل الوقوع باشد مانند مثال بالا و خواه محقق الوقوع مانند آنکه بگوید: تو را طلاق دادم هرگاه فردا صبح آفتاب طلوع کند، و الا چنانچه معلق علیه از شرایط صحت طلاق باشد و یا از اموری باشد که در حین طلاق موجود است، مانند آنکه شوهر بگوید: چنانچه زن من باشی، یا هرگاه من زنده‌ام تو را طلاق دادم طلاق مزبور صحیح است، زیرا اینگونه طلاق اگر چه از نظر ادبی معلق است ولی در حقیقت پیدایش آن متزلزل و منوط بتحقق امر دیگری نمیباشد، بلکه با قصد انشاء موجود میگردد.

۶- تعیین زن در صیغهٔ طلاق

زنی که شوهر قصد طلاق او را کرده است، باید در خارج در موقع اجرای صیغهٔ طلاق نیز تعیین شود و آن بوسیلهٔ ذکر نام او یا ذکر ضمیر یا اشاره بعمل می‌آید، مگر آنکه مرد دارای یک زن باشد که در این صورت چنانچه بگوید: زوجتی طالق، زن او مطلقه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸

میگردد، زیرا موضوع قصد شوهر بغیر از آن زن نمیتواند دیگری قرار گیرد، بخلاف آنکه مرد زنهای متعددی داشته باشد، مگر آنکه قصد زن معینی را از بین آنها بنماید، در این صورت گفتهٔ شوهر بر منظور خود بدون دلیل پذیرفته میشود. هرگاه شوهر قصد زن معینی را در طلاق ننموده باشد، بعضی از فقهاء مانند محقق در شرایع بر آنست که زن مطلقه بوسیلهٔ قرعه تعیین میگردد. ابو حنیفه و شافعی بر آنند که تعیین آنها بعهدهٔ شوهر گذارده میشود. مفید و مرتضی و ابن ادریس و شیخ در یکی از دو قولش بر آنست که طلاق مزبور باطل است، در انتصار و آنچه از طبریات حکایت شده اجماع بر این امر است. بنظر میرسد که قول اخیر با اصول حقوقی موافق است زیرا قصد انشاء (در عقد یا ایقاع) بدون تعیین موضوع قابل تحقق نمیباشد، زیرا ایجاد قصد انشاء در ذهن محتاج بوجود موضوع آن در ذهن است، همچنانی که نمیتوان عملی را در خارج بدون آنکه موردی داشته باشد واقع ساخت.

فرع- میتوان دو یا چند زن را بوسیلهٔ یک صیغه طلاق رهائی بخشید

چنانکه در قسمت عقود و تعهدات گذشت که میتوان چند امر را مورد یک عقد قرار داد مانند آنکه کسی خانهٔ شهر و باغ شمیران و اتومبیل خود را بیک ملیون ریال بفروشد.

همین‌گونه میتوان چند امر متعدد را مورد ایقاع قرار داد، مثلاً مردی که دارای چهار زن است میتواند دوتای آنها را بیک صیغه طلاق دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹

فصل چهارم حضور دو شاهد

اشاره

بدستور مادهٔ «۱۱۳۴» ق. م: «طلاق باید بصیغهٔ طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد» برای جلوگیری از کثرت طلاق، قانون تحقق آن را مشروط بتشریفاتی قرار داده که بدون آن طلاق محقق نمیگردد. طلاق تنها سند قضائی است که صحت آن منوط بتشریفات است که با فقدان آن طلاق باطل میباشد. علت این امر آنست که هرگاه بدون تشریفات طلاق واقع گردد، ممکن است شوهر در اثر عصبانیت هر زمان بتواند زن خود را طلاق دهد و این امر موجب سستی خانواده که هستهٔ اولیه اجتماع است میگردد. تشریفات مزبور علاوه بر صیغه مخصوص، حضور دو مرد عادل است که صیغهٔ طلاق را بشنوند. اینک شرح شرائط دو شاهد و اجراء صیغه نزد آنان، ذیلاً بیان میگردد:

۱- اجرای صیغهٔ طلاق در حضور دو شاهد

چنانکه ظاهر ماده حاکی است حضور دو نفر شاهد شرط صحت طلاق میباشد، خواه از آنان خواسته شده باشد که صیغه طلاق را استماع بنمایند و برای آن حاضر شده باشند، یا آنکه در مجلسی که چندین نفر برای کار شخصی خود نشسته‌اند شوهر صیغهٔ طلاق را بگوید و آنان بشنوند. دو نفر شاهد مزبور غیر از شوهر یا وکیل زوجین میباشد که صیغهٔ طلاق را اجراء مینماید.

برای صحت طلاق باید صیغهٔ طلاق در حضور دو شاهد گفته شود و کافی نمیباشد که صیغهٔ طلاق نزدیکی از دو شاهد در جلسه‌ای ایراد شود و نزد شاهد دیگر، آن صیغه تکرار گردد. ظاهر ماده هم که حضور دو نفر مرد عادل را لازم دانسته، حضور آنان در یک جلسه است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰

۲- مرد بودن دو شاهد

چنانکه مادهٔ بالاـ تصریح میکند طلاق باید در حضور دو مرد گفته شود. منظور از مرد کسی است که بسن ۱۸ سال تمام رسیده باشد، زیرا بکسی که بسن بلوغ قانونی نرسیده در عرف حقوقی مرد اطلاق نمیشود. ناچار باید کسی که شاهد در طلاق قرار میگیرد عاقل باشد و چنانچه مجنون ادواری است در حال افاقه باشد، زیرا چنانکه ماده «۱۱۳۴» ق. م متذکر است دو مرد باید صیغه طلاق را بشنوند و منظور از شنیدن صیغهٔ طلاق توجه بمفهوم و مقصود گویندهٔ آنست، نه آنکه صدائی بگوش آنان برسد، و مجنون توجهی که لازم است ندارد، بدین جهت باید آشنا بزبانی باشند که صیغه طلاق بآن زبان خوانده میشود. اما سفه بنظر میرسد که مانع از شاهد بودن در طلاق نباشد، زیرا سفیه ممنوع از تصرف در اموال و حقوق مالی خود میباشد و این امر مانع از شاهد بودن، یعنی شنیدن صیغه طلاق نخواهد بود. بنابر صریح ماده که حضور دو مرد را لازم دانسته، یک مرد و یک زن و یا دو زن نمیتواند شاهد طلاق قرار گیرند.

۳- عادل بودن دو شاهد

عادل کسی است که دارای ملکهٔ عدالت باشد. عادل یکی از اصطلاحات حقوق اسلام است و آن عبارت از مسلمانیست که دارای حالت روحی باشد که گرد ارتکاب گناهان کبیره نگردد و اصرار بر ارتکاب گناهان صغیره نیز نداشته باشد، آن حالت را ملکهٔ عدالت گویند. حسن ظاهر در اشخاص کاشف از وجود ملکه عدالت در آنها است. منظور از حسن ظاهر در شخص آنست که هرگاه از کسانی که او را میشناسند از وضعیت او سؤال شود آنها او را مرد درستکار و نیکی بدانند و اظهار دارند که از او عمل زشتی ندیده‌اند. بدین جهت است که عده‌ای از فقهای امامیه بر آنند که عدالت حسن ظاهر است و اکثر فقهاء بر آنند که عدالت ملکهٔ نفسانیه است و بعضی مانند صاحب نهایه و راوندی بر آنند که اسلام شهود کافی برای صحت طلاق میباشد.

چنانکه عبارت مادهٔ بالا (دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند) حاکی میباشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱

برای صحت طلاق لازم نیست که دو مرد عادل شرائط لازم برای گواهی را که از اقسام ادله اثبات دعوی بشمار آمده دارا باشند، بلکه ممکن است آن دو نفر از خویشاوندان نزدیک زوجین، مانند ابوین شوهر یا زن باشند و یا کور و یا آنکه محکوم بمجازات جنائی باشند و یا آنکه دعوی مدنی یا جزائی بین آنان با شوهر و یا زن مطرح باشد (ماده «۴۱۲ و ۴۱۳» آئین دادرسی مدنی و مادهٔ «۱۳۱۳» ق. م)، زیرا اینان شاهد در طلاق هستند و شاهد در دعوی نمیباشند و از نظر تهیه دلیل، گواهی آنان خواسته نشده است.

اما آنچه در ماده «۸» نظامنامهٔ دفتر ثبت ازدواج و طلاق مورخ ۱۴/ ۲/ ۱۳۱۷ نوشته شده (اشخاص کور یا گنگ یا کر یا محجور یا غیر بالغ یا غیر رشید نمیتوانند معرف یا شاهد باشند) از نظر تشریفات ثبت طلاق در دفتر رسمی طلاق است.

۴- دو شاهد باید زن و شوهر را بشناسند

با توجه بنحوهٔ بیان مادهٔ بالا که شنیدن طلاق را بوسیلهٔ دو نفر مرد عادل لازم دانسته، معلوم میگردد که شوهر طلاق دهنده و زنی که

طلاق داده میشود تا اندازه‌ای که رفع جهل نماید باید نزد دو شاهد معلوم باشند و لزومی ندارد آنان را کاملًا بشناسند.
بنابراین کافی است که دو نفر شاهد از حیث نام یا مشاهده، زوجین را از دیگران تمیز دهند.
باری با توجه بمادهٔ «۱۱۳۴» ق. م چنانچه دو نفر شاهدی که صیغه طلاق را میشنوند مرد نباشند و یا آنکه عادل نباشند و یا صیغهٔ طلاق را نشنوند چنانکه کر باشند و یا حواس آنان متوجه امر دیگری باشد، طلاق محقق نمیگردد. لذا هر یک از زن و مرد میتواند با اثبات یکی از امور بالا در مرجع صلاحیتدار درخواست اعلام بطلان طلاق را بنماید.
بنابر آنچه گذشت چنانچه در نظر شوهر و یا وکیل او که زن را طلاق میدهد گواهان عادل باشند، ولی در حقیقت فاسق بوده‌اند، کسی که از فسق آنان آگاه میباشد نمیتواند آن طلاق را صحیح بداند و بر آن ترتیب اثر دهد. همچنین هرگاه وکیل در طلاق گواهان را عادل بداند، ولی شوهر آنان را فاسق شمارد، طلاق واقع نشده محسوب و نکاح سابق در نظر او باقی است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۲

باب سوم- مواردی که زن میتواند درخواست طلاق بنماید

اشاره

طبق قاعدهٔ مذکور در مادهٔ «۱۱۳۳» ق. م شوهر منحصراً باردهٔ خود میتواند بوسیلهٔ طلاق زوجیت را منحل بنماید و بزن چنین حقی داده نشده است که از قید زناشوئی رهائی یابد، ولی در مواردی که ادامهٔ زناشوئی برای زن غیر قابل تحمل است قانون استثناء باو اجازه داده است که بتواند از دادگاه درخواست طلاق کند:

۱- در مورد غایب مفقود الاثر

چنانکه در قسمت غائب مفقود الاثر در شرح مواد «۱۰۲۹» و «۱۰۳۰» ق. م. در جلد چهارم کتاب حقوق مدنی گذشت، زن میتواند هرگاه شوهر او چهار سال غائب مفقود الاثر باشد از دادگاه درخواست طلاق بنماید. دادگاه با رعایت مادهٔ «۱۰۲۳» ق. م او را طلاق میدهد.

۲- در مورد استنکاف شوهر و یا عدم قدرت او از دادن نفقه

اشاره

بدستور مادهٔ «۱۱۲۹» ق. م: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او بدادن نفقه، زن میتواند برای طلاق بحاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار بطلاق مینماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».
چنانکه ماده مزبور حاکی است زن در دو مورد زیر میتواند از دادگاه درخواست کند که شوهر را اجبار بطلاق نماید:
اول- در صورتی که شوهر از دادن نفقه آیندهٔ زن با قدرت بر آن استنکاف نماید- چنانکه در قسمت نفقهٔ زوجه در کتاب جلد چهارم گذشت، نفقه زمان گذشته زن دائم دین و بر عهدهٔ شوهر است و زن میتواند در دادگاه اقامهٔ دعوی نموده و
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۳
آن را از شوهر بخواهد دادگاه رسیدگی نموده و حکم بتأدیه آن صادر مینماید. حکم دادگاه پس از سیر مراحل قانونی اجرا میگردد.

چنانچه شوهر مفاد حکم را طوعاً اجرا نکنـد و نتوان آن را اجرا نمود، زن نمیتواند درخواست اجبار شوهر را بطلاق بنماید، زیرا دین مزبور مانند دیون دیگر شوهر است و منشأ آن اگر چه نفقهٔ زمان گذشـته میباشد، ایجاب نمینماید که حق درخواست طلاق بزن داده شود، چه اجازهٔ طلاق بزن برای عدم امکان ادامهٔ زناشوئی است و ادامهٔ زناشوئی منوط بتأدیهٔ دین گذشـتهٔ شوهر نمیباشد. مثلًا هرگاه شوهری یک سال نفقـهٔ گذشـته زن خود را نـداده باشد و حکم بر محکومیت او و اجرائیه صادر شود و او امتناع از تأدیهٔ آن نماید و در اثر عـدم قـدرت مالی او نتوان مفاد حکم را اجرا کرد، ولی مطابق مقررات قانونی نفقـهٔ آینده زن را مرتب تأدیه مینماید و قبلًا هم در بانگی تودیع نموده است، هیچ منطقی اجازه نمیدهد که بتوان شوهر را مجبور بطلاق نمود.

اما نسبت بنفقـهٔ زمان آینده که عدم تأدیهٔ آن ادامهٔ زناشوئی را برای زن دچار زحمت مینماید، چنانچه شوهر امتناع از دادن آن کند و نتوان بوسیلهٔ حکم دادگاه او را الزام بتأدیـهٔ آن نمود، زن میتوانـد از دادگاه اجبار شوهر را بطلاق بخواهـد. اختصاص اجبار شوهر بطلاق در مورد عـدم تأدیهٔ نفقهٔ آیندهٔ مفاد ماده «۱۱۲۹» قانون مـدنی است که میگوید: «در صورت اسـتنکاف شوهر از دادن نفقه و عـدم امکـان اجراء حکم محکمه و الزام او بـدادن نفقه، زن میتوانـد برای طلاق بحاکم رجوع کنـد و حاکم شوهر او را اجبار بطلاق مینمایـد.» زیرا نفقه در اصـطلاح بآنچه برای زنـدگانی لازم است گفته میشود، مگر آنکه قرینه موجود باشـد که منظور از نفقه دینی است که موضوع آن، نفقهٔ زمان گذشته میباشد.

طریق درخواست طلاق در اثر ندادن نفقه

چنانکه در جلد چهارم شـرح آن گذشت، زن دادخواست نسبت بنفقهٔ آینده خود بدادگاه تقدیم میدارد و آن را مطالبه مینماید. پس از رسیـدگی و صـدور حکم محکومیت شوهر بـدادن نفقهٔ زمان آینده و قطعی شدن آن، اجرائیه طبق مقررات قانونی صادر میگردد. پس از ابلاغ اجرائیه هرگاه شوهر طوعاً آن را اجرا ننمود و در اثر اجبار شوهر و بدست نیامدن

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۴

دارائی برای او، نتوان مفـاد حکم دادگـاه را اجرا نمود، زن دادخواست دیگری بخواسـتهٔ طلاـق طبق مـادهٔ بالاـ بـدادگاه صـلاحیتدار میدهـد. دادگاه پس از تعیین جلسه و رسیـدگی بـدرخواست مزبور و ثابت شـدن آنکه شوهر از دادن نفقه خودداری دارد و الزام او ممکن نمیباشد، شوهر را محکوم مینماید که زن خود را طلاق بدهد.

پس از آنکه حکم طلاـق بمرحلـهٔ نهـائی رسـید (یعنی دیوان کشور آن را ابرام نمود) اجرائیه طبق آن صـادر میگردد و بشوهر ابلاـغ میشود. هرگاه ده روز بگـذرد و شوهر زن خود را طلاق ندهـد، دادگاه ماننـد احکام دیگر آن را اجرا مینماید، یعنی بدرخواست زن شوهر را بازداشت میکند و چنانچه شوهر مفاد حکم را اجرا ننمود، دادگاه بوسیلهٔ نامهٔ نمایندهٔ خود را بدفتر طلاق معرفی مینماید که زن را از طرف حاکم طلاق دهد.

دوم- در صورتی که شوهر عاجز از دادن نفقه زمان آیندهٔ زن دائم خود باشد- طبق قسـمت اخیر مادهٔ «۱۱۲۹» ق. م که میگوید. «... همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه» زن میتواند بوسیلهٔ دادخواست باسـتناد عجز شوهر از دادن نفقه درخواست اجبار او را بطلاق بنمایـد. دادگاه پس از رسیـدگی و ثبوت آنکه شوهر توانائی دادن نفقهٔ آیندهٔ زن خود را ندارد، حکم میدهد که شوهر او را طلاـق دهـد و ماننـد فرض بالاـ حکم اجرا میشـود. مثلًا زن برای اثبـات عجز شوهر خود میتوانـد گواهی‌نامـهٔ آورد که تـاکنون شوهرش نزد تاجری مسـتخدم بوده و در اثر آنکه ناتوان و فرتوت شده است تاجر او را بیرون کرده و هر چه دارائی داشته‌اند فروخته و خورده‌انـد و دیگر چیزی نـدارد که نفقه زن را بدهـد و قـادر بتهیه آن هم از راه کسب و کـار نیست، و یا آنکه شوهر او زمین‌گیر شـده و از کـار بازمانـده و راهی برای اعاشه نـدارد. دادگاه بـدعوی مزبور رسیـدگی مینمایـد و در صورت صـحت ادعای زن حکم میدهد که شوهر او را طلاق دهد. چنانچه شوهر در ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه، مفاد آن را اجرا

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۵

ننمود، و از اجبار او هم نتیجه حاصل نگردید، دادگاه بوسیلهٔ نمایندهٔ خود در دفتر رسمی، او را طلاق میدهد.

۳- در مورد عدم ایفاء سایر حقوق واجبه از طرف شوهر

مادهٔ «۱۱۳۰» ق. م میگوید: «حکم مادهٔ قبل در موارد ذیل نیز جاری است:

۱- در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد ...» عبارت سایر حقوق واجبه مذکور در مادهٔ مزبور کنایه از نزدیکی جنسی است که شوهر باید آنگونه که طبیعت و وضعیت مزاجی او و زن اقتضا مینماید انجام دهد.

(حقوق واجبهٔ زن اگر چه متعدد است چنانکه شرح آن در جلد چهارم حقوق مدنی در قسمت تکالیف زوجین نسبت بیکدیگر گذشت، ولی در مورد مزبور بمعنی خاص استعمال شده و کنایه از نزدیکی جنسی میباشد، زیرا عدم انجام تکالیف دیگر را قانون مدنی بعبارت، سوء معاشرت، در شق دوم ماده تعبیر نموده و آن را نیز از موجبات درخواست طلاق قرار داده است که شرح آن بعداً خواهد آمد.) چنانکه از ظاهر مادهٔ بالا که میگوید: شوهر سایر حقوق واجبهٔ زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد، انجام ندادن وظیفهٔ زناشوئی از طرف شوهر در زمان گذشته کافی برای الزام شوهر بطلاق نمیباشد، بلکه باید در دادگاه ثابت شود که شوهر برای ایفاء آن بعداً نیز حاضر نیست و نمیتوان او را نیز وادار بر آن امر نمود، زیرا ادامهٔ وضعیت مزبور است که بقاء زناشوئی را دچار اختلال مینماید، و الا هرگاه شوهر مدتی حقوق واجبهٔ زن را ایفاء ننموده باشد ولی فعلًا انجام میدهد و یا حاضر است بعداً انجام دهد، نمیتوان او را اجبار بطلاق دادن زن خود نمود. بنابراین هرگاه شوهر از نزدیکی جنسی چنانکه شرح آن گذشت امتناع نماید، زن میتواند باستناد مادهٔ بالا بوسیلهٔ دادخواست از دادگاه بخواهد که شوهرش را اجبار بطلاق نماید. دادگاه پس از رسیدگی و استماع دفاع شوهر و حاضر نشدن او بایفاء آن وظیفه، مانند مورد قبل حکم میدهد که شوهر او را طلاق دهد. پس از رسیدن حکم بمرحلهٔ نهائی و صدور اجرائیه بر طلاق

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۶

زن و ابلاغ آن، چنانچه شوهر زن خود را طلاق نداد و اجبار او هم بوسیلهٔ بازداشت ممکن نبود، دادگاه نمایندهٔ خود را بدفتر رسمی معرفی مینماید تا زن را طلاق دهد.

ظاهر مادهٔ بالا آنست که هرگاه شوهر حقوق واجبهٔ زن را باختیار وفا نکند، زن میتواند از دادگاه درخواست طلاق بنماید. بنابراین چنانچه شوهر نتواند آن را وفا کند مانند آنکه شوهر زندانی باشد و دسترسی بزن نداشته باشد، زن نمیتواند درخواست طلاق کند. بنظر میرسد که بکمک تفسیر وسیع بتوان از وحدت ملاک مادهٔ بالا استفاده نموده و فرض اخیر را از مواردی دانست که بتوان حکم باجبار طلاق صادر نمود.

آنچه نظر دارم در قبل از شهریور «۱۳۲۰» زنی که شوهر او محکوم بحبس ابد شده بود، باستناد مادهٔ بالا دادخواستی بشعبه پنجم دادگاه شهرستان تهران تقدیم نمود و درخواست اجبار شوهر خود را بطلاق کرد. دادگاه پس از رسیدگی حکم بمحکومیت شوهر صادر نمود و آن حکم در مرحله پژوهشی تائید و در تمیز ابرام گردید. پس از اجراء حکم و طلاق دادن زن بوسیله دادگاه، شهریور ۱۳۲۰ فرا رسید و زندانیان سیاسی که آزاد شدند شوهر او در میان آنان بود. بنابر آنچه گذشت از نظر وحدت ملاک مادهٔ بالا میتوان بر آن بود که عدم قدرت شوهر بر ایفاء وظایف جنسی، خواه در اثر بیماری باشد یا قطع آلت تناسلی یا خصاء که بعد از نکاح حاصل شده باشد یا بهر جهت دیگر، زن میتواند از دادگاه درخواست اجبار شوهر را بطلاق بنماید. اما در صورتی که عدم قدرت بر ایفاء وظایف جنسی در اثر بیماری عنن باشد، اگر چه بعد از عقد حادث شده باشد، زن فقط میتواند باستناد مادهٔ «۱۱۲۵» ق. م نکاح خود را فسخ کند.

تـذکر- نظر باطلاق مادهٔ بالا زن میتوانـد در صورت عدم ایفاء شوهر بوظایف جنسـی درخواست طلاق از دادگاه بنماید، خواه آنکه اصلًا پس از عقد آن را ایفاء ننموده است یا آنکه در جریان زناشوئی تغییر روش داده باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۷

۴- در مورد سوء معاشرت شوهر

شق- ۲- ماده «۱۱۳۰» ق. م میگویـد: «... سوء معاشـرت شوهر بحـدی که ادامـهٔ زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد.». یکی از مواردی که زن میتوانـد از دادگـاه اجبار شوهر را بطلاق بخواهـد سوء معاشـرت شوهر است. سوء معاشـرتی که بزن اجازه میدهـد از دادگاه اجبار شوهر را بطلاق بخواهـد بایـد بحـدی باشـد که زن نتوانـد آن را تحمل کند و زندگانی زناشوئی را بآن وضـعیت ادامه دهـد. بنابراین چنانچه بتوان شوهر را وادار بحسن معاشـرت نمود، ماننـد آنکه تعهـد نمایـد که از این پس رفتار خود را تغییر دهـد و سوء معاشرت را کنار گذارد و بتعهد خود وفا کند، دادگاه نمیتواند بسبب سوء معاشرت زمان گذشته شوهر را اجبار بطلاق زن خود نماید. این امر از عبارت ماده که میگوید: (سوء معاشـرت شوهر بحدی که ادامهٔ زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد) اسـتنباط میشود. ملاک تشـخیص آنکه چه امری سوء معاشـرت است و تشـخیص درجه‌ای که زن نمیتوانـد زنـدگانی زناشوئی را ادامه دهـد، بنظر عرف میباشد که در هر مورد با در نظر گرفتن وضـعیت روحی و اخلاقی و اجتماعی زوجین و همچنین وضـعیت محیط از حیث زمان و مکان آن را تعیین مینمایـد. بنابراین تشـخیص دادرس که خود یکی از افراد عرف میباشـد با توجه بادلهٔ پیوست پروندهٔ مناط حکم دادگاه خواهد بود. مثلًا هرگاه شوهر الکلیک باشد و اغلب شـبها مست بخانه بیاید و عربده‌جوئی کند و فحاشی نماید و زن را کتـک بزنـد و یـا آنکه باعمـال زشت و ناشایست معتاد باشـد و ترک ننمایـد، زن میتوانـد دادخواست بـدادگاه بدهـد و بخواهـد که دادگـاه شوهر را محکوم نمایـد که او را طلاـق دهـد. در این صورت چنـانچه پس از جریـان محاکمه و صـدور حکم نهائی و برگ اجرائی بر آنکه شوهر بایـد زن را طلاق دهـد، شوهر آن را اجرا ننمود و اجبار او هم ممکن نگردید، دادگاه بوسیلهٔ نماینده خود در دفتر طلاق زن را مطلقه خواهد نمود.

قانون مدنی موردی را که بین زوجین حسن تفاهم نباشد و توافق اخلاقی با یکدیگر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۸

نداشـته باشند، متعرض نشده و از مواردی که زن میتواند درخواست اجبار شوهر را بطلاق نماید بشمار نیاورده است. مورد مزبور در صورتی است که شوهر سوء معاشرت با زن ندارد. همچنین است در موردی که تربیت اخلاقی و وضعیت عصبی زن و شوهر بنحوی است که نمیتوانند سازگاری با یکدیگر پیدا نمایند و اغلب بین آنان گفتگو و فحاشـی و عربده‌جوئی و کتک کاری است و یا آنکه همـدیگر را ترک گفته و چنـدین ماه یا سال جـدا از یکـدیگر زنـدگانی مینمایند و شوهر بطمع گرفتن مالی از زن او را طلاق ندهد بنظر میرسـد که با توسعه در تفسـیر، از وحـدت ملاک ماده بالا بتوان اسـتنباط نمود که ادامهٔ چنین زندگانی بزیان زن و تحمل آن موجب عسـر و حرج برای او میباشـد و زن میتوانـد ماننـد مورد سوء معاشـرت شوهر، از دادگاه درخواست طلاق بنماید، ولی هرگاه منحصراً سوء معاشرت از طرف زن باشد نمیتوان از تفسیر مادهٔ مزبور استفاده نمود.

۵- در موردی که شوهر مبتلا ببیماری مسری صعب العلاج باشد

اشاره

بدستور شق ۳ مادهٔ «۱۱۳۰» ق. م: «... در صورتی که بواسطهٔ امراض مسـریه صـعب- العلاج دوام زناشوئی برای زن موجب مخاطره باشد» زن میتواند از دادگاه درخواست اجبار شوهر را بطلاق بنماید. قانون تعریف بیماری صعب العلاج را ننموده است. آنچه از نظر

حقوقی میتوان گفت بیماری مسری صعب العلاج، بیماری است که در اثر معاشرت و همزیستی زناشوئی زوجین با یکدیگر و یا نزدیکی جنسی، از شوهر بزن سرایت کند و او را نیز مبتلا گرداند و مداوای آن مواجه با دشواری شود و مدتی بطول انجامد و الا چنانچه مسری باشد ولی مداوای آن دشوار و مدتی طولانی نخواهد و یا آنکه دوام زناشوئی برای زن موجب مخاطره نباشد مانند گریپ، تیفوئید، تیفوس و امثال آن، زن نمیتواند درخواست طلاق از دادگاه بنماید. تشخیص آنکه بیماری شوهر مسری و صعب العلاج میباشد و دوام زناشوئی برای زن موجب مخاطره است، با پزشک متخصص میباشد، زیرا با پیش رفت روزافزون دانش در کشف دارو برای مداوای

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۹

بسیاری از بیماریها که معروف بودند صعب العلاج هستند یا غیر قابل مداوا میباشند، نمیتوان بیماری مخصوصی را نام برد و آن را برای همیشه صعب العلاج معرفی کرد.

بنابراین چنانچه زن بخواهد باستناد بیماری مسری صعب العلاج که دوام زناشوئی، صحت او را بمخاطره می‌اندازد، شوهر را اجبار بطلاق کند، دادخواستی که گواهی پزشک متخصص حاکی بر این امر پیوست داشته باشد بدادگاه تقدیم مینماید. دادگاه پس از رسیدگی، در صورت لزوم، رجوع بکارشناس فنی کرده و هرگاه دعوی زن را ثابت دانست رأی بمحکومیت شوهر بطلاق دادن زن میدهد. پس از صدور اجرائیه و گذشتن ده روز چنانچه شوهر او را طلاق نداد و اجبار او هم بطلاق ممکن نبود، دادگاه بنمایندهٔ خود دستور میدهد که حکم را بموقع اجرا گذارد. نماینده با ابراز دستور دادگاه در دفتر رسمی حاضر شده زن را طلاق میدهد.

تذکر – ۱

چون طبق مادهٔ «۵۹۹» ق. م اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ قمری که اصلی در آئین دادرسی مدنی است، برگ اجرائیه از احکام قطعی صادر میگردد و پیروی از اصل مزبور در مورد حکم طلاق بر خلاف نظم عمومی خواهد بود، زیرا ممکن است حکم قطعی طلاق اجراء گردد و آن حکم در مرحله فرجامی گسیخته شود و حال آنکه زن شوهر کرده باشد. بدین جهت در ماده «۱۱۱۹» ق. م اجراء حکم وکالت زن را در طلاق دادن خود از طرف شوهر، منوط بگذشتن مرحلهٔ نهائی نموده است، ولی مادهٔ در قانون موجود نیست که رعایت این امر را در مواردی که زن درخواست اجبار شوهر را بطلاق مینماید و حکم طلاق صادر میگردد، لازم بداند.

بنابراین با توجه بآنکه اجراء حکم قطعی در مورد طلاق بر خلاف نظم عمومی میباشد از نظر وحدت ملاک ماده «۱۱۱۹» ق. م در موارد بالا، نیز حکم طلاق پس از صدور حکم نهائی اجرا خواهد شد و حکم قطعی قابل اجرا نمیباشد.

تذکر – ۲

طلاقی که در نتیجه حکم دادگاه در موارد مذکور در مواد «۱۱۲۹» و «۱۱۳۰» ق. م صادر میگردد بائن است اگر چه طبیعهٔ رجعی باشد (یعنی طلاق

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۰

اول و دوم زنی که با او نزدیکی بعمل آمده است و شوهر میتواند در مدت عده رجوع نماید).

فرع – شرط وکالت زن در طلاق

اشاره

طلاق چون منحصراً باراده‌ٔ شوهر است و زن جز در موارد معینی نمیتواند از ادامهٔ زناشوئی رهائی یابد، چارهٔ اندیشیدند که زن بوسیلهٔ وکالت خود در طلاق بهره‌مند شود، ولی چون وکالت از عقود جائزه است که هر یک از طرفین میتواند آن را منحل نماید و شوهر میتواند با دادن وکالت در طلاق بزن خود او را عزل کند، آن را بصورت شرط ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر قرار میدهند. سلب حق عزل از وکیل، علاوه برقرار دادن وکالت ضمن عقد لازم بوسیلهٔ شرط عدم عزل ضمن عقد لازم نیز ممکن میباشد. ماده «۶۷۹» ق. م میگوید: «موکل میتواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد».

شرط وکالت زن در طلاق خود، ضمن عقد نکاح در این اواخر زیاد دیده میشود و گاه هم پس از عقد نکاح در اثر اختلافاتی بین زن و شوهر، وکالت در طلاق ضمن عقد لازم بزن یا بپدر و برادر زن داده میشود.

چنانکه در شرح شرط ضمن عقد (مواد «۲۳۲» و «۲۳۳» ق. م) در جلد اول گذشت، هرگاه شرطی که ضمن عقد میشود از شروط باطله نباشد آن شرط صحیح و لازم الاتباع است. یکی از شروط مزبور شرط وکالت زن در طلاق خود میباشد

(بپیروی از قول مشهور که شوهر میتواند وکالت در طلاق بزن خود بدهد) و آن بیکی از سه قسم زیر ممکن است واقع شود:

الف– وکالت برای مدتی بطور مطلق از طرف شوهر بزن داده شود که هر وقت بخواهد خود را طلاق دهد.

وکالت مزبور صحیح است و مانند آنست که شوهر او را طلاق داده و یا شخص ثالث بوکالت زن را طلاق داده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۱

در مورد بالا- زن میتواند در مدت وکالت خود را بطلاقی که شوهر معین نموده طلاق دهد و چنانچه وکالت در طلاق مطلق باشد یعنی نوع طلاق معین نشده باشد یک طلاق ساده داده میشود، و زن نمیتواند خود را بچند طلاق یا بطلاق خلع یا مبارات طلاق دهد، زیرا اطلاق منصرف بطلاق ساده است و بر خلاف آن تجاوز از حدود وکالت است.

ب– وکالت از طرف شوهر بزن داده شود که در صورت تحقق امری در خارج بتواند خود را طلاق دهد،

مانند آنکه شوهر زن خود را وکیل نماید که هرگاه تشخیص دهد نمیتواند با او زندگانی زناشوئی را ادامه دهد خود را طلاق دهد.

در این صورت زن بدون مراجعه بدادگاه بدفتر طلاق مراجعه و وکالهٔ از طرف شوهر، خود را طلاق میدهد و احتیاج باثبات شرط در دادگاه (بآنکه نمیتواند با او زندگانی زناشوئی نماید) ندارد، زیرا موکل تشخیص زمان اجراء وکالت را بعهدهٔ زن گذارده است، یعنی زمان انجام وکالت را تحقق امری قرار داده که تشخیص آن را بعهدهٔ وکیل گذارده است. وکالت مزبور مانند وکالت در امور دیگر است، از قبیل آنکه کسی وکالت بدیگری بدهد که هر زمان تشخیص دهد فروش خانه صلاح موکل است آن را بفروشد. تشخیص صلاح موکل در مورد مزبور بنظر شخص وکیل است.

در صورتی که در وکالت ضمن عقد تعیین شده باشد که زن چه نوع طلاقی خود را بدهد، زن طبق آن رفتار مینماید و الا خود را طلاق ساده میدهد نه چند طلاق و یا طلاق خلع که بذل عوض کند و از طرف شوهر آن را بپذیرد.

در فرض بالا پس از طلاق چنانچه شوهر بتواند در دادگاه اقامه دعوی کند و اثبات نماید امری که اجرای طلاق متوقف بر آن بوده در واقع محقق نبوده و زن خارج از حدود وکالت خود را طلاق داده است، کشف میشود که طلاق باطل بوده است.

ج– وکالت از طرف شوهر بزن داده شود که در صورت تحقق امر معینی در خارج و اثبات آن در دادگاه خود را مطلقه نماید.

مادهٔ «۱۱۱۹» ق. م میگوید:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۲

«طرفین عقد ازدواج میتوانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنماید، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد». مادهٔ مزبور در موردی است که شوهر ضمن عقد نکاح، وکالت در طلاق بزن داده است و قید نموده که زمان اعمال وکالت از طرف زن متوقف بر تحقق شرط در واقع و اثبات آن در دادگاه میباشد. یعنی در حقیقت اعمال وکالت متوقف بر دو امر است: یکی تحقق شرط در واقع و دیگری اثبات آن در دادگاه چنانکه در ذیل ماده قید شده: (زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد) بخلاف مورد مذکور در بند (ب) که اعمال وکالت از طرف زن متوقف بر تحقق آن در واقع و تشخیص آن با زن است.

باری در مورد بالاـ چنانچه شوهر در وکالت بزن نوع طلاق را معین نموده باشد طبق آن رفتار میشود و الا زن بطلاق ساده خود را مطلقه میسازد و نمیتواند خود را بچند طلاق یا بطلاق خلع یا مبارات طلاق دهد.

تذکر ۱

شروطی که ممکن است انجام وکالت در طلاق را متوقف بر آن ساخت، منحصر بشروطی نمیباشد که در مادهٔ «۱۱۱۹» ق. م ذکر گردیده، بلکه شوهر میتواند اجراء وکالت در طلاق را از طرف زن متوقف بر هر امری که بخواهد قرار دهد، مانند آنکه مقرر دارد که زن وکیل است که هرگاه شوهر منتظر خدمت شود یا مستخدم دولت گردد و امثال آن، او بتواند وکالتاً از طرف شوهر خود را طلاق دهد.

تذکر ۲

چنانکه ماده «۱۱۱۹» ق. م متذکر است فرقی نمینماید که شرط وکالت برای زن در طلاق، ضمن عقد نکاح قرار داده شود یا ضمن عقد لازم دیگری

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۳

مانند بیع، اجاره، معاوضه و امثال آن، زیرا پس از آنکه وکالت در طلاق بصورت شرط ضمن عقد لازم قرار داده شد، شرط مزبور بتبع عقد لازم الاتباع است و موکل نمیتواند وکیل را عزل بنماید و زن میتواند در حدود اختیاری که باو داده شده رفتار کند و خود را طلاق دهد.

شوهر میتواند با دادن وکالت طلاق بزن هر زمان بخواهد اقدام بطلاق زن خود بنماید، زیرا دادن وکالت در انجام امری سلب حق انجام آن را از موکل نمینماید.

تذکر ۳

بنظر میرسد طلاقی که بعنوان شرط وکالت ضمن العقد، زن خود را میدهد بائن محسوب است، اگر چه طبیعت آن رجعی باشد (یعنی طلاق اول و یا دوم زنی باشد که با او نزدیکی بعمل آمده است) زیرا قصد و بناء زوجین از قرار دادن شرط ضمن عقد (خواه در عقد نکاح باشد یا عقد لازم دیگر) انحلال نکاح برای همیشه است، بدون آنکه شوهر بتواند در عده رجوع بنماید، و شرط مزبور بنفع زن برقرار شده که بتواند نکاح را منحل و خود را از قید زناشوئی رهائی بخشد. (شرح آن در اقسام طلاق ملاحظه میشود).

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۴

باب چهارم در اقسام طلاق

اشاره

چنانکه مادهٔ «۱۱۴۳» ق. م متذکر است طلاق باعتبار آنکه شوهر بتوانـد در عده بآن رجوع کند بر دو قسم است: بائن و رجعی. ماده «۱۱۴۳» ق. م: «طلاق بر دو قسم است: بائن و رجعی».

قسم اول – طلاق بائن

اشاره

طلاق بـائن چنـانکه نـام آن حکایت مینمایـد عبارت از طلاقی است که بوسـیلهٔ آن بین زن و شوهر جـدائی می‌افتـد و بعبارت دیگر رابطهٔ زوجیت قطع میگردد. این است که مادهٔ «۱۱۴۴» ق. م میگوید: «در طلاق بائن برای شوهر حق رجوع نیست».

ماده «۱۱۴۵» ق. م: «در موارد ذیل طلاق بائن است:

۱- طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود.

۲- طلاق یائسه.

۳- طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع بعوض نکرده باشد.

۴- سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی بعمل آید، اعم از اینکه وصلت در نتیجهٔ رجوع باشد یا در نتیجهٔ نکاح جدید».

علاوه بر طلاقهای چهارگانهٔ بالا دو نوع طلاق زیر را چنانکه شرح آن خواهد آمد میتوان از اقسام طلاق بائن بشمار آورد:

۱- طلاقی که بوسیلهٔ حکم دادگاه شوهر بآن اجبار میگردد.

۲- طلاقی که زن در اثر شرط وکالت خود را میدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۵

۱- طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود

در صورتی که کسـی زن خود را که با او نزدیکی ننموده طلاق دهد، طلاق بائن است و زن عده نخواهد داشت، و میتواند بلافاصله بـا هر کس که بخواهـد ازدواج کنـد. در این امر فرق نمینمایـد که زن بـاکره باشـد یـا ثیبه. علت این امر آنست که عـده طلاق برای جلوگیری از اختلاط انساب است و بـا عـدم نزدیکی شوهر، تصور اختلاط نمیرود. در صورتی که شوهر بخواهـد بـا آن زن رابطهٔ زوجیت برقرار کند باید مجدداً او را نکاح نماید.

منظور از نزدیکی داخل کردن آلت مرد است بقدر حشفه در قبل یا دبر زن، اگر چه انزال نشود. شوهر خصی در این امر مانند شوهر سالم است. طلاق زنی که با او نزدیکی بـدین نحو بعمل نیامـده ولی اصـطکاک شـده است چنانچه انزال شـده باشد در حکم طلاق زنیست که نزدیکی با او شده است، زیرا احتمال اختلاط نسب میرود.

تـذکر- چنانکه در عده بیان میگردد، نگاهداری عده برای زن در انحلال نکاح از نظر حفظ نسب و جلوگیری از اختلاط آنست، لذا طلاقهای زیر، طلاق زنی که با او نزدیکی نشده محسوب نمیگردد:

۱- زنی که با او نزدیکی بعمل آمده و طلاق رجعی داده شده و سپس شوهر رجوع کرده و مجدداً او را قبل از نزدیکی طلاق دهد. طلاق مزبور طلاق زنی که با او نزدیکی شده بشمار می‌آید و زن باید عده نگاهدارد، زیرا بمجرد رجوع در طلاق رجعی، نکاح سابق بحالت اول عودت می‌یابد و ادامه پیدا میکند. بنابراین طلاق اخیر انحلال همان نکاح اول میباشد و نتیجهً زنی که با او نزدیکی شده طلاق داده میشود.

۲- زنی که پس از نزدیکی طلاق بائن داده شده و در عده مجدداً با شوهر اول خود ازدواج نماید (این امر منحصراً در طلاق خلع و مبارات ممکن است پیش آید) چنانکه زنی پس از نزدیکی بطلاق خلع و مبارات طلاق داده شود و زن بدون آنکه رجوع بعوض کند با شوهر خود در عده بوسیلهٔ عقد جدیدی نکاح نماید و سپس شوهر قبل

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۶

از نزدیکی او را طلاق دهد. در این صورت حکم زنی که با او نزدیکی نشده نسبت باو جاری نمیگردد، بلکه باید برای طلاق دوم عده نگاهدارد، اگر چه بعضی از فقهاء نظر بوضعیت طلاق اخیر آن را طلاق قبل از نزدیکی میدانند و بر آنند که عده ندارد.

۳- زنی که در نکاح منقطع بوده و شوهر پس از نزدیکی بقیه مدت را بذل نماید و یا مدت او منقضی شود و شوهر اول در عده با او نکاح دائم نماید و سپس قبل از نزدیکی او را طلاق دهد. در طلاق مزبور حکم طلاق زنی که با او نزدیکی نشده جاری نمیگردد، زیرا در نکاح متعه سابق نزدیکی بعمل آمده و زن باعتبار آن برای جلوگیری از اختلاط نسب باید عده نگهدارد.

۲- طلاق یائسه

کلمهٔ یائسه مشتق از یأس و بمعنی ناامیدی میباشد و در اصطلاح زنی را که در اثر زیادتی سن از دیدن عادت زنانگی مأیوس شده است یائسه گویند. فقهای امامیه سن یأس را پنجاه سال قمری تمام میدانند، مگر آنکه زن قرشی باشد که بسن شصت- سالگی یائسه میشود.

رابطهٔ زوجیت در زن یائسه بسبب طلاق قطع میگردد، خواه شوهر با او نزدیکی کرده باشد یا نزدیکی نکرده باشد. طلاق مزبور بائن است و عده ندارد، بدین جهت او میتواند بلافاصله شوهر دیگری اختیار کند. علت این امر آنست که عدهٔ طلاق برای جلوگیری از اختلاط نسب است و زن یائسه حامله نمیشود تا بیم اختلاط رود.

۳- طلاق خلع و مبارات

اشاره

چنانکه گذشت قانون مدنی اختیار طلاق را بشوهر داده و او را بدون هیچ قید و شرطی مختار در طلاق زن دائمهٔ خود نموده است. زنهائی که از ادامه زناشوئی ناراضی هستند، گاه برای رهائی از آن حاضر میشوند مالی بشوهر بدهند تا طلاق داده شوند و شوهر هم قبول مینماید و در مقابل آن زن را طلاق میدهد. مال مزبور را فدیه گویند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۷

طلاقی که شوهر در مقابل گرفتن مال از زن میدهد بر دو نوع است: خلع و مبارات.

الف- طلاق خلع

اشاره

خلع بضم خاء و سکون لام اسم است و مشتق از خلع بفتح خاء میباشد که بمعنی کندن است. ادبیات عرب و قرآن چون زن و شوهر را تشبیه بلباس برای یکدیگر نموده‌اند، خلع را کنایه از طلاق قرار داده‌اند. در اصطلاح حقوقی چنانکه مادهٔ «۱۱۴۶» ق. م میگوید: «طلاق خلع آنست که زن بواسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که بشوهر میدهد طلاق بگیرد، اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد» علاوه بر شرائط عمومی که برای صحت طلاق گذشت، در طلاق خلع شرائط زیر نیز ضروری است.

۱- کراهت زن از شوهر

بنا بر صریح ماده بالا طلاق خلع زمانی محقق میگردد که زن از شوهر خود کراهت داشته باشد و برای رهائی خود مالی بشوهر بذل نماید تا شوهر او را طلاق دهد. در کراهتی که موجب بذل مال از طرف زن برای گرفتن طلاق میگردد، فرق نمینماید که کراهت زن از خصوصیات طبیعت و خلقت شوهر باشد مانند قباحت منظر، سوء خلق، نقص بعضی اعضاء، یا آنکه ناشی از عوارض خارجی باشد مانند داشتن شوهر زن دیگر، عدم ایفاء زوج ببعض حقوق واجبه زن و یا آنکه زن از زندگانی زناشوئی خسته شده و بخواهد آزاد بگردد.

هرگاه زن از شوهر خود کراهت نداشته باشد ولی چون شوهر او را آزار و اذیت میکند، مانند آنکه فحش میدهد و کتک میزند و زن برای استخلاص خود و حفظ آبرو، مالی بشوهر میدهد تا طلاق بگیرد، طلاق مزبور چنانکه بعداً بیان میشود خلع نمیباشد و شوهر مستحق آن مال نمیگردد و باید آن را بزن رد کند. در صورتی که زوجین از یکدیگر کراهت داشته باشد و در مقابل اخذ مال از زن، او را طلاق دهد طلاق

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۸

خلع و مبارات محسوب نمیگردد.

۲- مقدار فدیه

بدستور ذیل مادهٔ بالا- هر مقداری که بین زن و شوهر توافق شود ممکن است زن در مقابل طلاق خلع بشوهر خود بذل نماید. بنابراین ممکن است فدیهٔ عین مهر یا معادل آن یا بیشتر و یا کمتر باشد.

۳- صیغهٔ طلاق خلع

طلاق اگر چه ایقاع است و برای انعقاد آن احتیاج بموافقت و قبول زن ندارد، ولی هرگاه بصورت خلع باشد باعتبار آنکه طلاق در مقابل بذل مالی که زن میدهد واقع میشود، مانند عقد دارای دو طرف میباشد که یکی زن و دیگر شوهر است و بتوافق دو اراده که ایجاب و قبول است محقق میگردد. بنابر قولی که اقوی شمرده شده است، صیغه طلاق خلع ممکن است مشتق از کلمهٔ طلاق یا از کلمهٔ خلع باشد، که پس از بذل مال از طرف زن (بمنظور تحقق طلاق خلع) اجرا میگردد. مثلًا چنانکه زن بشوهر بگوید: فلان مقدار بتو میدهم که تو مرا طلاق خلع دهی، و شوهر در جواب بگوید: خلعتک علی کذا یا آنکه بگوید: انت مختلعهٔ علی کذا کافی میباشد. چنانچه پس از عبارت مزبور نیز شوهر بگوید: انت طالق علی کذا، تأکیدی بیش نیست، همچنانکه شوهر میتواند در جواب زن بگوید: انت طالق علی کذا و هرگاه پس از آن بگوید انت مختلعهٔ علی کذا. تأکیدی نموده است. عده‌ای از فقهاء معتقدند که گفتن صیغه طلاق پس از خلع لازم میباشد و خلعتک علی کذا، بتنهائی برای تحقق طلاق کافی نیست.

طلاق خلع بدو صورت واقع میشود: یکی آنکه پس از توافق بر مقدار بذل، مرد قبلًا صیغهٔ طلاق خلع را میگوید و سپس زن اعلام

قبول مینمایـد و یـا آنکه قبلًا زن درخواست طلاق در مقابل بـذل مینمایـد و بعـداً شوهر او را طلاق خلع میدهـد، چنانکه در بالا بیان گردیـد. در هر دو صـورت بایـد توالی در گفته زن و شوهر موجود باشـد، یعنی هرگـاه شوهر بگویـد خلعتـک علی کـذا زن جواب گوید بطوری که فاصله چندان نباشد که عرف گفته زن را مربوط بگفته شوهر بداند، آنگونه که در عقد بیان گردید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۴۹

چنانکه در صیغهٔ طلاق گذشت در صورت عدم قدرت شوهر بر گفتن صیغهٔ طلاق بزبان عربی میتواند بزبان دیگری آن را بگوید.

ب- طلاق مبارات

اشاره

مبارات مشـتق از برائت میباشـد و بمعنی مفارقت است و چون زوجین بوسـیلهٔ طلاق مزبور از یکـدیگر مفارقت مینمایند آن را طلاق مبارات گویند. در اصطلاح حقوقی چنانکه مادهٔ «۱۱۴۷» ق. م میگوید: «طلاق مبارات آنست که که کراهت از طرفین باشد، ولی در این صورت عوض بایـد زائـد بر میزان مهر نباشـد». برای انعقـاد طلاـق مبارات علاوه بر شـرائط اساسـی مختص بطلاق که شـرح آن مفصلًا گذشت، شرائط زیر نیز ضروری است:

۱- کراهت زوجین از یکدیگر

چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید طلاق در صورتی مبارات محقق میگردد که کراهت از ناحیه زوجین نسبت بیکدیگر باشد و چنانچه زن بتنهائی کراهت از شوهر داشته باشد طلاق خلع است و هرگاه شوهر بتنهائی کراهت از زن خود داشته باشد، طلاق از اقسام خلع و مبارات نمیباشد.

۲- مقدار فدیه

بنـابر صـریح مادهٔ بالا در طلاق مبارات عوضـی که زن در مقابل طلاق بشوهر میدهـد نبایـد زائـد بر میزان مهر باشـد. بنابراین ممکن است فـدیه در طلاـق خلع عین مهر یـا معـادل مهر یـا کمتر قرار داده شود. فلسـفهٔ این امر آنست که در طلاـق مبارات که کراهت از ناحیـهٔ زوجین میباشـد، دور از انصاف است که برای انحلال نکاح بیش از آنچه مهر قرار داده شـده زن بـذل نمایـد. بعضـی از فقهاء باسـتناد روایتی در مبارات دادن فـدیه بمقـدار مهر را اجازه ندادهانـد. باری در صورتی که در طلاق مبارات بیش از مقـدار مهر فدیه قرار داده شود شوهر زائد بر مقدار مهر را مالک نمیشود.

۳- صیغه طلاق مبارات

چنـانکه در طلاق خلع گـذشت، طلاق مبارات باعتبار آنکه در مقابل بـذل مال از طرف زن واقع میشود،ماننـد عقـد دارای دو طرف است و توافق دو اراده را لازم دارد.

صیغهٔ طلاق مبارات ممکن است بکلمهٔ مشتق از طلاق گفته شود، چنانکه زن بگوید:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۰

مهرم را بتو میـدهم که تو مرا طلاـق مبـارات دهی، شوهر در جواب او بگویـد: انت طالق علی کـذا. چنانچه بکلمـهٔ مشـتق از مبارات شوهر طلاق گوید، ناچار متعاقب آن باید کلمهٔ انت طالق علی کذا گفته شود، مثلًا چنانچه شوهر بگوید: بارأتک علی کذا، باید آن را بعبارت انت طالق علی کذا تکمیل نماید، زیرا کلمات مشتق از مبارات صریح در طلاق نمیباشند.

ج- شرائط و احکام مشترک طلاق خلع و مبارات

۱- وکالت در طلاق خلع و مبارات

طلاق از اموری شناخته نشده است که مباشرت شخص طلاق دهنده را قانون لازم بداند. بنابراین شوهر میتواند بشخص ثالث وکالت دهد که زن او را بطلاق خلع یا مبارات در مقابل بذل معینی طلاق گوید و یا در مقابل هر مقدار بذلی که میخواهد طلاق دهد و همچنین شوهر میتواند وکالت مزبور را بخود زن بدهد.

زن نیز میتواند بشخص ثالث یا بشوهر خود وکالت دهد که در مقابل بذل مال معین یا هر مقدار مالی که صلاح بداند او را طلاق خلع یا مبارات دهد.

همچنین زن و شوهر میتوانند یک نفر را وکیل نمایند که در مقابل مال معینی یا هر چه صلاح بداند طلاق خلع یا مبارات واقع ساخته و از طرف دیگری قبول نماید.

طلاق خلع و مبارات یکی از انواع طلاق میباشد و چنانکه گذشت ولی و قیم نمیتوانند زن صغیر را طلاق دهند، اما آنها میتوانند زن مجنون را بطلاق خلع و مبارات مطلقه سازند. سفیه میتواند زن خود را طلاق خلع و مبارات دهد، زیرا چنانکه گذشت سفیه میتواند زن خود را طلاق بدهد و طلاق خلع و مبارات اضافه بر طلاق، قبول عوض از طرف سفیه بعمل می‌آید و بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۲۱۴» ق. م آن صحیح میباشد.

۲- چیزی که میتواند فدیه در طلاق قرار گیرد

چنانکه ماده «۱۱۴۶» ق. م میگوید فقط مال میتواند مورد بذل در طلاق خلع و مبارات قرار گیرد، و چون مال مزبور بشوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۱

در مقابل طلاق واگذار میشود، لذا باید قابل تملیک باشد و الا نمیتواند زن بشوهر خود بذل کند. بنابراین هر چیزی که میتواند مهر در نکاح واقع شود میتواند بذل در طلاق خلع و مبارات قرار گیرد. مادهٔ «۱۰۷۸» ق. م میگوید: «هر چیزی را که مالیت داشته و قابل تملک نیز باشد میتوان مهر قرار داد». بنابراین باید مقدار فدیه قبلًا معلوم باشد و نمیتوان شیء مردد یا مجهول را فدیه در طلاق خلع و مبارات قرار داد. طریقه معلوم نمودن آن مانند معلوم نمودن مهر میباشد. فدیه ممکن است عین مهر یا مال دیگری قرار گیرد، خواه آنکه عین خارجی باشد یا در ذمهٔ شوهر. چنانکه زن میتواند آنچه مهر او در نکاح قرار داده شده و بر عهدهٔ شوهر است، در مقابل طلاق خود باو بذل کند.

۳- بذل در طلاقی که بوسیلهٔ زن بعمل می‌آید

اشاره

چنانکه از مادهٔ «۱۱۴۶» ق. م که میگوید (زن بواسطهٔ کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که بشوهر میدهد طلاق بگیرد ...) استنباط میشود، شرط تحقق خلع و مبارات بذل مال از طرف زن مطلقه میباشد (بنابراین بذل مال از طرف شخص ثالث تبرعاً بدون آنکه بعداً بزن رجوع نماید صحیح نمیباشد) مثلًا چنانچه زن بشوهر خود بگوید: مرا در مقابل قطعه زمین متعلق بمحمد و یا یکصد هزار ریال که بعهدهٔ محمد خواهد بود طلاق بده و شوهر او را طلاق دهد، طلاق خلع واقع نمیشود، اگر چه محمد قبل از طلاق یا بعد از آن گفته زن را تصدیق نماید، همچنین است هرگاه زن وکالت بمحمد بدهد که درخواست طلاق خلع از شوهرش

در مقابل مالی که وکیل از خود میدهد بنماید. بعضـی استدلال نموده‌اند که علت صحیح نبودن طلاق خلع و مبارات در صورتی که بـذل از طرف شـخص ثـالث باشـد، آنست که طلاق خلع و مبارات از نظر تحلیلی در حکم عقود معاوضـی محسوب میشود و عوض بعهـدهٔ کسـی است که معوض در ملکیت او داخـل میگردد چنـانکه در بیع است. مـاده «۱۱۹۷» ق. م: «در صـورتی که ثمن یـا مثمن معامله عین متعلق بغیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود».

دلیـل مزبور مثبت مـدعی نمیباشـد، زیرا قاعـدهٔ نامبرده علاوه بر آنکه از نظر حقوقی قابل گفتگو است، طلاق خلع و مبارات از عقود معاوضی حقیقی بشمار نمیرود

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۲

تا تمامی احکام عقد مزبور نسبت بآن جاری گردد، بلکه موجب بطلان طلاقی که بذل مال از طرف شخص ثالث میشود، ادله ایست که اجازهٔ طلاق خلع و مبارات را در حقوق اسلام میدهد و آن منحصر بموردی است که بذل از طرف زن باشد و مادهٔ «۱۱۴۶» ق. م چنانکه از ظاهر آن هویـدا میباشـد پیروی از نظر مزبور نموده است، عـده‌ای از فقهای عامه بر آنند که طلاق خلع و مبارات در مقابل بذل مال از طرف شخص ثالث صحیح میباشد و صیغهٔ آن بین شوهر و زن واقع میشود.

فرع

نظر بـآنچه در بالاـ تـذکر داده شـد که بـذل بایـد از طرف زنی که درخواست طلاـق خلع مینمایـد داده شود، بعضـی از فقهـاء اجازه نداده‌اند که زن کسی را وکیل نماید تا در مقابل مالی که وکیل میدهد و یا در ذمه میگیرد درخواست طلاق خلع از شوهرش بنماید و سپس آن را از زن دریافت دارد، چنانکه زن بمحمد برادر خود بگوید:

وکیلی از طرف من که از شوهرم درخواست طلاـق خلع مرا در مقابـل یکصـد هزار- ریال که بعهـده میگیری بنمائی و من آن را بتو خواهم پرداخت. بپیروی از فقهـاء دیگر بنظر میرسـد که طلاـق خلع بـدین نحو صـحیح باشـد، زیرا در حقیقت بـذل مال در طلاق از طرف زن بعمل آمده است، اگر چه مسـتقیماً وکیل متعهد میگردد و یا از مال خود میدهد. تعهد زن در مقابل شـخص ثالث بدسـتور ماده «۱۰» ق. م صحیح میباشد.

۴- در اثر طلاق خلع و مبارات شوهر مالک فدیه میگردد

پس از آنکه طلاـق خلـع و مبـارات منعقـد گردیـد، شوهر مالـک عوض میگردد و هر گونه تصـرفی در آن میتوانـد بنمایـد و انتظار انقضاء مدت عده و یا عدم رجوع زن را بفدیه نمیکشد.

بنابراین چنانچه عوض در ذمـهٔ شوهر باشد بوسـیلهٔ طلاق دین او ساقط میشود و هرگاه عوض عین باشد بملکیت مسـتقر شوهر داخل میگردد و میتوانـد هرگونه تصـرفی در آن بنمایـد، چنانکه میتوانـد آن را انتقال دهد یا تلف کند. حق رجوع زن بفدیه در مدت عده مانع از تصرف شوهر در آن نخواهد بود، همچنانکه زن میتواند قبل از نزدیکی در تمامی مهر خود تصرف کند، اگر چه بداند شوهر او را قبل از نزدیکی طلاق خواهد داد و در اثر آن نصف مهر بشوهر منتقل میشود و یا آنکه متهب پس از هبه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۳

میتواند در عین موهوبه تصرف بنماید، اگر چه در موارد معینهٔ باشد که طبق ماده «۸۰۳» ق. م واهب میتواند از هبه رجوع کند.

۵- طلاق خلع و مبارات از نظر تحلیلی

برای آنکه احکام طلاق خلع و مبارات معلوم گردد، لازم است ماهیت حقوقی آن دانسته شود:

از نظر تحلیلی میتوان طلاق خلع و مبارات را در حکم عقـد معاوضـی دانست که یک مورد آن، ایقاع و مورد دیگر آن فدیه است و بستگی بین آن دو ماننـد بستگی بین ثمن و مثمن در بیع میباشـد که وجـود حقـوقی هر یـک منـوط بوجـود حقوقی دیگری است. بنابراین علت تحقق هر یک تحقق دیگری خواهد بود. لذا چنانچه بجهتی از جهات فدیه باطل باشد طلاق واقع نمیشود و الا طلاق بر خلاف قصـد طرفین واقع شـده است، زیرا هیچ‌یک قصد تحقق طلاق ساده نداشـته‌اند. میتوان طلاق را در مورد طلاق خلع و مبارات امر مسـتقلی دانسـت کـه فـدیه جهت و داعی بر طلاـق باشـد که شـوهر را بر آن برانگیخته است، ولی بصـورت عقـد معـوض منعقد میگردد و طبیعت ایقاعی طلاق تغییر نمینمایـد، لـذا هرگاه فدیه بجهتی از جهات باطل باشد طلاق باطل نبوده و تابع وضـعیت طبیعی خود است، یعنی هرگاه طلاق طبیعهٔ رجعی باشد رجعی است و الا بائن است. بالعکس آنکه فدیه علت طلاق قرار گرفته باشد که با بطلاـن فـدیه طلاـق باطـل خواهـد بود. هر یـک از دو نظریه بالا بین فقهای امامیه طرفـدارانی دارد. مشـهور متأخرین از فقهای امامیه پیروی از نظریه دوم نموده و بر آنند که با باطل بودن فدیه طلاق صحیح است.
از مادهٔ «۱۱۴۶» ق. م. که طلاق خلع را تعریف مینماید، هیچ‌یک از دو نظریه استنباط نمیشود. آنچه بنظر میرسد در طلاق خلع شوهر بقصـد رسـیدن بفـدیه زن خود را طلاق میدهد و چنانچه فدیه باو داده نمیشد زن را رها نمینمود و زن نیز چنانچه طلاق واقع نمیشـد فـدیه بشوهر نمیـداد، لـذا هر یک از طلاق و فـدیه در مقابل یکـدیگر قرار گرفته‌انـد و این امر طبیعت حقیقی معاوضه است. بنابراین بستگی بین آن دو طوری است که بدون یکی دیگری واقع نمیشود، در این امر فرق نمینماید که صیغهٔ
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۴
طلاق خلع و مبارات بکلمـهٔ مشـتق از طلاق گفته شود یا اکتفاء بکلمـهٔ مشـتق از خلع و مبارات گردد، زیرا تفکیک آن دو بر خلاف مقصود زن و شوهر است. بنابراین با آنکه طلاق ایقاع مستقلی است، ولی در مورد خلع و مبارات یکی از دو عوض قرار گرفته است و ناچار باید حکم عقد معاوضی را بر آن جاری ساخت.
بحث در این امر صـرفاً جنبه علمی نـدارد، بلکه احکام هر یک از دو نظریه در موارد عدیـده‌ای که از آن جمله در مورد بطلان فدیه است هویدا میباشد، که بنابر نظری که پیروی شد طلاق باطل خواهد بود و بنابر نظر دیگر طلاق صحیح میباشد.

۶- تأثیر بطلان فدیه در طلاق خلع و مبارات

اشاره

با توجه بمقدمه‌ای که در بالا بیان گردید که طلاق خلع و مبارات عقد است و بستگی طلاق و فدیه بیکدیگر، مانند بستگی دو مورد عقود معاوضی میباشد، ناچار باید بر آن بود که هرگاه بجهتی از جهات فدیه باطل باشد طلاق خلع واقع نمیشود.
بنابر قول مشـهور که طلاق در خلع و مبارات امر مسـتقلی است و فدیه داعی بر پیدایش آن است، هرگاه فدیه بجهتی از جهات باطل باشـد، ماننـد آنکه مالیت نداشـته باشـد و یا شـخص ثالث آن را از خود بـذل کرده باشد طلاق بطور ساده واقع میشود و تابع طبیعت اصـلی خود است، یعنی هرگـاه مورد آن رجعی است شوهر میتوانـد در مـدت عـده بطلاق رجوع کنـد و هرگاه مورد آن بائن اسـت ماننـد طلاق قبل از نزدیکی با زن یا یائسه یا مطلقه در مرتبه سوم، شوهر نمیتوانـد بطلاق رجوع نمایـد. اما هرگاه طلاق در اثر نبودن یکی از شرائط لازم باطل باشد، شوهر فدیه را مالک نمیشود.
در صورتی که زن مال غیر را با جهل باین امر فدیه قرار دهد، مشهور بر آنست که زن ضامن بذل آن بشوهر از مثل یا قیمت میباشد، زیرا مالی که فـدیه قرار داده شده است طبیعهٔ قابلیت آن را دارد که فدیه قرار گیرد، ولی در اثر آنکه متعلق بغیر میباشد شوهر مالک آن نشده است. بنظر میرسد دلیل مذکور مثبت ادعاء نخواهد بود
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۵

و فرقی در مورد بالا از جهت باطل بودن فدیه با موارد دیگر ندارد.

تبصره- 1- تلف فدیه قبل از قبض

در صورتی که عوض معینه در خلع یا مبارات عین خارجی باشد و قبل از قبض تلف گردد، زن ضامن بدل آن از مثل یا قیمت خواهد بود، خواه زن تلف کرده یا بخوی خود تلف شده باشد، زیرا در اثر طلاق عوض بملکیت شوهر در آمده است و زن مسئول تسلیم آن بشوهر میباشد و طلاق خلع و مبارات معاوضه حقیقیه بشمار نمیرود تا گفته شود که با تلف بذل قبل از قبض کشف میشود طلاق باطل میشود و یا منفسخ میگردد، چنانکه در تلف مبیع قبل از قبض گفته شده است. در این امر در حقوق امامیه مخالفی دیده نمیشود. از نظر تحلیلی با توجه بآنکه طلاق خلع و مبارات در حکم معاوضهٔ حقیقیه دانسته شد، ناچار باید در صورت تلف فدیه قبل از قبض بر آن بود که کشف میشود طلاق باطل بوده است. اما در صورتی که شخص ثالث عوض خلع و مبارات را تلف نماید، شوهر میتواند بشخص ثالث یا بزن رجوع نماید و چنانچه بزن رجوع کند، زن میتواند بکسی که ضمان بر عهدهٔ او مستقر شده است رجوع بنماید.

تبصره- 2- معیوب بودن فدیه

هرگاه کشف شود آنچه از طرف زن عوض قرار داده شده معیوب بوده است، بنابر مستنبط از مواد مربوطه بخیار عیب در بیع، شوهر میتواند آن را نگهداشته ارش بخواهد و یا آنکه فسخ کرده بدل آن را از مثل یا قیمت مطالبه نماید.

۷- زن میتواند در عده رجوع بعوض نماید

از شق سوم مادهٔ «۱۱۴۵» ق. م که طلاق خلع و مبارات را مادام که زن رجوع بعوض نکرده از اقسام طلاق بائن شمرده است، استنباط میشود که زن در صورتی میتواند بعوض رجوع نماید که شوهر بتواند بطلاق رجوع کند و آن در مدت عده طلاقی است که طبیعةً رجعی باشد. بنابراین زن فقط میتواند در مدت عدهٔ طلاق مزبور بذلی را که بشوهر در مقابل طلاق داده بخواهد، زیرا در این صورت طلاق رجعی میگردد و شوهر میتواند در بقیه مدت عده بآن رجوع نماید. چنانکه گذشت طلاق در اثر آنکه در مقابل عوض

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۶

قرار گرفته بصورت عقد معوض در آمده و هر یک از طلاق و عوض در مقابل دیگری قرار دارد و طبق قاعده معاوضه، زمانی یکی از طرفین میتواند آنچه را داده مسترد دارد که طرف دیگر نیز بتواند آنچه را داده پس بگیرد. بنابراین در موارد زیر زن نمیتواند بعوض رجوع کند:

الف- در طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود و طلاق یائسه، زیرا زن فقط در عده میتواند بعوض رجوع کند و طلاق اینان عده ندارد.

ماده «۱۱۵۵» ق. م میگوید: «زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه نه عدهٔ طلاق دارد و نه عدهٔ فسخ نکاح ولی عده وفات در هر دو مورد باید رعایت شود».

ب- در عدهٔ سومین طلاق که پس از سه وصلت متوالی بعمل آید، زیرا بنابر صریح مادهٔ «۱۰۵۷» ق. م: «زنی که سه مرتبه متوالی زوجهٔ یک نفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام میشود، مگر اینکه بعقد دائم بزوجیت مرد دیگری در آمده و پس از وقوع نزدیکی با او بواسطه طلاق یا فوت یا فسخ فراق حاصل شده باشد». بنابراین چنانچه زن در عدهٔ طلاق خلع (در مورد طلاق سوم) رجوع بعوض بنماید چون طلاق طبیعةً بائن است شوهر نمیتواند بطلاق رجوع کند، بدین جهت زن حق رجوع بفدیه نخواهد داشت.

ج- در صورتی که زن رجوع بعوض نمایـد و شوهر تا انقضاء مـدت عـده از آن آگاه نشود، زیرا این امر موجب میگردد که یکی از طرفین عقد معاوضه آنچه را گرفته بدهد، بدون آنکه بتواند عوض آن را که داده مسترد دارد. بنابراین هرگاه زن بعوض رجوع نمود و شوهر را آگاه نکرد تا مدت عده خاتمه پذیرفت، رجوع بعوض بلا اثر خواهد بود.

تبصـره- در صورتی که در طلاـق خلع و مبـارات شوهر بجهتی از جهـات رجوع بطلاق زن را بر خود ممتنع گردانـد، حق رجوع زن بعـوض ساقـط نمیگردد، زیرا شـوهر در اثر عمـل خود ایجـاد مـانع برای اعمـال حق خود نموده است و عمـل شوهر نمیتوانـد موجب سقوط حق زن نسبت بعوض گردد. مثلًا هرگاه قبل از رجوع زن

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۷

بعوض، شوهر در مـدت عـده بـا خواهر زن خود ازدواج نمایـد یـا زن چهـارم بگیرد، زن میتوانـد از حق رجوع خود بعوض اسـتفاده نموده و بـآن رجوع کنـد، ولی شوهر نمیتوانـد مـادام که زوجیت بـا خواهر زن بـاقی است و یـا آنکه چهار زن دائم دارد، بطلاق زن مطلقه رجوع نمایـد. اما چنانچه شوهر خواهر زن و یا یکی از چهار زن را بطلاق بائن طلاق دهـد، میتوانـد در بقیه مـدت عده بطلاق زن اول خود رجوع نمایـد، زیرا ازدواج بـا خواهر زن و زن چهارم موجب سـقوط حق رجوع نمیشود، بر فرض که بتوان آن را ساقط نمود.

۸- رجوع زن بعوض ایقاع میباشد

رجوع بعوض از طرف زن بـارادهٔ او محقق میگردد و موافقت شوهر و اعلاـم باو شـرط نمیباشـد، ولی برای آنکه شوهر بتوانـد رجوع بطلاق نمایـد باید از رجوع ببذل آگاه گردد. با رجوع زن بعوض چنانچه آن عین خارجی و در ملکیت شوهر موجود باشد، بملکیت زن منتقل میگردد، و چنانچه تلف شـده باشد شوهر عهده‌دار بدل آن از مثل یا قیمت است و اما در صورتی که عوض کلی و بر ذمه شوهر بوده مانند آنکه عوض مهر کلی بوده که در اثر طلاق خلع یا مبارات ساقط شده است، بهمان مقدار شوهر مدیون زن میشود.

۹- طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع بعوض ننموده بائن است

چنانکه مادهٔ «۱۱۴۵» ق. م حاکی است طلاق خلع و مبارات مادام که زن بعوض رجوع نکرده باشد بائن است. بنابراین تمامی احکام طلاق بائن تا زمانی که زن رجوع بعوض نکرده جاری میباشد. لذا عده‌ای از فقهاء بر آنند که شوهر میتواند خواهر زن مطلقهٔ خود را بگیرد و چهـارمین زن دائم را بنکـاح در آورد. قول دیگر بر آنست که طبیعت طلاـق چنانچه رجعی باشـد با بـذل فـداء از طرف زن تغییر نمیکنـد و آنچه مـانع از رجوع است قبول بـذل از طرف شوهر در مقابـل طلاـق میباشـد و بقیه احکـام طلاق رجعی زائل نشـده است، لـذا ازدواج بـا خواهر زن مطلقه و نکـاح بـا چهـارمین زن بر شوهر تا انقضاء عـده ممنوع میباشـد. بعبارت دیگر طلاق خلع در مورد مزبور طلاق رجعی است که شوهر قبول بذل از زن نموده تا رجوع نکند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۸

۱۰- با رجوع زن بعوض، طلاق خلع و مبارات بطلاق رجعی تبدیل میگردد

چنـانکه از مفهوم شق سوم مـاده «۱۱۴۵» ق. م که میگویـد: «طلاـق خلع و مبـارات مادام که زن رجوع بعوض نکرده باشـد» استنباط میشـود، طلاـق خلع و مبـارات (که تـا پیش از رجوع زن بـائن بوده) پس از رجوع زن بعوض رجعی میگردد، زیرا طلاـق بیش از دو قسم بـائن و رجعی نیست. بنـابراین پس از رجوع زن بعوض تمـامی احکـام طلاق رجعی نسـبت ببقیـهٔ مـدت جاری میگردد و در اثر فوت یکی، دیگری از او ارث خواهـد برد و شوهر نمیتواند با خواهر زن مطلقه ازدواج نماید و یا زن چهارم اختیار کند. قول دیگر بر

آنست که طلاق خلع و مبارات بطور بائن موجود شـده و تمامی احکام طلاق رجعی ساقط گشـته است، و اجازهٔ رجوع شوهر بطلاق پس از رجوع زن بعوض، بوسیلهٔ اجازه مخصوصی است و آن را طلاق رجعی نمیگرداند و پس از سقوط احکام رجعی، عودت آن محتاج بدلیل میباشد و دلیلی هم بر این امر موجود نیست و اصل هم بقاء حکم سابق است.

۴- سومین طلاق

اشاره

طبق شق «۴» ماده «۱۱۴۵» ق. م: «... سومین طلاق که بعد از سه وصـلت متوالی بعمل آید، اعم از اینکه وصلت در نتیجهٔ رجوع باشد یا در نتیجهٔ نکاح جدید» بائن است و شوهر نمیتواند در عده رجوع بطلاق نماید.

اینک شرح سه طلاق و آثار و احکام آن.

برای جلوگیری از روش مردانی که دچار عصـبانیت هسـتند و بـدون جهت زن خود را طلاق میدهند ماده «۱۰۵۷» ق. م مقرر داشته: «زنی که سه مرتبـهٔ متوالی زوجـهٔ یـک نفر بوده و مطلقه شـده بر آن مرد حرام میشود، مگر اینکه بعقـد دائم بزوجیت مرد دیگری در آمده و پس از وقوع نزدیکی با او بواسطهٔ طلاق، یا فسخ یا فوت، فراق حاصل شده باشد».

ماده مزبور دارای دو قسمت است: یکی حرمت نکاح مجدد شوهر با زنی که سه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۵۹

مرتبه طلاق داده شده است. دیگری جواز نکاح مجدد شوهر با مطلقهٔ مزبور پس از ازدواج با مرد دیگر.

۱- حرمت نکاح مجدد شوهر با زنی که سه مرتبه طلاق داده شده است.

اشاره

زنی که سه مرتبـهٔ متوالی زوجـهٔ یک نفر بوده و مطلقه شـده بر آن مرد حرام میشود. شـرط حرمت نکاح مجدد شوهر با زنی که سه مرتبه طلاق داده شده عبارت است از:

الف- زن سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر باشد

این امر بـدین نحو واقع میشود که مردی زوجـهٔ دائمه خود را طلاق دهد و سـپس با او ازدواج کند و مجدداً طلاق دهد و مرتبهٔ سوم نیز با او نکاح نمایـد و طلاق داده شود. در این صورت نکاح مجـدد آن زن بر آن مرد حرام است. در صورتی که کسـی زوجه خود را سه مرتبه طلاق دهـد بـدون ایجاد نکاح در بین آنها، ماننـد آنکه سه مرتبه بگویـد: طلقتک یا یک مرتبه بگوید: طلقتک ثلاثاً نزد فقهای امامیه سه طلاق شناخته نمیشود، بلکه بنابر نظری یک طلاق محقق میگردد.

منظـور از کلمـهٔ متوالی آنست که بین سه دوران زوجیت که زن طلاـق داده شـده بمرد دیگری شوهر نکرده باشـد و الاـ هرگـاه زن مطلقه شوهر دیگری در بین سه طلاق بنماید، اگر چه نزدیکی هم واقع نشده باشد، پس از آنکه نکاح مزبور منحل گردد، آن زن بر شوهر سابق خود حرام نمیشود و میتواند با او ازدواج نماید.

همچنین هرگـاه شوهر در بین سه طلاق او را بنکاح منقطع درآورد، آن زن بر شوهر طلاق دهنـده حرام نمیشود، زیرا از عبارت (سه مرتبهٔ متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده) مذکور در مادهٔ بالا اسـتنباط میگردد که حرمت نکاح مجدد شوهر در صورتی است که سه مرتبه نکاح دائم پی‌درپی باشد و هر یک بوسیلهٔ طلاق منحل گردد.

ب– نکاح زوجین دائم باشد

چنانکه از کلمهٔ طلاق معلوم میشود، حرمت نکاح مجدد پس از سه انحلال در صورتیست که زوجه دائمه باشد و الا زوجه منقطعه
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۰
اگر چه چندین بار بزوجیت انقطاع مردی درآید و بوسیلهٔ انقضاء یا بذل مدت مفارقت بین آنها حاصل گردد، بر آن مرد حرام نمیشود و میتواند مجدداً بنکاح او درآید.
زوجیت مجدد زن پس از طلاق اول و دوم ممکن است برجوع باشد یا بعقد جدید، زیرا آنچه موجب منع نکاح مجدد پس از سه طلاق است، پیدایش سه طلاق متوالی میباشد و قانون مدنی نظری بسبب پیدایش زوجیت بین آن طلاقها ندارد، همچنانی که قانون نظری ندارد بآنکه نزدیکی در زمان هر یک از نکاحها بعمل آید و یا آنکه بدون نزدیکی زن طلاق داده شود. بنابراین کسی که زن خود را طبق شرائط مقرره طلاق دهد و در عده رجعیه رجوع کند و سپس طلاق دهد و در عده رجوع کند و مرتبهٔ سوم باز طلاق دهد آن زن بر او حرام میشود، اگر چه طلاق و رجوع در یک جلسه باشد. این امر مانند آنست که شوهر زن خود را طلاق دهد و پس از رجوع با او نزدیکی نماید و سپس مدتی بگذرد و طبق مقررات او را طلاق دهد و پس از رجوع با او نزدیکی نماید و مرتبهٔ سوم طبق مقررات آن زن را طلاق دهد، آن زن بر او حرام میشود. همچنین است در صورتی که یک یا چند از آن سه طلاق بائن باشد، مانند آنکه مردی زن خود را که با او نزدیکی نکرده یا یائسه است طلاق دهد و سپس او را بنکاح مجدد خود درآورد و باز طلاق دهد و مرتبهٔ سوم با او نکاح نماید و باز او را طلاق دهد زن مزبور بر او حرام میشود.

ج– زوجیت هر مرتبه بوسیلهٔ طلاق منحل شده باشد

موجب انحلال زوجیت در هر یک از سه مرتبه باید بوسیلهٔ طلاق باشد، خواه مرد او را طلاق دهد، یا در حدود مادهٔ «۱۰۲۹» و «۱۰۳۰» ق. م بوسیله حاکم زوج اجبار بطلاق شود. انحلال نکاح بوسیلهٔ فسخ مذکور در مواد «۱۱۲۱» تا «۱۱۲۸» ق. م موجب حرمت نکاح نخواهد بود. بنابراین چنانچه نکاح هر چند مرتبه بجهات مذکوره در مواد بالا فسخ شود، شوهر میتواند مجدداً او را بنکاح خود درآورد، مثلًا هرگاه شوهر یک مرتبه زن خود را طلاق دهد و در عده رجوع کند و سپس نکاح او بجهتی از جهات فسخ گردد و پس از نکاح مجدداً بعلت دیگری فسخ شود و باز با زن مزبور ازدواج نماید و سپس مطلقه گردد میتواند
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۱
او را بنکاح خود در آورد (خواه بوسیلهٔ رجوع باشد یا بوسیلهٔ نکاح مجدد). ظاهر ماده «۱۰۵۷» ق. م خلاف نظر بالا را میرساند، زیرا ماده میگوید. «زنی که سه مرتبهٔ متوالی زوجهٔ یک نفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام میشود ...» و برای تحقق آن کافی است که انحلال نکاح در مرتبهٔ سوم بوسیلهٔ طلاق باشد، ولی با توجه بآنکه حکم مزبور اقتباس از حقوق امامیه است و در حقوق مزبور از عادت مسلم بشمار میرود که حرمت نکاح مجدد شوهر با زنی که سه مرتبهٔ متوالی زوجهٔ دائمه او بوده در صورتی است که هر یک از سه مرتبه نکاح بوسیلهٔ طلاق منحل شود. بنابراین چون ماده مجمل است بدستور مادهٔ «۳» قانون آئین دادرسی مدنی در مورد اجمال و ابهام بعادات مسلم استناد میگردد.

۲– جواز نکاح مجدد شوهر با مطلقهٔ بسه طلاق، پس از ازدواج با مرد دیگر

اشاره

مادهٔ بالا- پس از ذکر حرمت نکاح مجدد زن با شوهری که سه مرتبهٔ متوالی او را طلاق داده میگوید: «... مگر اینکه بعقد دائم

بزوجیت مرد دیگری در آمده و پس از وقوع نزدیکی با او بواسطهٔ طلاق یا فسخ یا فوت فراق حاصل شده باشد».
در این صورت شوهر اول میتواند با زن مطلقهٔ سابق خود مجدداً ازدواج بنماید. بنابراین زنی که شوهرش سه دفعهٔ متوالی او را طلاق داده است فقط در شرائط زیر میتواند با شوهر مزبور مجدداً ازدواج بنماید، یعنی بدین وسیله حرمت نکاح مجدد با شوهر مزبور زایل میشود:

الف- زن مطلقه بعقد دائم دیگری درآید

مرد اجنبی که پس از سه طلاق متوالی با زن مطلقه ازدواج مینمایـد محلل نامند، زیرا در اثر نکاح او با زن مطلقه بسه طلاق، بر زوج اول خـود حلال میشود. قـانون شـرط نکـاحی که موجب تحلیـل میگردد دائم قرار داده است، بنـابراین چنـانچه زن بعقـد منقطع مرد دیگری درآیـد و نکاح مزبور بجهتی از جهات منحل گردد، حرمت نکاح با شوهر اول زائل نمیشود و باقی خواهد ماند. شـرط بودن نکاح دائم در محلل اجماعی میباشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۲

ب- محلل باید بالغ شرعی باشد

محلل باید پانزده سال قمری تمام داشـته باشد و نکاح با صـغیر اگر چه ممیز و نزدیک ببلوغ باشد مؤثر نخواهد بود. در این امر عاقل بودن مرد شـرط نمیباشـد. بنابراین چنانچه زن مطلقه بسه طلاق، بنکاح دائم شـخص مجنونی درآید، پس از نزدیکی و انحلال نکاح مزبور، آن زن میتوانـد با شوهر اول خود مجـدداً ازدواج بنمایـد. شـرط بلوغ در محلل از کلمهٔ (مرد دیگری) اسـتنباط میشود زیرا در لغت، مرد بکسـی گفته میشود که بالغ باشد. در مراهق (کسـی که نزدیك ببلوغ است) بین فقهاء اختلاف است و مشـهور بر آنند که مراهق بودن محلـل، کـافی برای رفع حرمت ابـدی نکاح نمیباشـد. ممکن است گفته شود که در اصـطلاح حقوق مـدنی مرد بکسـی گفته میشود که هیجده سال تمام داشته باشد، بنابراین بلوغ شرعی در محلل کافی نمیباشد.

ج- محلل باید با زن نزدیکی نماید

اشاره

شرط نزدیکی نمودن محلل بـا زن اجمـاعی میباشـد، فقـط سـعید بن مسـیب بر آنست که انعقاد عقـد کافی است. منظور از نزدیکی محلـل، نزدیکی از قبـل بقـدر حشـفه میباشـد، اگر چه انزال نشـود و ظـاهر مـاده هم حکـایت از این امر مینمایـد، زیرا ظـاهر از کلمهٔ نزدیکی، نزدیکی از مجرای معتاد میباشد اگر چه انزال نشود. نزدیکی از قبل نیز اجماعی است، بنابراین نزدیکی از دبر کافی نخواهد بود.
بعضی از فقهاء انزال را نیز شرط دانسته‌اند.
چنانچه شوهر نزدیکی ننمایـد خواه در اثر بیماری نتواند، و یا بارادهٔ خود نزدیکی نکند، و یا زن تمکین نکند آن زن نمیتواند پس از انحلال نکاح محلل، بنکاح زوج اول درآید.

مسئلهٔ

شوهری که سه مرتبه زن خود را طلاق میدهد گاه پشیمان میشود و با زن مطلقهٔ خود توافق مینمایند که او شوهر دیگری اختیار کند، و پس از انحلال نکـاح مزبور، مجـدداً بـا شوهر اول خود ازدواج کنـد. زن شوهر دیگری بعنوان محلـل اختیـار مینمایـد، ولی محلل

همیشه حاضـر نمیشود آن زن را طلاق دهد تا او بتواند با شوهر اول خود ازدواج کند. برای رفع محظور بنظر میرسد که میتوان ضمن عقد نکاح با

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۳

محلل، شـرط وکالت در مـدت معینی برای زن یا شـخص ثالث اگر چه شوهر اولی باشد درج نمود که هر زمان بخواهد او را بطلاق بـائن مطلقه سازد. اما شـرط انحلال نکاح بخودی خود پس از مـدت معینی باطل میباشـد، زیرا شـرط نامشـروع است و انحلال نکاح فقط بوسـیلهٔ طلاق و فسخ در موارد معینه اجازه داده شده است. همچنین است شرط طلاق دادن زوج پس از مدت معینی، زیرا شرط مزبور نیز نامشـروع میباشـد، چون اختیـار طلاـق حکم است و همچنـانکه نمیتوان آن را ساقط نمود، تعهـد بانجام آن در مـدت معین الزام‌آور نمیباشد، اگر چه از نظر تحلیلی تعهد بانجام امری که مورد حکم میباشد بی‌اشکال بنظر میرسد.

د- نکاح با محلل منحل شود

اشاره

برای آنکه زن بتوانـد بنکاح شوهر اول خود مجـدداً درآیـد باید در قید زوجیت غیر نباشد، زیرا زن شوهردار نمیتواند بنکاح دیگری درآیـد. بنابراین طبق قواعـد عمومی پس از آنکه نکاح با محلل منحل گردید وعدهٔ زن منقضـی گشت او میتواند با زوج اول مجدداً ازدواج نماید، بدین جهت سـبب انحلال نکاح محلل تأثیر در امر نمینماید، لذا چنانکه ماده تصـریح نموده ممکن است انحلال نکاح با محلل در اثر طلاق، فسخ یا فوت او باشد.

تبصره- نه طلاق

ماده «۱۰۵۸» ق. م میگویـد: «زن هر شخصـی که بنه طلاق که شـش‌تای آن عـدی است مطلقه شـده باشد بر آن شـخص حرام مؤبد میشود». قبل از آنکه شرح ماده بیان گردد لازم است دانسته شود که طلاق عدی کدام است. طلاق عدی یکی از اصطلاحات حقوق اسلام است و آن عبارت از طلاق رجعی میباشد که طبق مقررات مربوطه واقع شود و سپس شوهر در عده رجعیه رجوع کند و با زن مزبور نزدیکی نمایـد. بنـابراین بـا توجه بمادهٔ بالا که شـرط حرمت مؤبـد را در زن نه طلاق قرار داده که شـش‌تای آن عـدی باشـد، چنین بایـد فرض نمود که: مردی زن خود را که بـا او نزدیکی نموده طلاق رجعی دهـد و در عـده رجعیه رجوع کرده با او نزدیکی بنماید و در مرتبهٔ دوم طبق مقررات زوجهٔ خود را طلاق رجعی بدهد و در عدهٔ رجعیه رجوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۴

نماید و با او نزدیکی کند و سپس در مرتبهٔ سوم او را طلاق دهد. چون زوجه بسه طلاق مطلقه شده است بدستور مادهٔ «۱۰۵۷» ق. م بر شوهر مزبور حرام خواهد بود و شوهر نمیتواند با او نکاح نماید، مگر آنکه محلل واسطه گردد. بنابراین زن باید بزوجیت دائم مرد دیگری درآمده و با او نزدیکی بعمل آید و نکاح مزبور بجهتی از جهات منحل شود.

زن مزبور پس از انحلال نکاح با محلل بنکاح شوهر اول در می‌آید و سپس آن زن سه مرتبه دیگر چنانکه گفته شد طلاق داده شود (یعنی دوتـای آنهـا عـدی باشـد) و چون زن مزبور پس از سه طلاق بر شوهر خود حرام میشود، بوسـیلهٔ محلل میتوانـد بر شوهر اولی خود حلال گردد و پس از انحلال نکاح با محلل بزوجیت شوهر اول مجـدداً در آیـد و آن زن سه مرتبه ماننـد آنچه گفته شد طلاق داده شود (یعنی دوتای آن عـدی باشـد)، پس از طلاق اخیر که نهمین طلاق است، زن بر مرد مزبور حرام مؤبـد خواهد گشت و آن مرد دیگر نمیتوانـد با آن زن ازدواج کنـد. بنابر آنچه گـذشت نه طلاقی که موجب حرمت أبدی زن بر شوهر میگردد، شـش‌تای آن عدی میباشد و سه‌تای دیگر بائن است.

چنانچه یکی از شرائط مذکور در بالا موجود نگردد حرمت ابدی حاصل نمیشود.
مثلًا هرگاه زوج در یکی از طلاقهای اول، دوم، چهارم، پنجم، هفتم، هشتم رجوع کند، ولی نزدیکی ننماید و او را طلاق دهد و یا در عده رجوع نکند و انتظار بکشد تا عده منقضی شود و سپس بوسیله عقد مجدد رابطهٔ زوجیت برقرار سازد، هر چند مرتبه که زوج زوجهٔ خود را طلاق دهد حرمت ابدی حاصل نخواهد گشت، زیرا شرط حرمت مؤبد زنی که نه مرتبه مطلقه شده آنست که شش‌تای آنها عدی باشد.
در موانع نکاح در تفسیر مادهٔ «۱۰۵۷» ق. م وضعیت زنی که سه طلاق متوالی بگیرد گذشت، بشرح آن مراجعه شود.

۵- طلاقی که شوهر اجبار بآن میگردد

طلاقی که بدرخواست زن در موارد چهارگانه مذکور در مادهٔ «۱۱۲۹»
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۵
و «۱۱۳۰» ق. م شوهر اجبار بآن میگردد بائن است و شوهر نمیتواند در مدت عده بطلاق رجوع کند، اگر چه طبیعهٔ طلاق مزبور رجعی باشد (یعنی طلاق اول یا دوم زنی باشد که با او نزدیکی شده است) زیرا در مواردی که قانون بیکی از جهات معینه بزن اجازه میدهد که در دادگاه اقامهٔ دعوی کند و اجبار شوهر خود را بطلاق بخواهد، برای آنست که زندگانی زناشوئی دچار اختلال گردیده و ادامهٔ آن برای زن ایجاد عسر و حرج مینماید. بنابراین عقلائی نیست گفته شود که باجازهٔ قانونی زن بتواند از دادگاه درخواست، طلاق کند و پس از سیر مراحل قضائی و صدور حکم باجبار شوهر بطلاق و تحقق طلاق، شوهر از آن رجوع کند و نکاح را بوضعیت قبل درآورد و الا باید معتقد بود که اجازه درخواست اجبار شوهر بطلاق از طرف زن لغو، و بمسخره نزدیک‌تر است تا بتأسیس قانونی.
چنانکه ایراد شود که قانون طلاقهای بائن را در مادهٔ «۱۱۴۵» ق. م شمرده و طلاقی که بوسیلهٔ دادگاه، شوهر اجبار بآن میگردد نام نبرده است و ماده‌ای در قانون نیست که طلاق مزبور را بائن بشناسد و با آنکه طبیعتش رجعی است نمیتوان آثار بائن را بر آن بار نمود. پاسخ آنست که: اولًا مادهٔ «۱۱۴۵» طلاقهای معمولی را نام برده که بوسیله شوهر واقع میگردد. ثانیاً بوسیلهٔ تفسیری که کلید حل مشکلات قضائی است میتوان این امر را از روح مواد قانونی در مورد طلاق استنباط نمود و برای رسیدن بآن از تحلیل حقوقی کمک خواست.

۶- طلاقی که زن در اثر شرط وکالت خود را میدهد

چنانکه گذشت میتوان ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری شرط وکالت از طرف شوهر برای زن نمود که بتواند در موارد معینهٔ و یا بطور مطلق خود را طلاق دهد.
بنظر میرسد طلاقی که زن بعنوان وکالت در مورد مزبور خود را میدهد بائن است. اگر چه آن طبیعهٔ طلاق رجعی باشد. بنابراین هرگاه زنی که با او نزدیکی بعمل آمده و یائسه نمیباشد طبق شرط وکالت مندرج ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر خود را طلاق دهد، شوهر نمیتواند در عده بآن رجوع کند، زیرا منظور طرفین از قرار دادن شرط وکالت در
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۶
طلاق برای آن است که زن بتواند برای همیشه خود را از قید زناشوئی رهائی بخشد و آزادی خود را دوباره بدست آورد، چنانچه شوهر بتواند باراده خود بطلاق رجوع نماید، علاوه بر آنکه بر خلاف مقصود طرفین است، قرار دادن شرط مزبور عملی لغو بیش نیست.

اشکال بآنکه بائن و رجعی بودن ناشی از وضعیت طبیعی طلاق است و تابع قصد طرفین نمیباشد، وارد نیست، زیرا با توجه بطلاق خلع و مبارات، که از نظر تحلیلی در مورد طلاق رجعی بوسیلهٔ دادن عوض از طرف زن بصورت طلاق بائن در می‌آید و حق رجوع شوهر مادام که زن بعوض رجوع ننموده سلب گردیده است، مسلم میگردد که میتوان طلاق رجعی را بطلاق بائن تبدیل نمود و سپس با رجوع زن بعوض، بطلاق رجعی برگردانید.

قسم دوم- طلاق رجعی

اشاره

طلاق رجعی طلاقی است که شوهر میتواند در مدت عده بطلاق رجوع بنماید و نکاح را بحالت اول برگرداند. بهمین اعتبار بطلاق مزبور طلاق رجعی گفته شده است. ماده «۱۱۴۸» قانون مدنی میگوید: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است».
طلاق رجعی در مورد زنی است که یائسه نبوده و شوهر با او نزدیکی کرده باشد.
مدت عده باعتبار وضعیت زن چنانکه بعداً دیده میشود فرق مینماید، و آنگاه سه طهر و گاه دیگر سه ماه و چنانچه زن حامله باشد تا وضع حمل است. در هر یک از سه مورد شوهر میتواند در مدت عده از طلاق رجوع نماید و نکاح را بحالت اول عودت دهد.
چنانچه طلاق رجعی از نظر تحلیلی مورد مطالعه قرار گیرد، یکی از دو فرض پیش می‌آید:
۱- در طلاق رجعی، نکاح بوسیلهٔ صیغهٔ طلاق منحل میگردد، ولی قانون بجهات اجتماعی تمامی احکام زوجیت را در مدت عده جاری میداند و بشوهر نیز اجازه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۷

میدهد که بتواند بطلاق رجوع کند. این است که گفته میشود مطلقه رجعیه در حکم زوجه است.
۲- در طلاق رجعی نکاح، بوسیلهٔ طلاق و انقضاء مدت عده منحل میگردد بشرط آنکه شوهر در مدت عده رجوع بآن نکرده باشد. بنابراین مادام که عده منقضی نشود رابطهٔ زوجیت برقرار میباشد و مطلقه رجعیه در حقیقت زوجه است. بعضی از فقهاء تصریح مینمایند که چون مطلقه رجعیه زوجه یا در حکم زوجه است حلیت نزدیکی و بوسیدن و لمس کردن او در مدت عده متوقف بر رجوع قبلی نیست بدین جهت است که:
یک- در صورتی که شوهر در مدت عده رجوع کند، نکاح اول با همان مهر معین و شرائط مندرجه در عقد نکاح ادامه پیدا میکند.
دو- در مدت عدهٔ طلاق رجعی زن و شوهر نمیتوانند با یکدیگر نکاح مجدد منعقد نمایند و شوهر میتواند بطلاق رجوع کند.
بنابر آنچه گفته شد که مدت عده رجعیه در حکم دوران زناشوئی یا دوران زناشوئی است:
الف- در مدت عده رجعیه زن مستحق نفقه میباشد. ماده «۱۱۰۹» قانون مدنی: «نفقهٔ مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهدهٔ شوهر است، مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد، لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد زن حق نفقه ندارد مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت» (شرح آن در صفحه ۴۳۸ جلد چهارم گذشت رجوع شود)
ب- هر یک از زوجین که در مدت عده رجعیه بمیرد، دیگری از او ارث میبرد ماده «۹۴۳» ق. م: «اگر شوهر زن خود را بطلاق رجعی مطلقه کند، هر یک از آنها که قبل از انقضاء عده بمیرد دیگری از او ارث میبرد. لیکن اگر فوت یکی از آنها بعد از انقضاء عده بوده و یا طلاق بائن باشد از یکدیگر ارث نمیبرند».
ج- شوهر نمیتواند مادام که عده رجعیه منقضی نشده با خواهر زن مطلقه مزبور ازدواج نماید و یا با پنجمین زن نکاح کند (این دو امر مستنبط از روح دو مادهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۸

«۱۱۰۹» و «۹۴۳» ق. م میباشد).

بالعکس آنچه در طلاق رجعی است، بوسیلهٔ طلاق بائن، نکاح منحل میگردد، یعنی رابطه زوجیت شوهر با زن در عده مانند رابطهٔ پس از انقضاء عده میباشد، خواه از طلاقهائی باشد که عده دارد یا از طلاقهائی باشد که بدون عده است، مانند طلاق یائسه و طلاق قبل از نزدیکی. بدین جهت در مواردی که مانع قانونی نباشد چنانکه شوهر بخواهد رابطهٔ زوجیت با آن زن برقرار سازد باید بوسیلهٔ عقد مجدد باشد، اگر چه هنوز مدت عدهٔ طلاق منقضی نشده است. یعنی شوهر میتواند با زنی که نکاح او بوسیله طلاق بائن منحل شده است بوسیله عقد تازهٔ ازدواج مجدد نماید.

رجوع

اشاره

رجوع بمعنی برگشتن است و رجعت بکسر و فتح راء بمعنی یک‌دفعه برگشتن میباشد. در اصطلاح حقوقی رجعهٔ بمعنی برگردانیدن زن مطلقه در مدت عده بنکاح سابق است. اصطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیفتاده، زیرا شوهر بوسیلهٔ رجوع بطلاق، زوجیت سابق را عودت میدهد.

رجوع ایقاع است و بوسیله ارادهٔ شوهر بر عودت زوجیت بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر آن بنماید واقع میشود، خواه بوسیلهٔ لفظ یا نوشته و یا آنکه بوسیلهٔ فعلی باشد که برای غیر شوهر اجازه داده نشده است. مانند بوسیدن و نزدیکی کردن و امثال آن.

در صورتی که شوهر لال باشد میتواند بوسیلهٔ اشاره رجوع نماید. بنابراین هیچ‌یک از اعمال شوهر نمیتواند بدون آنکه قصد رجوع داشته باشد موجب رجوع گردد. بدین جهت فعل غافل و ساهی و خواب و مست و بلا اثر است و رجوع محسوب نمیشود.

اعمالی که نوعاً دلالت بر رجوع میکند مانند نزدیکی و بوسیدن و امثال آن کاشف از قصد رجوع میباشد، مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد.

برای تحقق رجوع باید قصد انشاء مقرون برضا باشد و الا چنانچه شوهر در رجوع مکره باشد رجوع محقق نمیگردد. فقهاء رضایت بعد را هم موجب تنفیذ

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۶۹

آن نمیدانند، اگر چه بنظر میرسد از نظر تحلیلی ایقاع مانند عقد است و بوسیلهٔ امضاء پس از رفع اکراه محقق میگردد و همچنین بنظر میرسد که فضولی در ایقاع مانند فضولی در عقد باشد که بوسیلهٔ اجازه تنفیذ شود. قول دیگر فقهای امامیه که دعوی اجماع بر آن شده آنست که هر عملی که بر غیر شوهر ممنوع است مانند بوسیدن و نزدیکی کردن و لمس نمودن (بشهوت باشد یا بدون آن) در مدت عده رجوع فعلی شناخته میشود و احتیاج بقصد رجوع ندارد. بعضی قدم فراتر گذارده بر آنند که در اعمال مزبور اگر چه قصد عدم رجوع از آن داشته باشد رجوع فعلی است، مگر آنکه خواب، مست یا در شبهه باشد. ضعف نظر مزبور با توجه بآنکه رجوع عمل قضائی است و عمل قضائی بدون قصد بلااثر است هویدا میباشد. بنابراین تأثیر رجوع باعتبار قصد شوهر باعاده وضعیت سابق است و عمل عاری از قصد رجوع، اگر چه نزدیکی باشد، رجوع محسوب نمیگردد.

هرگاه در دعوی زن بطلاق رجعی، شوهر منکر آن شود، فقهاء بر آنند که آن رجوع محسوب میگردد و دعوی عدم خلاف بر آن شده است. بعضی از فقهاء بر آنند که انکار طلاق از طرف شوهر اگر چه کذب او محقق باشد نیز رجوع میباشد. بنظر میرسد که این امر در صورتی صحیح است که رجوع بتواند بعملی که برای غیر شوهر جایز نیست محقق گردد و الا-هرگاه تحقق رجوع احتیاج

باراده داشته باشد، انکار اگر چه کذب آن معلوم باشد نمیتواند رجوع شناخته شود.

مسأله ۱- حق بودن رجوع

عده‌ای از فقهاء بر آنند که رجوع حکم میباشد و بعضی از حقوقیین معاصر بپیروی از فقهاء مزبور معتقدند که از روح مقررات قانون مدنی مربوط بنکاح استنباط میشود که رجوع در طلاق از قوانین آمره است و برای برقراری نظم اجتماعی تأسیس شده است. بنابراین کلمهٔ «حق» در مادهٔ «۱۱۴۸» ق. م در معنی حقیقی خود استعمال نشده است. بدین جهت قابل اسقاط از طرف شوهر نمیباشد و مانند خیارات در بیع نیست تا باسقاط یا شرط سقوط ساقط گردد، لذا چنانچه شوهر قبل از طلاق یا در مدت

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۰

عده، حق رجوع خود را ساقط نماید، حق رجوع ساقط نمیگردد و میتواند بطلاق رجوع بنماید. همچنین هرگاه آن را در مقابل مالی مصالحه کند آن مصالحه باطل خواهد بود.

بنظر میرسد که اشکالی نداشته باشد شوهر ضمن عقد لازم ملتزم گردد که هرگاه در مدت عدهٔ طلاق، رجوع نماید مبلغ معینی را بزوجه بدهد. در این صورت شوهر میتواند بطلاق رجوع نماید و چنانچه رجوع کرد ملزم بتأدیه وجه التزام مقرر خواهد بود، زیرا تعهد مزبور طبق مادهٔ «۱۰» ق. م الزام‌آور است.

عده‌ای از فقهاء دیگر بر آنند که رجوع حق است. از کلمهٔ حق مذکور در ماده «۱۱۴۸» ق. م میتوان استنباط نمود که قانون مدنی نیز پیروی از آن نظر نموده است.

بنابراین رجوع قابل اسقاط است و شوهر میتواند آن را مستقیماً ساقط کند و یا در ضمن عقد لازمی شرط سقوط آن را بنماید. در صورتی که شوهر حق رجوع خود را ساقط کند، طلاق در حکم طلاق بائن خواهد بود و شوهر دیگر نمیتواند رجوع بآن بنماید، لذا احکام طلاق بائن بر آن جاری میگردد و زن حق نفقه در مدت عده ندارد و توارث بین آنان نیست و شوهر میتواند خواهر زن خود و همچنین پنجمین زن را بگیرد. بر این امر اشکال شده است که بر فرض رجوع حق باشد و آن را بتوان اسقاط نمود و شوهر در اثر آن نتواند در مدت عده بطلاق رجوع کند، طلاق مزبور که طبیعتاً رجعی بوده در حکم بائن از هر جهت نخواهد گردید، بلکه احکام دیگر رجعی بحال خود باقی میماند. بنظر میرسد که اشکال مزبور وارد است، زیرا احکام مزبور در بالا- مترتب بر طبیعت طلاق رجعی است و طلاق مزبور با تمامی احکام و آثار خود محقق گردیده و اسقاط حق رجوع فقط جلوگیری مینمایند که شوهر بتواند زوجیت سابق را اعاده دهد، ولی طبیعت آن را تغییر نمیدهد و بقیه احکام آن را الغاء نمینماید. بنابر آنکه رجوع حق و قابل اسقاط باشد میتواند در مقابل عوض مورد صلح قرار گیرد و پس از صلح مانند آنست که شوهر آن را ساقط نموده است.

مسأله ۲- لازم نبودن گواه

بعضی از فقهای امامیه برای جلوگیری از هر گونه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۱

اختلاف، حضور گواهان را در رجوع مستحب دانسته‌اند. همچنین اطلاع دادن بزن در رجوع بطلاق لازم نیست، بلکه هرگاه شوهر نزد خود در مدت عده رجوع کند نکاح بحالت اولیه عودت می‌یابد، ولی این امر ایجاب نمینماید که هرگاه پس از انقضاء عده شوهر مدعی رجوع گردد و زن منکر آن باشد دعوی شوهر بدون دلیل پذیرفته شود، زیرا گفتار بالا- از نظر ثبوت است و دعوی رجوع از طرف شوهر و انکار زن، در مرحلهٔ اثبات و دادرسی میباشد و شوهر باید بوسیلهٔ دلیلی این امر را اثبات نماید.

مسأله ۳- وکالت در رجوع

اشاره

چنانکه در فصل وکالت گذشت، طبق قاعدهٔ کلی، هر عملی که مباشرت فاعل در آن منظور نباشد، میتوان بوسیلهٔ نمایندگی آن را واقع ساخت، زیرا غرض از این گونه امور پیدایش و تحقق آنست بوسیله هر کس که باشد. لزوم مباشرت در انجام هر امری را باید قانون بیان نماید، خواه تصریح بآن کند و یا از مفاد و مقررات مربوطه بتوان آن را استنباط نمود. بنابراین چنانچه در امری تردید شود که میتوان بوسیلهٔ نماینده آن را انجام داد یا آنکه مباشرت، شرط تحقق آنست، اصل عدم مباشرت میباشد. رجوع یکی از اسناد قضائی است.

قانون مدنی تصریح بعدم قابلیت توکیل در رجوع ننموده است و از روح قانون هم بدست نمیآید که مباشرت شوهر در آن شرط باشد، لذا شوهر میتواند بدیگری وکالت دهد که بوسیلهٔ لفظ یا نوشته اعلام قصد رجوع بنماید. چنانکه مفتاح الکرامه میگوید عده‌ای از فقهاء مانند شیخ و ابن ادریس و علامه تصریح بجواز توکیل در رجوع نموده‌اند، ولی مشهور از فقهاء بر خلاف این نظرند و بر آنند که رجوع نمیتواند مورد وکالت قرار گیرد. تصور میرود که منشأ فکر مزبور ناشی از رجوع فعلی است که بوسیلهٔ اعمالی از ناحیه شوهر حاصل میشود که بغیر شوهر اجازه داده نشده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۲

تذکر

با توجه بآنچه در بالا گفته شد و بیان آنکه ولی و قیم میتوانند برای مجنون ازدواج نمایند و زن او را طلاق دهند. بنظر میرسد که بطریق اولی در مواردی که مصلحت مولی علیه اقتضاء نماید، آنان بتوانند بطلاق رجوع نمایند، مانند آنکه در اثر طلاق زوجهٔ مجنون، بیماری روحی مجنون شدت پیدا کند و رجوع بطلاق موجب تسکین او گردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۳

مبحث سوم – در عده

فصل اول – در مدت عده

اشاره

فصل مزبور مشتمل بر سه باب است: عده نکاح دائم، عده نزدیکی بشبهه، عده زنا

باب– اول– در عده نکاح دائم

اشاره

عده بکسر عین اسم است و مشتق از اعتداد میباشد. در اصطلاح چنانکه ماده «۱۱۵۰» ق. م میگوید: «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمیتواند شوهر دیگر اختیار کند». خواه آنکه موجب انحلال نکاح طلاق، فسخ نکاح یا فوت شوهر باشد.

فلسفهٔ نگهداشتن عده برای زنی که رابطه زوجیت او منحل شده است، جلوگیری از اختلاط نسب و احترام بنکاح سابق میباشد. بنابراین زن میتواند در مدت عده با شوهر سابق خود که برای انحلال نکاح با او عده نگهداشته، ازدواج نماید، زیرا بنابر صریح عبارت مادهٔ بالا که میگوید: (... زن نمیتواند شوهر دیگری اختیار کند) معلوم میگردد که زن ممنوع از ازدواج با مرد دیگر است. ازدواج مجدد با شوهر سابق در صورتیست که طلاق بائن بوده و نکاح مجدد مانعی نداشته باشد، مانند طلاق خلع و مبارات قبل از رجوع زن بعوض و طلاقی که بحکم دادگاه و یا در اثر شرط وکالت، زن خود را میدهد. اما در مدت عده رجعیه شوهر نمیتواند نکاح مجدد با زن مطلقه خود منعقد سازد، زیرا مطلقهٔ رجعیه زوجه یا در حکم آنست و نکاح مجدد با او بدست آوردن چیزی است که خود موجود است، بلکه شوهر هرگاه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۴

بخواهد رابطهٔ زوجیت با زن مطلقه خود برقرار سازد میتواند بوسیلهٔ رجوع، نکاح سابق را برگرداند. در صورتی که در مدت عدهٔ رجعیه زن و شوهر نکاح مجدد برقرار سازند نکاح مزبور باطل و میتوان آن را رجوع دانست.

اقسام عده

اشاره

انحلال نکاح دائم بیکی از اسباب سه‌گانه: طلاق، فسخ، و فوت یکی از زوجین بعمل می‌آید. چون مدت عده طلاق و فسخ همانندند، لذا عدهٔ آن دو در یک قسمت و عده وفات در قسمت دیگر بیان میشود:

۱- عده طلاق و فسخ نکاح.

۲- عده وفات.

قسمت اول - عده طلاق و فسخ نکاح

اشاره

نگاهداری عده برای زن در اثر طلاق و فسخ نکاح منحصراً از نظر صیانت نسب و جلوگیری از اختلاط آنست. بدین جهت زنانی که طلاق داده میشوند و یا نکاح آنان فسخ میگردد بر دو دسته‌اند دستهٔ اول زنانی که پس از طلاق و فسخ نکاح عده نگه نمیدارند. دستهٔ دوم زنانی که پس از طلاق و فسخ نکاح عده نگه میدارند.

دستهٔ اول - زنانی که پس از طلاق و فسخ نکاح عده نگه میدارند

اشاره

زنانی که شوهر با آنها نزدیکی ننموده و همچنین زنان یائسه احتیاج به نگاهداری عده در طلاق و فسخ نکاح ندارند، زیرا احتمال حاملگی در آنها نمیرود تا بیم اختلاط نسب برود. ماده ۱۱۵۵ ق. م میگوید: «زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه نه عده طلاق دارد و نه عدهٔ فسخ نکاح، ولی عده وفات در هر دو مورد باید رعایت شود».

1- زنی که شوهرش با او نزدیکی ننموده است

چنانکه گذشت زنی که پس از عقد، شوهرش با او نزدیکی نکرده چنانچه طلاق داده شود و یا نکاح او فسخ گردد عده نگاه

نمیدارد و بلافاصله میتواند با مرد دیگری ازدواج نماید. نزدیکی کنایه از داخل

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۵

کردن آلت مرد است بقدر حشفه در آلت زن، خواه نزدیکی از قبل یا از دبر باشد، اگر چه انزال نشود. اگر مرد مقطوع الحشفهٔ باشد بقدر حشفه از باقیمانده آن کافی است.

بنظر میرسد که مادهٔ اگر چه نزدیکی را ملاک نگهداری عده قرار داده است، ولی بنابر مستنبط از مادهٔ مزبور، در اعمالی که احتمال داخل شدن منی مرد در رحم زن میرود، اگر چه از راه نزدیکی نباشد موجب نگهداشتن عده میشود. بنابراین چنانچه شوهر با زن اصطحکاک و تفخیذ کند که انزال شود، آن زن در حکم زنیست که با او نزدیکی بعمل آمده است. قول مشهور بر خلاف است و ملاک نگهداشتن عده را نزدیکی دانسته‌اند، چنانکه ظاهر ماده هم بر آنست. در این صورت چنانچه بعداً معلوم گردد زن حامله بوده است عدهٔ حامل نگه میدارد، و هرگاه شوهر کرده کشف میشود نکاح او باطل بوده است.

2- زن یائسه

چنانکه گذشت در اصطلاح حقوق اسلام یائسه بزنی گویند که سن او از شصت سال گذشته باشد. قول مزبور از شیخ نقل شده و عده‌ای از فقهاء که از آن جمله محقق است از او متابعت نموده‌اند. مستند اینان روایت عبد الرحمن بن حجاج از ابو عبد اللّه صادق علیه السلام است. قول دیگر که از ابن بابویه نقل شده است و متأخرین بعد از محقق از او متابعت کرده‌اند آنست که سن یأس پنجاه سال تمام میباشد، مگر آنکه زن قرشیه باشد که در این صورت در سن شصت سالگی یائسه میشود. مستند اینان روایت صحیحه ابن ابی عمیر از بعضی اصحاب از ابو عبد اللّه صادق علیه السلام میباشد. قول سومی موجود است که از علامه در منتهی نقل شده که محقق در کتاب طهارت در باب حیض متابعت نموده و آن پنجاه سال میباشد. مستند اینان نیز روایت دیگری از عبد الرحمن بن حجاج از ابو عبد اللّه صادق علیه السلام است.

باری زن یائسه هرگاه طلاق داده شود، یا نکاح او بجهتی از جهات فسخ گردد، عده ندارد و بلافاصله میتواند شوهر دیگری بنماید، زیرا چنین زنی آبستن نمیشود تا احتمال اختلاط نسب داده شود. از نظر حقوق اسلام در عدهٔ زن یائسه دو روایت است: یکی آنکه زنان مزبور سه ماه عده نگه میدارند و دیگری آنکه آنها عده ندارند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۶

روایت اخیر مشهور است و مورد پیروی قانون مدنی قرار گرفته است.

دسته دوم- زنانی که پس از طلاق و فسخ نکاح عده نگاه میدارند

اشاره

زنی که یائسه نمیباشد و شوهر با او نزدیکی نموده است، باید پس از طلاق یا فسخ نکاح عده نگاهدارد، زیرا چنانچه بدون رعایت عده ازدواج نماید بیم اختلاط نسب میرود.

مدت عده باعتبار طبیعت زن چنانکه ذیلًا دیده میشود متفاوت است:

یک- عده طلاق و فسخ نکاح در زن حائل

اشاره

منظور از حائل زنی است که حامل (آبستن) نباشد. مادهٔ «۱۱۵۱» ق. م میگوید:

«عدهٔ طلاق و عدهٔ فسخ نکاح سه طهر است، مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت عدهٔ او سه ماه است». فلسفه لزوم نگاهداشتن عده در اینگونه زنان از نظر جلوگیری از اختلاط نسب میباشد که ممکن است با شوهر نمودن در عده بمرد دیگری پیش آید. مادهٔ بالا بین زنانی که عادت زنانگی میبینند و آنهائی که با اقتضای سن عادت زنانگی نمی‌بینند فرق گذارده و برای هر یک مدت مخصوصی را در نظر گرفته است.

الف- مدت عده زنانی که عادت زنانگی میبینند

اشاره

منظور از زنانی که عادت زنانگی میبینند زنانی هستند که عادت زنانگی آنان منظم است یعنی از حیث زمان پیدایش، عادت منظم دارند، اگر چه از حیث مدت مختلف باشند، فقهای امامیه بزنان مزبور (مستقیمهٔ الحیض) گویند. زنان نوعاً در هر ماه یک مرتبه عادت زنانگی میبینند و بعضی ممکن است بفاصله کمتر یا بیشتر از آن، عادت ببینند چنانکه ماهی دو مرتبه یا دو ماه یک مرتبه. عده طلاق و فسخ نکاح در اینگونه زنان سه طهر است.
طهر در اصطلاح حقوقیین اسلام بمدتی میگویند که بین دو عادت زنانگی قرار میگیرد و کمترین مدت آن ده روز است و چون زن در آن مدت از عادت زنانگی پاک میباشد آن را طهر گویند. احتساب سه طهر بدین منوال است.

طهر اول

عبارت است از آنچه از طهر پس از طلاق مانده است، اگر چه
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۷
لحظه‌ای پس از اجرای صیغه طلاق بیش نباشد، ولی هرگاه بلافاصله پس از اداء صیغهٔ طلاق زن عادت زنانگی ببیند، طهر اول، طهر پس از عادت زنانگی خواهد بود.

طهر دوم

پس از آنکه طهر اول پایان یافت و زن عادت زنانگی را دید و آن را باتمام رسانید طهر دوم شروع میشود.

طهر سوم

اشاره

طهر دوم که خاتمه یافت و عادت زنانگی پس از آن نیز پایان یافت، طهر سوم شروع میشود.
طهر سوم چون تمام شود بدیدن عادت زنانگی کشف میشود عده زن تمام شده و میتواند شوهر دیگری اختیار کند. شیخ بر آنست که آن لحظه از عادت زنانگی که پس از طهر سوم دیده میشود نیز جزء عده محسوب است. اختلاف دو نظریه بالا آثار عملی در بر دارد، زیرا هرگاه عده طلاق رجعی باشد و یکی از زوجین در لحظهٔ عادت زنانگی پس از طهر سوم بمیرد، بنابر قول مشهور از یکدیگر ارث نمیبرند و بنابر قول شیخ ارث میبرند. همچنین است بقیه احکام عده.
چون ممکن است زن در یک ماه دو مرتبه عادت زنانگی به بیند، کمترین مدتی که ممکن است عده اینگونه زنان تمام شود بیست

و شش روز و دو لحظه است بدین منوال:

یـک لحظه از طهری که طلاق در آن واقع شـده، سه روز مـدت عادت زنانگی و بعـد از آن ده روز طهر دوم، سپس سه روز مـدت عادت زنانگی و بعـد از آن ده روز طهر سوم و بالاخره با دیـدن یک لحظه از عادت زنانگی اخیر کشف میشود که مـدت عده پایان پـذیرفته است. اما در صورتی که زن هر دو ماه یک مرتبه عادت زنانگی برای ده روز ببینـد سه طهر او شـش ماه خواهد بود و مدت دو عادت زنانگی که بیست روز است بر آن افزوده میشود.

زنی که عـادت زنانگی او از ده روز تجاوز کنـد و یا آنکه همیشه دچار ترشـح خون میباشـد، برای تشـخیص ابتـداء عادت زنانگی و مدت آن، سوابق خود را از حیث زمان و مدت در نظر میگیرد و با مقایسهٔ با آن، تعیین مینماید. در صورتی که آن زن عادت

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۸

منظمی در سابق نداشـته است، باعتبار رنگ و بوی خون تشـخیص مـدت حیض و اسـتحاضه را میدهد و بدین وسـیله سه طهر عادت خود را احتساب مینماید. هرگاه زن بوسیلهٔ صفات خون از حیث رنگ و بو نتواند مدت عادت زنانگی خود را تشخیص دهد، عادت زنـانگی خویشاونـدان و همشـهریهای خود را ملاـک تشـخیص قرار میدهـد و چنانچه آنان نیز مختلف باشـند، مـدت عـدهٔ او سه ماه خواهد بود. از ذیل ماده «۱۱۵۱» ق. م این امر استنباط میشود.

در صورتی که اولین دفعهٔ باشـد که زن عـادت زنـانگی می‌بینـد و هنوز وضـعیت آن منظم نباشـد و پس از دیـدن یک یا دو عادت زنانگی، چنـد ماه عادت زنانگی را بتاخیر انـدازد و سـپس آن را به بینـد بایـد صبر نماید تا سه طهر را تمام کند، اگر چه چندین ماه طول بکشد.

مسأله- مدت عدهٔ زنی که عادت زنانگی میبیند و قبل از پایان عدهٔ یائسه گردد-

هرگـاه زنی که عـادت زنـانگی میبینـد طلاـق داده شود و یـا بجهتی از جهات نکاح او فسـخ گردد و هنوز عـدهٔ او تمام نشـده بسـن یائسـگی برسد، بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۱۵۱» ق. م بایـد بقیه مـدت را تا سه ماه باتمام رساند، ولی فقهاء تصـریح نمودهاند که پس از یأس دو ماه عده نگاه میدارد. مستند اینان روایت است.

ب- مدت عده زنانی که عادت زنانگی نمیبینند

اشاره

زنانی که سن آنان اقتضای آن را دارد که عادت زنانگی ببیننـد، ولی بجهتی از جهات آن را نمیبینند، مدت عدهٔ طلاق و فسخ نکاح آنان سه ماه است. زنان مزبور عبارتنـد از زنانی که از نظر طبیعت خاصـی که دارنـد دیرتر از سن معمولی عادت زنانگی میبیننـد و یا آنکه طبیعـهٔ آن را نمی‌بیننـد و یا آنکه پس از دیدن یک یا چند مرتبه در اثر بیماری یا شـیر دادن طفل عادت زنانگی آنان قطع شده است. در صورتی که زن عـادت زنـانگی ببینـد ولی منظم نباشـد چنانچه در یک ماه یک‌دفعه ببینـد و یک ماه یا دو ماه نبینـد و گاه دیگر دو ماه یک مرتبه ببیند، برای احتساب عدهٔ اینان رعایت مدت سه ماه و سه طهر میشود، بدین نحو که هرگاه قبل از انقضاء سه ماه زن سه طهر را ببیند، عدهٔ او پایان می‌یابد و هرگاه سه طهر را نبیند

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۷۹

با گذشتن سه ماه عدهٔ او تمام میشود. در اصطلاح حقوق امامیه اینگونه زنان را غیر مستقیمهٔ الحیض گویند. فقهای امامیه بر آنند که زنانی که فاصلهٔ بین دو عادت زنانگی آنان سه ماه یا بیشتر است. در حکم کسانی هسـتند که عادت زنانگی نمیبینند و عدهٔ آنان سه

ماه است. حکم دو مورد اخیر اگر چه بر خلاف ظاهر ماده است، ولی با توجه بروح ماده بالا بپیروی از فقهای امامیه میتوان این امر را استنباط نمود.

برای احتساب مدت سه ماه چنانچه زن در ابتدای ماه طلاق داده شود، با گذشتن ماه سوم عده پایان میپذیرد و هرگاه زن در اواسط ماه طلاق داده شود، کسری مدت از ماه دیگر تکمیل میشود.

مسأله- مدت عدهٔ زنی که عادت زنانگی نمیبیند و قبل از پایان عده یائسه گردد

هرگاه زنی که هنوز بسن یائسگی نرسیده ولی عادت زنانگی نمیبیند، طلاق داده شود یا بجهتی از جهات نکاح او فسخ گردد و هنوز عده او بپایان نرسیده بسن یائسگی برسد، باید بقیه مدت (سه ماه) عده را تمام کند، مثلًا زنی که بسن یائسگی نرسیده و عادت زنانگی نمیبیند طلاق داده شود و یا نکاح او فسخ گردد و پس از ده روز که از عدهٔ او میگذرد، بسن پنجاه سالگی (سن یائسگی) برسد، باید دو ماه و بیست روز دیگر عده نگاهدارد. حکم مزبور با دقت در مفاد مادهٔ «۱۱۵۱» قانون مدنی که حکم سه طهر و یا سه ماه را بنا بر وضعیت زن در حال طلاق در نظر گرفته، استنباط میگردد.

دو- عده طلاق و فسخ نکاح در زن حامل

اشاره

زن پس از آنکه نطفه در رحم او منعقد گردد، حامل میباشد. در صورتی که نکاح زن حامل بجهتی از جهات فسخ شود یا طلاق داده شود عده‌اش تا زمان وضع حمل است و بوضع حمل عدهٔ او منقضی میشود، اگر چه مدت بسیار کوتاهی از انحلال نکاح گذشته باشد مانند یک یا چند ساعت. فرق نمی‌نماید که وضع حمل عادی باشد یا بوسیلهٔ سقط جنین، خواه طبیعی باشد یا بوسیلهٔ عملیات جراحی و دارو، اگر چه سقط قبل از حلول حیات، بصورت علقه یا مضغه باشد. ماده «۱۱۵۳» ق. م

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۰

میگوید: «عدهٔ طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد زن حامله تا وضع حمل است». وضع حمل بخارج شدن تمام حمل محقق میگردد. چنانچه حمل در شکم بمیرد و قطعه‌قطعه آن را خارج کنند، زمانی عده تمام میشود که تمامی اعضاء آن خارج شده باشد. نگاهداری عده برای زن حامل در طلاق یا فسخ نکاح برای جلوگیری از اختلاط نسب نمیباشد، زیرا پس از انعقاد نطفه بمدت کوتاهی، در رحم بسته میشود و دیگر تا وضع حمل زن نمیتواند مجدداً حامله گردد. بنظر میرسد که لزوم عده در زن حامل برای حفظ حیات جنین میباشد، زیرا ممکن است چنانچه زن حامل عده نگه ندارد و قبل از وضع حمل شوهر دیگر کند، شوهر او را وادار بسقط جنین نماید.

تذکر

انقضاء عده زن حامل بوضع حمل در طلاق و فسخ نکاح در صورتی است که حمل از نکاحی باشد که در اثر انحلال آن، زن عده نگه میدارد و الا هرگاه زن قبل از طلاق یا فسخ یا بعد از آن در مدت عده از زنا حامله شده باشد، عدهٔ او همان عدهٔ زن غیر حامله است، یعنی سه طهر یا سه ماه از تاریخ طلاق یا فسخ نکاح. وضع حمل در مورد مزبور هیچ اثری نسبت بزانی و همچنین نسبت بشوهر ندارد، اما نسبت بزانی چنانکه گفته خواهد شد زنا عده ندارد، اما نسبت بشوهر چون فرزند از آن او نمیباشد. بنابراین زن مزبور پس از انقضاء عده (سه ماه یا سه طهر از تاریخ طلاق یا فسخ) میتواند شوهر جدید اختیار نماید، اگر چه از زنا حامله باشد.

اما هرگاه زن قبل از طلاق یا فسخ نکاح یا بعد از آن در مدت عده در اثر وطی بشبهه حامله گردد، بنحوی که بچه از آن واطی شناخته شود، وضع حمل سبب انقضاء عده نسبت بواطی میباشد، اما نسبت بعدهٔ طلاق یا فسخ دو قول است: یکی آنکه زن پس از وضع حمل و انقضاء مدت نفاس، عدهٔ جدیدی برای طلاق یا فسخ نکاح نگه میدارد، و دیگر آنکه عدهٔ آن دو تداخل میکند و طولانی‌ترین مدت، عدهٔ زن خواهد بود. نظر مزبور با روح مواد قانون بیش سازگار میباشد، اگر چه قول اول مشهور است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۱

مسأله- در صورتی که زن دوقلو حامله باشد،

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۵، ص: ۸۱
بعضی بر آنند که بوضع حمل نوزاد اول، عدهٔ او منقضی میشود و چنانچه طلاق رجعی باشد شوهر پس از آن نمیتواند بطلاق رجوع نماید، ولی زن مزبور نمیتواند شوهر دیگری بنماید، مگر پس از وضع حمل دوم. قول مزبور مبنی بر احتیاط است و الا طبق اصول حقوقی باید بر آن بود که بوضع حمل دوم عدهٔ زن حامل منقضی میگردد، زیرا پس از تولد نوزاد اول هنوز حامل بر او صدق میکند.

قسمت دوم- عدهٔ وفات

اشاره

ماده «۱۱۵۴» ق. م میگوید: «عده وفات چه در دائم و چه در منقطع در هر حال چهار ماه و ده روز است، مگر اینکه زن حامل باشد که در این صورت عدهٔ وفات تا موقع وضع حمل است، مشروط بر اینکه فاصله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشد و الا مدت عده همان چهار ماه و ده روز خواهد بود».
عده‌ای را که زن پس از وفات شوهر نگه میدارد برای احترام بمتوفی است که قانون مدنی از نظر عادت اجتماعی رعایت آن را لازم دانسته است، بدین جهت زنی که بلافاصله پس از وفات شوهر وضع حمل میکند با آنکه احتمال اختلاط نسب نمیرود، مانند زن یائسه و زنی که شوهر با او نزدیکی ننموده، باید چهار ماه و ده روز عدهٔ وفات نگهدارد با آنکه زن یائسه و زنی که شوهرش با او نزدیکی نکرده، عده طلاق و فسخ نکاح ندارند. این است که ماده «۱۱۵۵» ق. م میگوید: «زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه، نه عده طلاق دارد و نه عده فسخ نکاح، ولی عده وفات در هر دو مورد باید رعایت شود». مدت عدهٔ وفات که چهار ماه و ده روز است بماههای قمری احتساب میشود و چنانچه در اواسط ماه شوهر بمیرد، کسری آن از ماه آخر احتساب میگردد.
مدت مقرر در بالا در صورتی است که زن حائل باشد و الا چنانچه زن حامل باشد،
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۲
عده وفات طولانی‌ترین مدت از وضع حمل و عدهٔ زن حائل احتساب میگردد. مثلًا زن حامله‌ای که شوهرش میمیرد، چنانچه قبل از چهار ماه و ده روز وضع حمل بنماید، عدهٔ او چهار ماه و ده روز است و هرگاه زن پس از چهار ماه و ده روز از تاریخ وفات وضع

حمل نمایـد، بوضع حمل عدهٔ او منقضـی میگردد، اگر چه نه ماه بطول انجامد. این است که در آخر ماده «۱۱۵۴» ق. م میگوید: «... مگر اینکه زن حامـل باشـد که در این صورت عـدهٔ وفات تا موقع وضع حمل است مشـروط بر اینکه فاصـله بین فوت شوهر و وضـع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشـد و الا مدت عده همان چهار ماه و ده روز خواهد بود». در اصـطلاح فقهاء میگویند عدهٔ وفات در زن حامل ابعد الاجلین است، یعنی طولانی‌ترین مدت از وضع حمل و چهار ماه و ده روز.

چنـانکه گـذشت در نگاهـداری عـدهٔ وفـات برای زنی که شوهرش میمیرد فرق نمینمایـد که زن یـائسه باشـد و یا فوت شوهر قبل از نزدیکی واقع شود، یا آنکه زن عادت زنانگی ببیند یا آنکه نبیند. بنابراین هر زنی که شوهرش میمیرد باید عدهٔ وفات نگاهدارد.

مسائلی چند

مسأله 1- مدت عده زنی که طلاق داده میشود و در مدت عده شوهرش میمیرد، دو فرض میشود:

الف- در صورتی که در مـدت عـده طلاق رجعی شوهر بمیرد، عـدهٔ طلاق رجعی قطع میگردد و از تاریخ مزبور زن عده وفات نگه میدارد، زیرا مطلقه رجعیه زوجه و یا در حکم آن میباشد و مانند آنست که شوهر در دوران زناشوئی مرده است.

ب- در صورتی که در مـدت عـدهٔ طلاق بائن یا فسـخ نکاح شوهر بمیرد، زن آن عـده را بپایان میرسانـد و پس از آن میتواند شوهر دیگری نماید، زیرا در اثر طلاق بائن و فسخ نکاح، رابطهٔ زوجیت منحل شده است و شوهر در زمان فوت بیگانه محسوب میگردد.

مسأله 2- چنانکه از مواد مربوط بعده معلوم است، ابتداء مدت عده در طلاق و فسخ و فوت شوهر از زمان تحقق فسخ و طلاق و فوت است،

اگر چه زن جاهل بآن

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۳

باشـد، خواه شوهر در محل سـکونت زن حاضـر باشـد یا غائب. بنابراین چنانچه شوهر نکاح را فسخ و یا زن را طلاق دهد و یا شوهر فـوت کنـد، اگر چه شوهر غـائب باشـد و زن آگـاه نشود و پس از انقضـاء مـدت لازم برای عـده، زن از آن آگـاه گردد او میتواند بلافاصـله شوهر نمایـد، بـدون آنکه انتظـار مـدت دیگری را بکشـد، زیرا فلسـفهٔ عـده در طلاق و فسـخ، حفظ نسب و جلوگیری از اختلاط آنست و این امر تابع واقع میباشـد و علم و جهل زن تأثیر در آن نـدارد و معلول از علت فاصـله پیـدا نمیکنـد و عده در فوت شوهر برای رعایت احترام شوهر از نظر افکار عمومی و عادات اجتماعی است که آن نیز با گذشـتن مـدت مقرر بجای آورده شده و علم زن تـأثیر در آن نمینمایـد. در حقوق امامیه فقهاء بر آننـد که ابتـداء عـدهٔ در طلاق و فسـخ نکاح و وفات شوهر حاضـر در محل سکونت زن، تاریخ وقوع آنست و ابتداء عدهٔ وفات شوهری که غائب از محل سکونت زن میباشد، قول مشهور که دعوی اجماع هم بر آن شـده است از تاریـخ رسـیدن خبر فوت شوهر بزن میباشد، زیرا نگاهداری عدهٔ وفات برای زن از نظر اجتماعی، احترامی اسـت که بوضـعیت خانوادگی شوهر گـذارده میشود و آن در صورتی رعایت میشود که زن از فوت آگاه باشـد و خود را عزادار بنمایاند. بعضـی از فقهای امامیه بر آننـد که هرگاه شوهر نیز حاضـر باشـد ولی زن از تاریـخ وفات او مدتی آگاه نگردد، از تاریخ اطلاع پیدا کردن زن بر آن عـده وفات نگه میـدارد. بنابراین هرگاه شوهر در زنـدان باشـد و بمیرد و پس از چندین روز یا ماه یا سال خبر فوت شوهر بزن برسد، از تاریخی که زن بر آن آگاه میشود باید چهار ماه و ده روز عده نگهدارد.

قانون مـدنی چنانکه از ظاهر ماده «۱۱۵۴» ق. م مسـتفاد میگردد متابعت از قول مشـهور ننموده است و ابتـداء عدهٔ وفات را در شوهر غائب از محل سـکونت زن، نیز فوت دانسـته است. قول غیر مشـهور از ابن جنیـد حکایت شـده و صاحب مسالك نیز تمایل بآن پیدا نموده است.

مسأله 3- در عدهٔ وفات، زن حامل نفقه ندارد.

بنابر اطلاق ماده «۱۱۱۰» ق. م که میگوید: «در عدهٔ وفات زن حق نفقه ندارد» (شرح آن در احکام عده بعداً خواهد آمد).

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۴

باب دوم- در عدهٔ وطی بشبهه

اشاره

وطی بشبهه عبارتست از نزدیکی که بین مرد و زن اجنبی بتصور وجود رابطهٔ زوجیت بعمل می‌آید. تصور خلاف حقیقت یا اشتباه از دو راه موجود میگردد:

الف- از راه جهل بموضوع که آن را اشتباه موضوعی گویند و آن در موردی پیش می‌آید که با دانستن قوانین در تطبیق آن با موضوع خارج اشتباه شود، مانند آنکه مرد آگاه بقوانین موضوعه کشوری با زنی در پنهانی ازدواج کند، بدون آنکه بداند زن مزبور کافره غیر کتابیه است.

ب- از راه جهل بحکم که آن را اشتباه حکمی نامند و آن در موردی پیش می‌آید که شخص در اثر جهل بوجود قانون یا ندانستن معنی و مقصود آن مرتکب تخلف گردد، چنانکه مردی با زنی که در زمان شوهرداریش نزدیکی نموده است پس از انحلال نکاح، با او ازدواج نماید، بدون آنکه بداند نکاح آنان باطل است.

در دو صورت بالا- از نظر آنکه زن و مرد جاهل بعدم رابطهٔ زوجیت بین خود بوده‌اند، مورد تکلیف قانونی قرار نمیگیرند تا عمل آنان حرام تلقی گردد. بدین جهت رابطه آنان در حکم رابطهٔ ناشی از نکاح صحیح خواهد بود و طفلی که ممکن است از چنین رابطهٔ بوجود آید مانند طفل متولد از نکاح صحیح میباشد، زیرا با نبودن حکم تکلیفی برای آن زن و مرد، عفت آنان جریحه‌دار نمیشود و در حکم رابطهٔ قانونی است بنابر آنچه گذشت بدستور مادهٔ «۱۱۵۷» ق. م: «زنی که بشبهه با کسی نزدیکی کند باید عدهٔ طلاق نگاهدارد» نزدیکی بشبهه در دو قسمت بیان میشود:.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۵

قسمت اول- لزوم نگاهداری عده در نزدیکی بشبهه

نزدیکی بشبهه بیکی از سه صورت زیر است:

الف- اشتباه از ناحیه هر یک از زن و مرد باشد.

ب- اشتباه فقط از ناحیه زن باشد و مرد عالم بحرمت رابطه است.

ج- اشتباه فقط از ناحیه مرد باشد و زن آگاه بحرمت رابطه است.

بنظر میرسد که مادهٔ «۱۱۵۷» ق. م در لزوم نگاهداری عده طلاق، شامل دو مورد اول و دوم بشود و نگاهداری عده را در مورد سوم لازم ندانسته است، زیرا عبارت ماده (زنی که بشبهه با کسی نزدیکی کند) ناظر بموردی است که زن در عمل نزدیکی در اشتباه باشد. فقهای امامیه نگاهداری عده را برای زن، در دو مورد اول و دوم لازم دانسته‌اند و در مورد اشتباه مرد و علم زن بحرمت رابطه، بر دو قول میباشند: بعضی از فقهاء نگاهداری عده را برای زن لازم میداند و بعضی دیگر نگاهداری عده را برای زن لازم نمیداند و قانون مدنی از قول اخیر پیروی کرده است. بنظر میرسد که از نظر تحلیلی مناسب آنست گفته شود که در مورد اخیر برای صیانت نسب و جلوگیری از اختلاط آن، زن نیز باید عده نگهدارد، زیرا با مشتبه بودن مرد، طفل ملحق باو میباشد و نسبت باو مانند طفل متولد از نکاح صحیح است. ممکن است با تفسیر ساده ماده را با نظر اخیر تطبیق نمود و بر آن شد که منظور از عبارت (زنی که بشبهه با کسی نزدیکی کند) نزدیکی است که در اثر شبهه حاصل شده باشد.

قسمت دوم – مدت عده زن در نزدیکی بشبهه

اشاره

طبق مادهٔ «۱۱۵۷» ق. م عدهٔ زنی که بشبهه با کسی نزدیکی نماید، عدهٔ طلاق است که زن باید از تاریخ نزدیکی نگهدارد و هرگاه مکرر نزدیکی بعمل آمده است ابتدای آن از تاریخ آخرین نزدیکی میباشد. مدت عده طلاق بدستور ماده «۱۱۵۱» ق. م
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۶
باعتبار وضعیت مزاجی زن مختلف میباشد، چنانکه زن عادت زنانگی ببیند عدهٔ او سه طهر است و الا سه ماه میباشد و هرگاه زن حامله باشد بدستور ماده «۱۱۵۳» ق. م عدهٔ او تا وضع حمل است. معلوم است که عده برای نزدیکی بشبهه در صورتی است که زن یائسه نباشد، و الا زن یائسه عده طلاق ندارد.

مسائلی چند

اشاره

در لزوم نگاهداری عده برای زنی که بشبهه با مرد اجنبی نزدیکی نموده است، فرقی نمینماید که زن در نکاح و یا در عده دیگری باشد یا مجرد بوده و شوهر نداشته باشد. اینک شرح و احکام هر یک از صور مزبور:

مسأله– ۱– هرگاه زنی که با مرد اجنبی بشبهه نزدیکی نموده در نکاح دیگری است،

شوهر در مدت عدهٔ که زن برای نزدیکی بشبهه نگه میدارد، نمیتواند با او نزدیکی نماید، ولی این امر موجب اسقاط حق نفقهٔ او نمیگردد، زیرا نفقه از احکام نکاح دائم است.
اما در تمتعات دیگر اختلاف نظر است، و آنچه بنظر میرسد شوهر میتواند هرگونه تمتعی غیر از نزدیکی از زن خود ببرد، زیرا زن زوجه او است و این امر منافات با بودن زن در عده نزدیکی بشبهه ندارد.

مسأله– ۲– چنانکه گذشت، لزوم عده برای زنی که بشبهه با مرد اجنبی نزدیکی نموده از نظر حفظ نسب طفلی است که ممکن است از آن زن متولد گردد،

بنابراین هرگاه زن مزبور شوهر نداشته باشد، مردی که با او نزدیکی نموده است میتواند در مدت عده با او نکاح بنماید. مثلًا هرگاه مردی با زنی که شوهر ندارد. بشبهه نزدیکی نماید، او میتواند قبل از انقضاء مدت سه طهر یا سه ماه با او ازدواج کند. از نظر تحلیلی تصور میرود که هرگاه مرد و زن هر دو در اشتباه بوده‌اند ازدواج آنان در مدت عده اشکالی نخواهد داشت، زیرا طفل متولد از شبهه و طفل متولد از نکاح هر دو ملحق بآن زن و مرد خواهد بود، ولی هرگاه یکی از زن و مرد بشبهه نزدیکی کند و دیگری در حین
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۷
نزدیکی عالم باشد بآنکه رابطهٔ زوجیت بین آنها موجود نیست، ازدواج آنان قبل از انقضاء عده از نظر تحلیلی موجب اشکال میگردد، زیرا وضعیت حقوقی طفل متفاوت خواهد بود، مثلًا هرگاه مردی که از حقیقت امر آگاه بوده با زنی که جاهل است بشبهه نزدیکی نماید و پس از ۱۵ روز با یکدیگر ازدواج کنند و سپس کشف شود که زن حامله است معلوم نخواهد بود که طفل متولد از

نکـاح صـحیح است و ملحق بزن و شوهر میشود یـا متولـد از نزدیکی است که مرد عالم بنبودن رابطـهٔ زوجیت بوده و طفل ملحق باو نمیشود، ولی از نظر قضائی با توجه بمادهٔ «۱۱۵۸» ق. م هیچ‌گونه اشـکال عملی نخواهد داشت زیرا طبق ماده نامبرده «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق بشوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

مسأله – ۳– ازدواج مرد دیگری با زنی که در عده بشبهه است مورد اختلاف میباشد،

ظاهر از گفتار کتاب مسالک جواز آنست، اگر چه شوهر مزبور نمیتوانـد با آن زن نزدیکی نماید، مگر بعد از آنکه عدهٔ شـبهه پایان یابـد، زیرا زن مزبور در عـدهٔ زوجیت نمیباشـد تا نتوانـد ازدواج نمایـد و نگاهداری عده برای جلوگیری از اختلاط نسب است و آن بعدم نزدیکی حاصل میشود. بعضی دیگر بر آنند که اقوی عدم جواز نکاح با مرد دیگر است، زیرا اصل، عدم تأثیر عقد نکاح است. صـاحب جواهر، مسأله مزبور را مبنی بر جواز و عـدم جواز اسـتمتاعات دیگر برای غیر کسـی که بشـبهه نزدیکی کرده دانسـته است، چنانچه آن استمتاعات جائز باشد زن میتواند ازدواج نماید و هرگاه استمتاعات دیگر ممنوع باشد عقد هیچ‌گونه اثری را در بر ندارد.

مسأله – ۴– بین فقهای امامیه اتفاق است که زن حق نفقه در مدت عدهٔ نزدیکی بشبهه از مرد ندارد،

زیرا نفقه از آثار نکاح دائم است، ولی در نفقهٔ مدت عدهٔ زنی که از شـبهه حامل میشود اختلاف نظر است. مشهور بر آنست که زن حامل از شـبهه در مدت عده مستحق نفقه نمیباشد و اسـتحقاق زن حامل بنفقه در مدت عده طلاق بائن اسـتثناء از قاعده است، ولی شیخ بر آنست که چون استحقاق

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۸

زن حامـل، بنفقه در مـدت عـدهٔ طلاق بائن باعتبار حمل است، یعنی نفقه از نظر قرابت بحمل داده میشود و چون حمل از خون مادر تغذیه میکند آن نفقه بحامل داده میشود، لذا هرگاه حمل زن ناشـی از نزدیکی بشبهه از طرف مرد باشد، زن مستحق نفقه مدت عده است، زیرا فرزند ملحق بآن مرد میباشد.

مسأله – ۵– در صورتی که زن شوهردار با کسی بشبهه نزدیکی نماید و پس از چند روز شوهرش او را طلاق دهد،

قول مشـهور فقهای امامیه بر آنست که زن برای هر یک از نزدیکی بشـبهه و طلاق، عـدهٔ جـداگانه بایـد نگاهـدارد. مثلًا چنانکه مرد اجنبی با زنی شوهردار بشـبهه نزدیکی کنـد، سـپس شوهرش از این امر آگاه و او را طلاق دهـد، بنابر قول مشـهور زن بایـد قبلًا عدهٔ شبهه را تمام نموده و سپس عدهٔ طلاق شوهر خود را نگهدارد. و هرگاه زن از یکی از آن دو حامله باشد اول عده حمل را تا وضع حمـل تمـام نموده و سـپس عـده دیگری را شـروع و باتمـام میرسانـد. بمتـابعت قول دیگر که با اصول حقوقی بیش موافق است بنظر میرسـد که دو عـده تداخل خواهند کرد و طولانی‌ترین مدت بین آن دو عدهٔ زن خواهد بود، بدین نحو که در مثال بالا زن تا وضع حمل عـده نگه میدارد و از مدت عدهٔ دیگری چنانچه باقی مانده باشد آن را باتمام میرساند و چون مدت هر دو خاتمه پذیرفت عده پایان یافته است.

مسأله – ۶– هرگاه زنی که در عده طلاق یا فسخ نکاح یا وفات است با مرد اجنبی بشبهه نزدیکی بنماید،

دو قول بالاـ چنانکه بیان گردیـد نیز موجود است. مشـهور بر آنست که عـدهٔ طلاق یا فسـخ یا وفات را خاتمه میدهـد و سـپس عـدهٔ نزدیکی بشـبهه را شـروع مینمایـد، مگر آنکه از یکی از آن دو حامله باشد که در این صورت هرگاه از شوهر حامله است عدهٔ حمل را تا وضع حمل نگهداشـته و پس از وضع حمل عـدهٔ نزدیکی بشـبهه را شـروع خواهـد نمود و هرگاه از نزدیکی بشـبهه حامله شـده

باشد پس از وضع حمل هر چه از عده طلاق قبل از نزدیکی بشبهه باقی مانده تکمیل خواهد نمود، بمتابعت قول دیگر بنظر میرسد که دو عده با یکدیگر تداخل نموده و پس از خاتمه یافتن طولانی‌ترین مدت، زن از عده خارج میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۸۹

مسأله- ۷- هرگاه زنی که در عدهٔ طلاق یا فسخ نکاح است شوهر با او بشبهه نزدیکی نماید،

زن باید عدهٔ طلاق نسبت بآن نگهدارد، زیرا مادهٔ «۱۱۵۷» ق. م شامل مورد مزبور نیز میگردد. در این امر فرق نمینماید که زن در عدهٔ طلاق بائن باشد یا رجعی، زیرا بنابر آنچه گفته شد نزدیکی بدون قصد رجوع، رجوع محسوب نمیگردد. بسیاری از فقهاء بر آنند که چنانچه زن در مدت عده رجعیه باشد نزدیکی شوهر با او رجوع محسوب میگردد، اگر چه قصد رجوع نداشته یا قصد عدم آن را داشته باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۰

باب سوم- عده در نزدیکی بزنا

نزدیکی بزنا عده ندارد، زیرا قانون مدنی فقط در ماده «۱۱۵۱» عده را برای طلاق و فسخ نکاح و در ماده «۱۱۵۷» عده را برای وطی بشبهه مقرر داشته است.

بنابراین هرگاه زنی که شوهر ندارد زنا بدهد اگر چه از آن حامله گردد، میتواند بلافاصله شوهر اختیار کند، خواه آن شوهر کسی باشد که با او زنا نموده یا مرد دیگری، زیرا قانون هیچ‌گونه احترامی برای نزدیکی مزبور نشناخته است و طفل را ملحق بآنان نمیداند، لذا قاعدهٔ فراش نسبت بطفل جاری نمیگردد. علامه در تحریر بر آنست که هرگاه معلوم نباشد که زن از زنا حامله است باید عده نگهدارد و الا عده لازم ندارد و میتواند ازدواج نماید. شهید ثانی در مسالك از نظر جلوگیری از اشتباه و تشویش نسب، اشکالی بر این نظریه ندیده است و صاحب حدائق نیز بر این نظریه است.

گفتار فقهای مزبور از نظر تحلیلی صحیح بنظر میرسد، زیرا زنی که بزنا با او نزدیکی بعمل آمده و معلوم نیست که در اثر آن حامله شده است، هرگاه شوهر نماید اگر چه با مردی باشد که عمل زنا را مرتکب شده موجب اشتباه در نسب میگردد و طفلی که از ازدواج مزبور متولد گردد، مشکوك خواهد بود که از زنا یا از نکاح است، ولی چنانچه معلوم باشد که زن از زنا حامله است، ازدواج او موجب اشتباه در نسب نمیگردد. تفکیك مزبور دور از منطق قضائی میباشد، زیرا طبق ماده «۱۱۵۸» ق. م:

«طفل متولد در زمان زوجیت ملحق بشوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۱

بنابر آنچه گذشت هرگاه زن شوهرداری از زنا حامل گردد و شوهر او را طلاق دهد یا نکاح فسخ شود، زن عدهٔ انحلال نکاح را برای مدت سه طهر یا سه ماه نگه میدارد و وضع حمل هیچ‌گونه تأثیری ندارد، خواه قبل از انقضاء مدت عده اتفاق افتد و یا بعد از آن، زیرا وضع حملی که تاریخ انقضاء عدهٔ طلاق یا فسخ محسوب میگردد، حمل از شوهر است. بنابراین زنی که از زنا حامل است پس از انقضاء عدهٔ طلاق یا فسخ نکاح، اگر چه هنوز وضع حمل نکرده باشد میتواند بهر کس شوهر کند، اگر چه شخص ثالث باشد، زیرا زنا عده ندارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۲

فصل دوم در احکام عده

اشاره

احکام هر یک از اقسام عده فرق مینماید:

۱- احکام مطلقه رجعیه در مدت عده

اشاره

مطلقه رجعیه در مدت عده (مدت عده در صورتی که زن عادت زنانگی ببیند، سه طهر و چنانچه عادت زنانگی نبیند سه ماه و هرگاه حامله باشد تا وضع حمل است) چنانکه شرح آن گذشت، زوجه یا در حکم زوجه است، بنابراین تمامی تکالیف و حقوقی که زن و شوهر نسبت بیکدیگر دارند در تمامی مدت عده باقی خواهد بود، مگر آنچه منافات با حقیقت طلاق رجعی دارد که ذیلًا در ضمن بیان احکام و آثار عده رجعی ذکر میگردد.

الف- زن مستحق نفقهٔ مدت عده است

نفقه از آثار نکاح دائم میباشد و مطلقه رجعیه زوجه یا در حکم زوجه است، بنابراین مستحق نفقه خواهد بود و نفقه‌ای را که در اثر نکاح دائم مستحق است باید باو پرداخت شود. بنابراین نفقهٔ او از حیث کمیت و کیفیت همان است که در نفقه گذشت. ماده «۱۱۰۹» ق. م: «نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهدهٔ شوهر است، مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد. لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت».

ب- تکالیفی که زن قبل از طلاق رجعی عهده‌دار بوده در مدت عده باقی میماند

بنابر آنچه گذشت زن باید در منزلی که شوهر تعیین میکند سکنی کند،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۳

مگر آنکه اختیار تعیین منزل بزن داده شده باشد. زن همانگونه که قبل از طلاق بوده باید از شوهر خود تمکین نماید و هرگاه پس از طلاق در مدت عده رجعیه زن ناشزه گردد برای مدت نشوز مستحق نفقه نمیباشد، و هرگاه از نشوز خارج گشت مجدداً استحقاق او عودت می‌یابد.

تمکین در زمان عده در طلاق رجعی عبارت از اطاعت شوهر است در اموری که در زمان زوجیت از آن اطاعتش لازم بوده چنانکه زن باید حفظ حیثیات خانوادگی را در آمیزش و رفت و آمد خود با دیگران بنماید و از منزلی که در آن سکونت دارد بدون احتیاج خارج نگردد، مگر باجازهٔ شوهر و امثال آن. در لزوم تمکین در مدت عده رجعیه فرق نمینماید که زن حامل باشد یا حائل.

شوهر حق هیچگونه تمتعات جنسی از نزدیکی و لمس و امثال آن نسبت بزن مطلقه رجعیه در مدت عده ندارد، زیرا بنابر نظر آنکه زن در مدت عده در حکم زوجه است، احکامی را که قانون برای زن و شوهر در مدت عده شناخته حق استمتاع را بشمار نیاورده است. اما بنابر نظر آنکه مدت عده ادامهٔ دوران زناشوئی است، تمتعات جنسی منافات با ارادهٔ شوهر بر انحلال نکاح دارد.

در صورتی که زن بدون مانع مشروع از وظایف خود امتناع کند، مانند آنکه بدون موافقت شوهر تغییر منزل دهد یا مانند زنان

بی‌شوهر آزادانه زندگانی کند و اعتنائی برابطهٔ زناشوئی ننماید ناشزه خواهد بود و حق نفقهٔ او برای مدت نشوز ساقط میگردد.
بدین جهت است که بدستور صریح ماده «۱۱۰۹» ق. م هرگاه زن در حال نشوز طلاق رجعی داده شود مستحق نفقه نخواهد بود تا از نشوز خارج شود.

ج- هر یک از زن و شوهر که در مدت عده فوت کند دیگری از او ارث میبرد

زیرا مطلقهٔ رجعیه زوجه یا در حکم آنست. ماده «۹۴۳» ق. م: «اگر شوهر زن خود را بطلاق رجعی مطلقه کند هر یک از آنها که قبل از انقضاء عده بمیرد دیگری از او ارث میبرد، لیکن اگر فوت یکی از آنها بعد از انقضاء عده بوده و یا طلاق بائن باشد از یکدیگر ارث نمیبرند».
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۴

۲- احکام مطلقهٔ بائنه در مدت عده

در اثر طلاق بائن نکاح منحل میگردد و مطلقهٔ بائنه (زنی که شوهر با او نزدیکی نکرده، یائسه و در طلاق سوم) از شوهر سابق در زمان عده بیگانه است بنابراین:
الف- زن مطلقه مستحق نفقه مدت عده از شوهر نمیباشد.
ب- توارث بین زن و شوهر نیست، مگر آنکه شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و در ظرف یک سال از تاریخ طلاق بهمان مرض بمیرد، بشرط آنکه زن شوهر نکرده باشد.
ج- شوهر میتواند با کسانی که جمعاً نکاح نمیتوانست بنماید، پس از طلاق بائن ازدواج نماید. بنابراین شوهر میتواند با خواهر زن و یا دختر زن خود در صورتی که با زن مطلقه خود، نزدیکی نکرده باشد و همچنین با دختر برادر زن و دختر خواهر زن مطلقهٔ خود بدون اجازهٔ او نکاح نماید. عدهٔ فسخ نکاح مانند عدهٔ طلاق بائن است، مگر در مورد مادهٔ «۹۴۴» ق. م که هرگاه شوهر در ظرف یک سال بمیرد زن مطلقه از او ارث میبرد.
د- مطلقه بائنه در صورتی که حامل باشد در مدت عده مستحق نفقه میباشد، مانند زن حاملی که بطلاق خلع یا مبارات و یا در مرتبهٔ سوم طلاق داده میشود. انقضای عدهٔ طلاق زن حامل وضع حمل او میباشد، لذا زن مطلقه از تاریخ طلاق تا وضع حمل مستحق نفقه از شوهر خود خواهد بود، چنانکه ذیل ماده «۱۱۰۹» ق. م میگوید:
«... لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت». قید مادهٔ بالا بعبارت (از شوهر خود) برای احتراز از موردی است که زن مطلقه، حامل از شبهه یا از زنا باشد که در این صورت شوهر عهده‌دار نفقهٔ او نخواهد بود، زیرا نفقهٔ مدت حمل ناشی از دیگری را نمیتوان بشوهر تحمیل نمود.
وجوب انفاق مطلقهٔ حامل در مدت عده اجماعی است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۵

۳- احکام مطلقه بخلع و مبارات

اشاره

طلاق خلع و مبارات چنانکه گذشت مادام که زن رجوع بعوض نکرده است طبق صریح شق ۳ ماده «۱۱۴۵» ق. م از اقسام طلاق

بـائن است، لـذا زن حق نفقه و کسوه نـدارد، مگر در موردی که حامل باشـد و همچنین توارث بین زن و مرد موجود نیست و شوهر میتوانـد بـا خواهر زن خود ازدواج کنـد، همچنانکه میتوانـد با پنجمین زن نکاح نمایـد. زن پس از آنکه رجوع بـذل و عوض نمود، مانع شوهر از رجوع برطرف میگردد و بقیه مـدت عـده طلاق رجعی خواهـد بود و زن مسـتحق نفقه میگردد و حق توارث برای آنان ایجاد میشود.

بعضی از فقهای امامیه بر آنند که طلاق خلع و مبارات فقط از حیث عدم جواز رجوع در حکم بائن است و باقی احکام رجعی را که از آن جمله اسـتحقاق نفقه میباشـد دارا است و از نظر تحلیلی شـوهر حق رجوع خود را در مقابـل عوضـی که زن بـاو داده غیر قـابل اعمال نموده است و الا طبیعهٔ طلاق رجعی است.

تبصره – طلاق در مرض موت شوهر

چنـانکه گـذشت هرگـاه یکی از زوجین در عـدهٔ طلاـق بـائن بمیرد، دیگری از او ارث نمیـبرد، همچنـانکه در طلاـق رجعی پس از انقضاء مدت عده است. اما در صورتی که شوهر زن خود را در بیماری موت طلاق دهد هرگاه شوهر تا یک سال بمیرد، زن استثناء از او ارث میبرد، مشـروط بر اینکه شوهر نکرده باشـد. در این امر فرق نمینمایـد که زن حامـل باشـد یا حائل و طلاق رجعی باشـد یا بائن (یعنی زنی که نزدیکی با او نشده یا یائسه یا طلاق سوم) مادهٔ «۹۴۴» ق. م میگوید: «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهـد و در ظرف یـک سـال از تاریـخ طلاـق بهمان مرض بمیرد زوجـهٔ او ارث میبرد اگر چه طلاق بائن باشـد، مشـروط بر اینکه زن شوهر نکرده باشـد». علت مسـتنبطهٔ این امر آنست که چون شوهر احساس مردن کند ممکن است برای آنکه زن از او ارث نبرد او را طلاـق دهـد، لـذا قـانون برای جلوگیری از این عمـل و نقض غرض شوهر، زن مطلقه را از ارث شوهر، هرگاه در مـدت یک سال از همـان بیمـاری بمیرد برخوردار کرده است، همچنـانی که در قتـل، قاتـل را از ارث مقتول محروم نموده است، بـدین جهت شـیخ در استبصار و

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۶

بعضـی از فقهای امامیه بر آن شده‌اند که طلاقی که بدرخواست زن داده شده مانند خلع و مبارات مشـمول حکم مزبور نمیشود. قول مزبور علاوه بر آنکه مبتنی بر علت مسـتنبطه است مسـتند بدو روایت میباشد. قول دیگر که مشهور است و شیخ در دو کتاب فروع و اکثر از آن پیروی نموده بر آنست که زنی که در مرض موت مطلقه گردد و شوهر در مـدت یـک سـال بهمـان بیمـاری بمیرد مطلقاً (خواه شوهر ابتداء طلاق داده یا بتقاضای زن طلاق داده شده است) از شوهر خود ارث میبرد. مستند قول مزبور اطلاق نصوص است و علت مستنبطه هم نمیتواند ملاک حکم قرار گیرد. قانون مدنی در ماده «۹۴۴» از قول مشهور پیروی نموده است و حکم ارث را بر طلاق در بیماری مترتب ساخته است. چنانچه زن در مـدت مزبور بمیرد ارث شوهر تابع مقررات عمومی ارث خواهد بود، یعنی فقط در مدت عده رجعیه از زن ارث میبرد.

۴– احکام زن در عدهٔ وفات

اشاره

فلسفهٔ عده نگهداشتن زن در وفات شوهر، حفظ احترام شوهر میباشد که باید خود را محزون و عزادار نشان دهد، لذا فقهای امامیه بر آنند که زن در مدت عدهٔ وفات ملزم بحداد میباشد و آن ترک آرایش و پوشـیدن لباسـهائی است که مقصود از آن آرایش میباشد، این امر تابع عادات و رسوم عرف محل و زمان است.

فرع – نفقهٔ زن حامل در مدت عدهٔ وفات

اشاره

حقوقیین امامیه در نفقهٔ زن حامل در مدت عدهٔ وفات دارای دو قول هستند: قول مشهور بر آنست که زن حامل در مدت عدهٔ وفات مستحق نفقه نمیباشد. قول دیگر که عقیدهٔ شیخ و پیروان او میباشد بر آنست که نفقهٔ حامل در مدت عده برای حمل (جنین) است و بدین جهت زن حامل در مدت عدهٔ وفات مستحق نفقه خواهد بود. اظهار نظر حقوقی راجع بنفقهٔ زن حامل در مدت عدهٔ وفات بستگی بآن دارد که دانسته شود موجب استحقاق نفقهٔ زن حامل در مدت عدهٔ طلاق بائن بدستور ماده «۱۱۰۹» ق. م چیست؟ از نظر تحلیلی نفقهٔ مطلقه بائنه در مدت حمل ممکن است برای حمل (جنین) او باشد، بدین معنی که پدر از بابت نفقهٔ اقارب بفرزند خود که در حال حمل است نفقه میدهد و چون جنین نمیتواند مستقیماً از دهن تغذیه نماید بماده داده میشود تا بوسیلهٔ خون او تغذیه کند و ممکن است نفقه برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۷

زوجهٔ مطلقه که مادر حمل است باشد. آثار و احکام در هر یک از دو فرض ذیلًا مورد مطالعه قرار میگیرد.

الف – در صورتی که نفقه مطلقه بائنه برای حمل باشد:

اولا- از موارد انفاق بقرابت است و شوهر باعتبار آنکه پدر حمل میباشد نفقهٔ زن حامل را میدهد. بنابراین چنانچه حمل از خود دارائی داشته باشد از دارائی او باید نفقه پرداخت گردد و هرگاه دارائی ندارد، پدر باید آن را بدهد و هرگاه پدر نتواند انفاق کند، نفقه بعهدهٔ جد پدری است.

ثانیاً- نفقهٔ گذشته اقارب قابل مطالبه نمیباشد. بنابراین چنانچه شوهر آن را ندهد زن مطلقه نمیتواند نسبت بمدت گذشته از او بخواهد.

ثالثاً- نفقهٔ اقارب بقدر رفع حاجت منفق علیه با در نظر گرفتن درجهٔ استطاعت منفق میباشد.

ب – در صورتی که نفقه مطلقه بائنه برای حامل باشد:

اولا- شوهر باعتبار زوجیت سابق نفقه بزن مطلقهٔ خود در مدت حمل میدهد.

ثانیاً- نفقهٔ مدت حمل از حیث مقدار مانند نفقهٔ زوجیت متناسب با وضعیت زن میباشد.

ثالثاً- نفقه گذشته دین و بر عهدهٔ شوهر است و مطلقه میتواند آن را از او بخواهد.

از نظر قضائی تصور میرود که باید متابعت قول مشهور را نمود، زیرا با توجه بظاهر ماده «۱۱۰۹» ق. م (که شوهر را مکلف بدادن نفقه بزن حامل در مدت عدهٔ طلاق بائن میداند) معلوم میگردد که قانون مدنی در مقام بیان حکم نفقهٔ زن حامل و غیر حامل در مدت عده میباشد، و در مورد عدهٔ وفات آن را تفکیک ننموده است. بنابراین میتوان باطلاق مادهٔ «۱۱۱۰» ق. م استناد جست و زن حامل را در مدت عدهٔ وفات مستحق نفقه ندانست، ولی انصاف و عدالت قضائی ایجاب مینماید که پیروی از قول

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۸

شیخ نموده و از روح مادهٔ «۱۱۰۹» ق. م که استحقاق زن را بنفقه در مدت عده طلاق بائن، متوقف بحمل نموده استنباط کرد که انفاق بزن مطلقه در مدت حمل برای حمل است و الا طلاق حامل بائن خصوصیتی در بر ندارد که این حکم انحصاری را دارا باشد. بنابراین زن حامل در مدت عدهٔ وفات مستحق نفقه میباشد. و ماده «۱۱۱۰» ق. م ناظر بعدهٔ وفات زن غیر حامل است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۹۹

باب دوم- نکاح منقطع و انحلال آن

اشاره

باب مزبور در دو مبحث گفتگو میشود:

۱- نکاح منقطع ۲- انحلال نکاح منقطع

مبحث اول- در نکاح منقطع

۱- تعریف

منقطع در لغت بمعنی بریده شده است و در اصطلاح نکاح منقطع زناشوئی است که برای مدت محدودی واقع شده باشد. چنانکه مادهٔ «۱۰۷۵» ق. م میگوید: «نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد» اصطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیفتاده است، زیرا مدت در نکاح مزبور موقت و مقطوع میباشد و باین اعتبار نکاح منقطع نامیده میشود. نکاح مزبور را نکاح متعه نیز میگویند، زیرا نکاح منقطع بمنظور بهره‌مند شدن از زن واقع میشود.

مشروعیت نکاح منقطع، مورد اتفاق فرق اسلامی نمیباشد. علمای اهل سنت و جماعت بر آنند که تأسیس مزبور پس از پیغمبر (ص) بوسیلهٔ خلیفهٔ دوم نسخ گردیده است و علمای امامیه معتقدند که هیچیک از خلفا حق قانونگذاری نداشته و نمیتوانسته‌اند قانونی را نسخ نمایند. بنابراین نکاح منقطع چنانکه از دوران نبوت مجاز بوده است در ادوار بعد نیز مجاز میباشد.

۲- مرد میتواند چندین زن منقطعه بگیرد

حقوق امامیه اجازه میدهد که مرد بتواند هر چند زن منقطعه که بخواهد بگیرد و حدودی برای آن تعیین ننموده است. داشتن زنان دائم برای مرد مانع از ازدواج با زنان دیگر بنکاح منقطع

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۰

نمیباشد، مثلًا مرد میتواند با داشتن چهار زن دائم چندین زن منقطعه بگیرد. قانون مدنی با اجازه بازدواج منقطع عدهٔ آن را معین ننموده است و از مواد دیگر نیز این امر استنباط نمیشود. بنابراین ناچار باید باستناد ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی از عرف و عادت مسلم کمک خواست و عرف و عادت مسلم در مذهب امامیه آنست که در بالا گفته شد.

فرق اساسی نکاح دائم با منقطع از نظر اجتماعی چنانکه از نام آن هویدا میباشد، آنست که اولی برای همیشه و دومی برای مدت موقت رابطهٔ زناشوئی را برقرار میسازد. موقت بودن مدت نکاح منقطع جنبهٔ اجتماعی او را که بقاء خانواده باشد میکاهد، زیرا زوجین در نکاح منقطع نظر ایجاد خانواده ندارند و نوعاً بمنظور رفع احتیاجات جنسی واقع میشود، لذا قرار دادن مدت و مهر در آن شرط اساسی میباشد. بنظر میرسد که بهمین جهت است که نکاح منقطع آثار اساسی نکاح دائم را مانند: توارث، نفقه، تکالیف جنسی که برای شوهر در نکاح دائمی الزامی است فاقد میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۱

فصل اول شرایط نکاح منقطع

اشاره

در نکاح منقطع رعایت تمامی شرائط اساسی که برای صحت نکاح دائم بیان گردید لازم میباشد و همچنین موانعی که برای انعقاد نکاح دائم شناخته شده است در نکاح منقطع از موانع بشمار میرود، زیرا مواد مربوط بشرایط و موانع برای مطلق نکاح است و منقطع نوعی از نکاح است. نکاح منقطع بوسیلهٔ ایجاب و قبول که صریحاً دلالت بر قصد طرفین نماید منعقد میگردد. رضایت زوجین شرط صحت انعقاد نکاح منقطع میباشد و نکاحی که در اثر اکراه واقع شود پس از رفع اکراه میتوان تنفیذ نمود همچنانی که هرگاه فضولی واقع گردد، بوسیله اجازه متأخر تنفیذ میگردد.

ممکن است نکاح منقطع بوسیلهٔ وکیل انجام شود، چنانکه در مواد «۱۰۷۱»، «۱۰۷۴» ق. م مذکور است.

در نکاح منقطع علاوه بر شرایطی که برای صحت نکاح دائم باید رعایت شود دو شرط دیگر لازم دارد: اول تعیین مدت، دوم تعیین مهر.

اول – تعیین مدت

اشاره

یکی از شرائط اساسی نکاح منقطع ذکر مدت معین در عقد میباشد. این است که ماده «۱۰۷۵» ق. م میگوید: «نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد» بنابراین چنانچه مدت در آن معین نگردد نکاح منقطع نخواهد بود.

پرسشی که پیش می‌آید آنست که آیا نکاح منقطعی که در آن اشتباهاً مدت ذکر نگردد آیا دائم خواهد بود یا آنکه باطل است؟ پاسخی که در مورد میتوان داد آنست که نکاح مزبور دائم منعقد میگردد، زیرا فرق بین نکاح دائم و منقطع،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۲

همیشگی بودن اول و موقت بودن دوم است که بوسیله ذکر مدت محقق میگردد و چون مدت در آن قید نشود دائم خواهد بود، زیرا اطلاق ایجاب دوام را مینماید، این امر را نحوه بیان مادهٔ بالا تائید میکند: قول مزبور مشهور و از طرف بعضی از فقهای امامیه دعوی اجماع بر آن شده است. به پیروی از بعض فقهای امامیه بنظر میرسد که نکاح مزبور باطل باشد، زیرا قصد طرفین در عقد نکاح، انقطاع با آثار و احکام مخصوصی بوده است که با ذکر مدت و مهر منعقد میگردد و چون مدت که شرط لازم برای انعقاد آنست ذکر نگردیده ناچار نکاح منقطع محقق نمیشود و انعقاد دائم با آثار و احکام مخصوص هم بر خلاف مقصود طرفین میباشد.

بدستور مادهٔ «۱۰۷۶» ق. م: «مدت نکاح منقطع باید کاملًا معین شود» یعنی ابتداء و انتهاء آن معلوم باشد بطوری که احتمال کمی و زیادی نرود، خواه مدت مزبور کوتاه باشد مانند یک یا چند ساعت و خواه طولانی باشد مانند هشتاد یا نود سال. مدت نکاح منقطع را نمیتوان بعده دفعات نزدیکی تعیین نمود، زیرا مدت آن معلوم نیست، ولی میتوان مدت نکاح را معین کرده و ضمناً شرط عدهٔ دفعات نزدیکی نمود، چنانکه زوجین مدت نکاح منقطع را بیست و چهار ساعت قرار دهند و شرط کنند که در تمامی مدت بین آنان سه مرتبه نزدیکی واقع شود.

در صورتی که مدت در عقد ذکر گردد، بدون آنکه ابتدا و انتهای آن معین شود مانند یک سال، ابتداء آن از زمان عقد محسوب میگردد، زیرا اطلاق عقد عرفاً اقتضاء دارد که مدت بلافاصله شروع شود (از نظر وحدت ملاک مستنبط از مادهٔ «۴۶۹» ق. م در مورد

اجاره که میگوید: «مدت اجاره از روزی شروع میشود که بین طرفین مقرر شده است و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب است»).

مدت در نکاح منقطع ممکن است منفصل از عقد قرار گیرد، اگر چه بزمانی طولانی باشد مانند آنکه کسی زنی را برای مدت شش ماه از اول فروردین سال آینده بنکاح انقطاع در آورد، و این امر منافات با تنجیز ندارد، زیرا عقد مزبور

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۳

منجز است و بر حسب انشاء موقوف بر تحقق زمان آینده نمیباشد، در این صورت زوجیت از زمان عقد حاصل میگردد، ولی شوهر نمیتواند قبل از مدت با زن مزبور نزدیکی کند. بنابراین با انعقاد نکاح بطریق بالا تمامی آثار زوجیت از زمان عقد موجود میگردد مانند قرابت سببی و امثال آن، لذا شوهر نمیتواند با خواهر او ازدواج نماید، همچنانی که زن نمیتواند برای مدت قبل از رسیدن موعد مقرر بدیگری شوهر کند.

مسأله

شوهر نمیتواند در مدت نکاح منقطع با همان زن مادام که نکاح مزبور منحل نشده نکاح مجدد نماید، مثلًا هرگاه کسی که زنی را برای مدت یک سال متعه نموده است، قبل از آنکه نکاح منحل شود (یعنی یک سال خاتمه پذیرد یا بقیه مدت او را بذل کند) نمیتواند او را مجدداً بنکاح انقطاع برای مدت شش سال در آورد و یا او را بنکاح دائم عقد کند، زیرا زن در قید زوجیت شوهر است و نکاح مجدد تحصیل حاصل میباشد و اختلاف مدت و یا خصوصیت نکاح دائم و منقطع تأثیر در این امر ندارد. بنابراین چنانچه شوهر بخواهد وضعیت نکاح منقطع موجود را تغییر دهد، میتواند بقیه مدت را بذل نموده و زن مزبور را بنکاح مجدد (دائم یا منقطع) درآورد، اگر چه در مدت عده باشد، زیرا حرمت نکاح در عده برای غیر شوهری است که زن برای انحلال نکاح او عده نگاهداشته است.

دوم- تعیین مهر

اشاره

چنانکه در نکاح دائم گذشت مهر مالی است که در نکاح از طرف شوهر بزن داده میشود. شرائط صحت مهر در نکاح منقطع همان است که در نکاح دائم گفته شده و از این جهت فرقی بین نکاح دائم و منقطع نمیباشد.

ذکر مهر در نکاح منقطع شرط صحت آن میباشد، لذا ماده «۱۰۹۵» ق. م مقرر میدارد که: «در نکاح منقطع عدم ذکر مهر در عقد موجب بطلان است» بنابراین چنانچه عقد نکاحی برای مدت معینی بدون ذکر مهر واقع شود آن عقد بلااثر است و نمیتوان بر آن شد که عقد مزبور دائم منعقد میگردد، زیرا در عقد قصد زناشوئی برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۴

مدت معینی شده است و این امر منافات با نکاح دائم دارد. با توجه بآنکه ذکر مهر شرط صحت نکاح منقطع میباشد، معلوم میگردد که جنبه اجتماعی که اساس نکاح دائم قرار گرفته در نکاح منقطع چندان ضعیف است که آن را بقالب عقد معوض در آورده است و همانگونه که در عقود معوض هرگاه یکی از عوضین دارای شرائط اساسی صحت نباشد عقد باطل است، در نکاح منقطع نیز چنانچه یکی از شرائط صحت مهر رعایت نگردد نکاح باطل خواهد بود. بنابراین از نظر فن حقوقی نکاح منقطع از حیث ساختمان شباهت کاملی باجارهٔ اشخاص دارد و همچنانی که در اجاره مدت و عوض باید معین و معلوم باشد، در نکاح منقطع مدت و عوض باید معین بوده و مبهم نباشد. بر خلاف نکاح دائم که عدم ذکر مهر و یا شرط عدم آن موجب بطلان نکاح نمیگردد، زیرا جنبهٔ

اجتماعی نکاح دائم چندان قوی است که قانون آن را از معاملات دور ساخته و عقد اجتماعی کاملًا مستقلی معرفی نموده است، اگر چه از نظر فن حقوقی، بسیاری از قواعد عقد معاوضی در حل مسائل مربوط بمهر اعمال میگردد. ماده «۱۰۸۷» ق. م میگوید: «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین میتوانند بعد از عقد مهر را بتراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهر المثل خواهد بود».
بجهاتی که گذشت هرگاه مهر در نکاح منقطع مالیت نداشته یا مجهول باشد و یا شوهر قدرت بر تسلیم آن را نداشته باشد، نکاح منقطع نیز باطل است. همچنین است هرگاه مال متعلق بدیگری مهر در نکاح منقطع قرار داده شود و مالک آن را اجازه ندهد.

۱- زن بوسیله عقد نکاح مالک مهر خود میگردد

چنانکه در نکاح دائم مفصلًا گفته شد، در صورتی که مهر در نکاح منقطع عین معین خارجی باشد، زن بمجرد عقد مالک آن میگردد و میتواند در آن هرگونه تصرف نموده و انتفاع ببرد و هرگاه مهر کلی و در ذمه باشد زن پس از عقد میتواند آن را مطالبه نماید و شوهر باید بلافاصله تأدیه کند، مگر آنکه مدتی برای پرداخت آن معین شده باشد، مادهٔ «۱۰۸۲» ق. م
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۵
میگوید، «بمجرد عقد زن مالک مهر میشود و میتواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید». مالکیت زن نسبت بمهر در نکاح منقطع متزلزل میباشد و مشروط بتمکین او در تمامی مدت مقرره در نکاح است، بر خلاف آنچه در نکاح دائم است که اینگونه رابطهٔ حقوقی بین مهر و تمکین موجود نمیباشد. بدین جهت بعضی از حقوقیین امامیه بر آنند که با شباهت کاملی که نکاح منقطع باجارهٔ اشخاص دارد، همانگونه که در اجیر اجرت پس از انجام عمل باید تأدیه گردد، شوهر ملزم بتأدیهٔ مهر نخواهد بود مگر پس از آنکه مدت مقرر در نکاح منقضی شود، آنچه بنظر میرسد تزلزل مالکیت زن نسبت بمهر موجب نمیگردد که نتواند آن را مطالبه و یا تصرف کند و نسبت بهر مدت که تمکین ننموده مسترد میدارد.
چنانکه در نکاح دائم گذشت نظر باطلاق مادهٔ «۱۰۸۳» ق. م: «برای تأدیه تمام یا قسمتی از مهر میتوان مدت یا اقساطی قرار داد». زیرا هر قرارداد که بر خلاف صریح قانون و اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد بین طرفین لازم الاتباع است.

۲- زن میتواند در نکاح منقطع از تمکین امتناع نماید تا مهر خود را دریافت دارد

منظور از لزوم تمکین زن، چنانکه در قسمت نکاح دائم گذشت، در صورتیست که زن بیمار و یا در عادت زنانگی و یا در مدتی که تکالیف مذهبی واجب را انجام میدهد نباشد (چنانکه در روزهٔ ماه مبارک رمضان و امثال آن باشد). نظر بآنچه گذشت که طبیعت نکاح منقطع معاوضی است، باید باین اعتبار آن را تا حدودی تابع قواعد عقد معاوضی دانست که با جنبهٔ اجتماعی آن منافات نداشته باشد. از آن جمله حق حبس برای هر یک از زن و شوهر در عقد منقطع است که از آثار لازمهٔ عقد معاوضی است. بنابراین و اولویت مستنبطه از مادهٔ «۱۰۸۵» ق. م زن در نکاح منقطع میتواند از تمکین امتناع نماید تا مهر خود را دریافت دارد و همچنین شوهر میتواند از تأدیه مهر خودداری کند تا زن از او تمکین نماید. مادهٔ «۱۰۸۵» ق. م «زن میتواند تا مهر باو تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۶
امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».
طبق مادهٔ «۱۰۸۶» ق. م: «اگر زن قبل از اخذ مهر باختیار خود بایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود دیگر نمیتواند از حکم مادهٔ قبل استفاده کند، مع ذلک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد» و هر زمان میتواند آن را از شوهر بخواهد.

۳- در صورتی که زن منقطع تمکین ننماید مستحق مهر نخواهد بود-

بنابر آنچه گذشت که عقد منقطع تابع قواعد عقد معاوضی و شبیه باجاره اشخاص میباشد، مهر مانند اجرت و عوض میباشد و تمکین زن در مدت نکاح منقطع مانند عمل و معوض است، لذا چنانچه زن در تمامی مدت ناشزه گردد و از تمکین خودداری نماید مستحق مهر نخواهد بود و چنانچه قسمتی از مدت را تمکین نکند بهمان نسبت از مهر او ساقط میگردد و هرگاه شوهر آن را پرداخته باشد مسترد میدارد، ولی هرگاه زن از شوهر خود تمکین داشته باشد ولی مرد تا انقضاء مدت نزدیکی ننماید زن مستحق مهر خواهد بود، زیرا شوهر تفویت منفعت از خود کرده است.

راجع بعدم استحقاق مهر نسبت بمدت نشوز از طرف زن، مادهٔ صریحی در قانون مدنی موجود نیست، ولی میتوان از روح مواد مربوطه این امر را استنباط نمود و یا آنکه بدستور ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی بعرف و عادت مسلم حقوق امامیه استناد جست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۷

فصل دوم تکالیف زوجین در نکاح منقطع

۱- حسن معاشرت

در نکاح منقطع بدستور ماده «۱۱۰۲» ق. م: «همین‌که نکاح بطور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار میشود». لذا بدستور مادهٔ «۱۱۰۳» ق. م: «زن و شوهر مکلف بحسن معاشرت با یکدیگرند». زیرا حسن معاشرت بمعنی عام لازمهٔ زندگانی اجتماعی میباشد و حسن معاشرت در زناشوئی لازمهٔ هر نوع زناشوئی است و اختصاص بنکاح دائم ندارد، بنابراین زن باید از شوهر خود تمکین نماید چنانکه شرح آن در نکاح دائم گذشت. در نکاح منقطع شوهر ملزم بماندن شب نزد زن و نزدیکی با او نمیباشد، بر خلاف آنچه در نکاح دائم است. راجع باین امر ماده‌ای در قانون مدنی موجود نیست و از روح مواد مربوطه نیز استنباط نمیشود، ولی میتوان آن را از عادت مسلم حقوق امامیه دانست و بدستور مادهٔ «۳» ق. آئین دادرسی مدنی رعایت آن را لازم شمرد.

۲- تشیید مبانی خانوادگی و تربیت اولاد

هرگاه مدت نکاح منقطع طولانی باشد، بدستور مادهٔ «۱۱۰۴» ق. م زوجین باید در تشیید مبانی خانوادگی بکوشند، زیرا با طولانی قرار دادن مدت در نکاح منقطع عموماً معلوم میگردد که زوجین قصد تشکیل خانواده و زندگانی آرام را برای مدت محدودی دارا میباشند، و در صورتی که آنها دارای اولاد شوند باید در تربیت اولاد خود بیکدیگر معاضدت نمایند، زیرا این امر از حقوق اولاد بشمار میرود که پدر و مادر عهده‌دار آن خواهند بود. ماده «۱۱۰۴» ق. م: «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود بیکدیگر معاضدت نمایند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۸

۳- ریاست خانواده

بدستور ماده «۱۱۰۵» ق. م: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصائص شوهر است». زیرا بقاء نظم خانواده منوط بداشتن رئیس

است که بتواند آن را اداره نماید تا جلوگیری از انحلال آن شود و تنها شوهر شایستگی آن سمت را دارد. در این امر فرق بین نکاح دائم و منقطع نمیباشد.

۴- نفقه

طبق صریح مادهٔ «۱۱۱۳» ق. م: «در عقـد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شـرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد» نفقهٔ زن از آثـار عقـد انقطـاع نمیباشـد، ولی چنانچه در نکاح منقطع شـرط انفاق زن بشود، شوهر ملزم است طبق شـرط مزبور عمل نمایـد و آن را در حـدود متعـارف بپردازد، مگر آنکه مقـدار آن را معین نموده باشـند که طبق آن رفتار میشود. در نفقه‌ای که مورد شرط در نکاح منقطع قرار میگیرد رعایت شـرائط و مقـدار نفقـهٔ زن در نکاح دائم نمیشود، بنابراین لازم نیست که نفقهٔ او متناسب با وضـعیت زن باشـد، همچنین است هرگـاه پس از عقـد انقطاع، شوهر تعهـد تأدیه نفقه زن را بنمایـد، زیرا در دو مورد بالا تأدیه نفقه تعهـدی است معناً مسـتقل که طبق ماده «۱۰» ق. م قرار داده شـده، لـذا نفقـه از حیث کمیت و کیفیت تـابع مفـاد قرارداد بین زوجین است و هرگـاه مقـدار نفقه معین نشـده باشـد طبق عرف و عـادت محل خواهـد بود. در ذیل مادهٔ بالا مقرر گردیـده که چنانچه عقد انقطاع مبنی بر دادن نفقه جاری شـده باشـد، شوهر ملزم بآن خواهد بود. منظور ماده آنست که هرگاه قبل از نکاح بین زوجین توافق بر دادن نفقه شده و عقد نکاح بر آن مبنا منعقد شده باشد و یا عرف و روش محلی که نکاح منقطع را در آن محل واقع میسازند آن باشـد که نفقه زن را شوهر میدهـد، ماننـد بسـیاری از مناطق ایران، در اثر نکاح منقطع شوهر ملزم بانفاق خواهـد بود چنانکه عرف و روش کنونی بر آنست که هرگاه نکاح انقطاع برای مدت بیش از چند روز باشد شوهر نفقهٔ زن را میپردازد.
آیا نفقهٔ زن منقطعه در مورد بالا منوط بتمکین او است و چنانچه تمکین نکند
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۰۹
ساقط میگردد؟ یا آنکه تعهد مستقلی است و شوهر مطلقاً ملزم بتأدیهٔ آن خواهد بود اگر چه زن تمکین ننماید؟ بنظر میرسد که تعهد بتأدیـهٔ نفقه اگر چه تعهد مسـتقلی است ولی قصد زوجین از قرار دادن آن در نکاح منقطع در مقابل انجام وظائف زناشوئی از طرف زن میباشـد و الا شوهر چنین تعهدی را نمینمود، لذا هرگاه زن منقطعه از اطاعت شوهر سرپیچی نماید حق مطالبهٔ نفقه مورد تعهد را برای مدت مزبور نخواهد داشت.

۵- توارث

چنانکه در باب ارث در جلـد سوم گـذشت، توارث بین زوجین منحصـر بنکاح دائم میباشـد، ماده «۹۴۰» ق. م میگویـد: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث میبرند».
بـا آنکه جلـد دوم و سوم قـانون مـدنی سالها پس از تصویب جلـد اول تصویب گردیـد، در ماده «۱۰۷۷» میگویـد: «در نکاح منقطع احکـام راجع بوراثت زن و مهر او همـان است که در بـاب ارث و در فصـل آتی مقرر شـده است» و حـال آنکه در باب ارث نسبت بوراثت زوجین در نکاح منقطع بیانی ننموده است، لـذا باید طبق قواعد عمومی عمل نمود و بر آن بود که در نکاح منقطع زوجین از یکدیگر ارث نمیبرند اگر چه شـرط هم ضـمن عقد نکاح شده باشد، زیرا شـرط توارث در مورد مزبور شریک قرار دادن غیر وارث در ترکه است که متعلق بورثه قانونی متوفی میباشد و آن بر خلاف قوانین توارث است، که از قوانین آمره بشمار میرود و از نظر نظم اجتماعی وضع شـده است، بـدین جهت وصیت بیش از ثلث هم اجازه داده نشـده و مقـدار زائد بر آن منوط باجازه ورثه است. قول مزبور مشـهور نزد فقهاء میباشـد. قاضـی بر آنست که در نکاح منقطع زوجین از یکـدیگر ارث میبرنـد، زیرا نکاح مزبور ماننـد نکاح دائـم است، و زوجه بر هر دو آنـان صـدق مینمایـد و قرآن زوجه را وارث شـناخته است. بنـابراین شـرط سـقوط ارث زوجـهٔ منقطعه

صحیح نمیباشد. ابن ابی عقیل و مرتضی بر آنند که در نکاح منقطع زوجین از یکدیگر ارث میبرند، مگر آنکه شرط سقوط آن را بنماید، عده‌ای بر آنند که در نکاح منقطع زوجین از یکدیگر ارث نمیبرند، مگر آنکه شرط توارث شده باشد. قول مزبور از بسیاری از متأخرین نقل شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۰

فصل سوم شروط ضمن عقد نکاح منقطع

اشاره

چنانکه در نکاح دائم گذشت هر شرطی که از اقسام شرائط فاسد مذکور در ماده «۲۳۲» ق. م و شرائط مفسد عقد مذکور در ماده «۲۳۳» ق. م نباشد، میتوان ضمن عقد منقطع یا عقد لازم دیگری درج نمود و شرط مزبور طبق ماده «۱۰» و «۲۱۹» ق. م صحیح و الزام‌آور است.

شروط ضمن عقد نکاح منقطع بر سه دسته میباشد: ۱- شرط خیار فسخ ۲- شرط صفت- ۳- شرط فعل و شرط نتیجه.

۱- شرط خیار فسخ

اشاره

چنانکه در نکاح دائم گذشت شرط خیار فسخ در نکاح باطل است، زیرا جنبهٔ اجتماعی نکاح آن را از تحت آزادی اراده خارج نگاهداشته و دستخوش میل زوجین قرار نداده است، بدین جهت است که زوجین نمیتوانند نکاح را اقاله نمایند، و در این امر نکاح دائم و منقطع یکسان میباشد. بطلان شرط خیار تأثیر در عقد نمینماید و نکاح صحیح خواهد بود.

آنچه گفته شد نظر ابن ادریس است، ولی شیخ در مبسوط و عده‌ای از فقهای متأخرین بر آنند که عقد نکاح مانند شرط نیز باطل است، زیرا نکاح دارای جنبه عبادی است و از عقود تجاری بشمار نمیرود تا قابلیت درج خیار شرط را داشته باشد.

بنابراین درج شرط خیار فسخ، وصف عبادی را از آن سلب مینماید و در حقیقت بر خلاف مقتضای عقد است.

تبصره

شرط خیار فسخ مهر در نکاح منقطع نیز باطل است، زیرا مهر رکن اساسی نکاح منقطع میباشد. بنابراین نتیجهٔ شرط فسخ در مهر شرط فسخ در نکاح خواهد بود و با فسخ آن نکاح منقطع منحل میشود. بر خلاف آنچه در نکاح دائم است

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۱

که فسخ مهر موجب انحلال نکاح نمیگردد. ماده «۱۰۶۹» ق. م: «شرط خیار فسخ نسبت بعقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت بصداق جایز است، مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آنست که اصلا مهر ذکر نشده باشد».

۲- شرط صفت

بدستور مادهٔ «۱۲۲۸» ق. م: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده

باشد». ماده مزبور مطلق است و شامل نکاح دائم و منقطع میشود و از نظر تحلیلی از جهت درج شرط صفت، آن دو یکسان میباشند. مثلًا هرگاه در عقـد انقطاع، شـرط شود که شوهر دارای معلومات عالیه باشد و زن دارای دیپلم دکترای پزشـکی و پس از عقد معلوم شود که هیچ‌یک دارای وصـفی که شـرط شده نمیباشد، هر یک میتواند از حق فسخ خود اسـتفاده نموده نکاح را بر هم زند. هرگاه یکی از آن دو حق خیار خود را ساقط کند حق دیگری باقی میماند و میتواند عقد را منحل سازد.

۳- شرط فعل یا شرط نتیجه

درج شرط فعل و شرط نتیجهٔ که مخالف با مقتضای ذات نکاح منقطع نباشد ضمن عقد مزبور صحیح است، ولی در موارد تخلف از شرط، مشـروط له حق فسخ نکاح را ندارد، زیرا طبیعت نکاح که مولد سلول اولیه اجتماع میباشد دستخوش آزادی اراده قرار نگرفته است تـا بارادهٔ زوجین منحل شود، بنابراین چنانچه ضـمن عقـد نکاح شـرط انجام امری بعهـدهٔ یکی از زوجین قرار گیرد در صورت تخلف و عـدم قـدرت بر اجبار مشـروط علیه، طرف دیگر نمیتوانـد نکاح را فسـخ نمایـد، و فقط میتواند خسارت خود را از او مطالبه کنـد. همچنین است هرگاه تحقق امری ضـمن عقـد نکاح شـرط شود و پس از عقد معلوم شود آن امر محقق نشده است. علت آنکه در تخلف از شـرط صفت مشروط له میتواند نکاح را فسخ نماید آنست که صفت مورد شرط در یکی از زوجین، از مشخصات آنها و مورد نظر اساسی در نکاح

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۲

میباشـد و در صورت تخلف، منظور مشـروط له از نکاح انجام نشـده، لـذا میتوانـد آن را فسخ کند، بر خلاف شـرط فعل و نتیجه که جنبه فرعی در نکاح را دارا میباشد و تأثیری در شخصیت زوجین ندارد.

تبصره- وکالت زن در بذل مدت خود

طبق قاعدهٔ کلی هر امری که انجام آن از شخص معینی منظور قانون نباشد، میتواند بوسیلهٔ دیگری بنمایندگی انجام داده شود، از آن جمله است بـذل مـدت در نکاح منقطع، لذا شوهر میتواند وکالت در آن را بهر نحوی بخواهد بدیگری بدهد، اگر چه زنی باشد که مـدت نکاح او بـذل میشود. وکالت در بـذل ممکن است بطور مطلق باشـد و یا بصورت شـرط ضـمن عقـد نکاح یا عقد لازم دیگر. بنابراین و بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۱۱۹» ق. م زوجین میتواننـد ضـمن عقـد انقطاع یا عقد لازم دیگری شـرط بنمایند که زن از طرف شوهر وکیل و وکیل در توکیل غیر برای مـدت معینی باشـد که بتوانـد بقیه مـدت نکاح خود را بـذل نماید، خواه این بذل در مقابل عوض باشد یا بدون آن.

وکالت در بذل مدت بیکی از سه صورت زیر خواهد بود.

۱- در ضمن عقد شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل باشد که در تمام یا قسمتی از مدت هر وقت بخواهد بتواند بقیه مدت خود را بذل نماید. در این صورت زن مستقیماً بدفتر طلاق مراجعه نموده و بقیه مدت را بذل میکند.

۲- در ضـمن عقـد شـرط شود که زن از طرف شوهر وکیـل باشـد که در صورت تحقق امری در خـارج و اثبـات آن در دادگاه بقیه مدت خود را بذل نماید، مانند آنکه هرگاه شوهر زن دیگری بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید (چنانچه انفاق در عقـد شـرط شـده یا عقـد مبنی بر آن واقع شـده باشـد) یا بر علیه زن سوءقصـدی کنـد یا سوء رفتاری نمایـد که زندگانی آنان با یکـدیگر غیر قابل تحمل باشد، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شـرط در دادگاه و صدور حکم نهائی بقیه مـدت را بـذل نمایـد. در این صورت بدون اثبات تحقق شـرط در دادگاه و صدور حکم نهائی زن نمیتواند عمل بوکالت نماید. زیرا استفاده

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۳

از وکالت از طرف زن بر اثبات آن در دادگاه قرار داده شده است.

۳- در ضمن عقد شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل باشد، در صورت تحقق امری در خارج، بقیه مدت را بخود بذل نماید و تشخیص تحقق آن را در خارج بعهدهٔ زن گذارده، خواه این امر تصریح شده باشد یا وکالت مطلق باشد، مانند آنکه زن وکیل باشد که هر زمان نمیتواند زناشوئی را ادامه دهد بقیه مدت را بخود بذل نماید، در این صورت زن هر زمان تشخیص دهد که شرط محقق است میتواند در دفتر رسمی حاضر شده بقیه مدت خود را بذل کند و احتیاج بمراجعه بدادگاه ندارد، زیرا حق بذل مدت در نکاح منقطع با شوهر است و هر زمان بخواهد میتواند اعمال نماید، بدین جهت میتواند هرگونه که بخواهد وکالت اعمال آن را بزن بدهد.

فرع- مرور زمان-

در صورتی که زن از طرف شوهر در مدت معینی وکالت داشته باشد که چنانچه امر معینی در خارج محقق گردید و در دادگاه ثابت شد بتواند بقیه مدت خود را بذل نماید، هرگاه شش ماه از تاریخ وقوع امری که بزن اجازه میدهد بقیه مدت را بذل نماید بگذرد و زن از وکالت خود استفاده ننماید، حق مزبور مشمول مرور زمان میگردد. دلیل این امر وحدت ملاک تبصرهٔ ماده «۴» قانون ازدواج مصوب «۱۳۱۰» میباشد، چنانکه در نکاح دائم گذشت. مادهٔ مزبور با اندکی تغییر در قانون مدنی نقل گردیده و در ماده «۱۱۱۹» ق. م تصویب شده است، ولی تبصره آن بحال خود باقی مانده که ذیلًا بیان میگردد:

«تبصره- در مورد این ماده محاکمه بین زن و شوهر در محکمهٔ ابتدائی مطابق اصول محاکمات حقوقی بعمل خواهد آمد. حکم برائت قابل استیناف و تمیز است.

مدت مرور زمان شش ماه از وقوع امری است که حق استفاده از شرط میدهد».

بنابراین چنانچه زن برای اثبات تحقق شرط پس از گذشتن شش ماه از تاریخ تحقق آن، رجوع بدادگاه کند، شوهر میتواند ایراد بمرور زمان بنماید و دادگاه قرار مرور زمان صادر خواهد نمود و آن دعوی غیر قابل استماع خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۴

بنظر میرسد که مرور زمان منحصراً در موردی میباشد که ماده «۱۱۱۹» ق. م متذکر است و آن در صورتیست که زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد و شامل موارد دیگر وکالت در طلاق نمیشود، همچنانی که شامل موردی که شوهر وکالت در بذل بقیه مدت بزن خود داده باشد نمیگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۵

مبحث دوم در انحلال نکاح منقطع و احکام آن

اشاره

مبحث بالاـ در سه فصل بیان میگردد: ۱- موارد انحلال نکاح منقطع- ۲- مهر در انحلال نکاح منقطع- ۳- عده در انحلال نکاح منقطع.

فصل اول- موارد انحلال نکاح منقطع

اشاره

همچنانی که نکاح دائم در اثر فسخ و طلاق پایان میپذیرد، همچنین نکاح منقطع در موارد فسخ و انقضاء و بذل مدت منحل میشود که شرح هر یک در زیر بیان میگردد:

۱– فسخ نکاح

اشاره

چنانکه ماده «۱۱۵۲» ق. م تصریح مینماید نکاح منقطع نیز قابل فسخ است.
ماده «۱۱۵۲» ق. م: «عدهٔ فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد نکاح منقطع در غیر حامل دو طهر است، مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت چهل و پنج روز است». ممکن است موقت بودن نکاح منقطع موجب توهم گردد که نتوان آن را فسخ نمود، زیرا با انقضاء مدت، نکاح بخودی خود منحل خواهد گشت و شوهر هم هر زمان میتواند بقیه مدت را بذل کند و خود را از زناشوئی برهاند، ولی با توجه بیشتری بآنکه مدت نکاح منقطع گاه طولانی میباشد و ادامهٔ زناشوئی، زن را دچار زیان غیر قابل جبران مینماید و گاه ایجاد عسر و حرج برای زن میکند و از طرف دیگر فسخ نکاح آثار مخصوصی را در بردارد که بذل مدت فاقد آنست، ناچار باید بر آن بود موجباتی که در نکاح دائم حق فسخ میدهد هرگاه در نکاح منقطع یافت شود بتوان آن را نیز فسخ نمود.
موضوعی که در این قسمت باید مورد بحث قرار گیرد آنست که با فرقی که از
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۶
نظر تحلیلی بین نکاح دائم و منقطع و احکام آنان است، کدام یک از موجباتی که در نکاح دائم حق فسخ بزوجین میدهد، موجب حق فسخ در نکاح منقطع خواهد بود.
اشکالی که برای پاسخ بالا بنظر میرسد آنست که مادهٔ در قانون مدنی موجود نیست که صراحهٔ موارد فسخ و احکام آن را در نکاح منقطع جاری بداند و اطلاق مواد مربوط بحق فسخ و احکام آن، و عدم قید اختصاص آنها بنکاح دائم نیز پاسخ را آسان و قضیه را ساده نمیگرداند، زیرا از کتب حقوق امامیه هم که قانون مدنی پیروی از آن نموده است آنچه در دسترس نویسندهٔ این کتاب بوده حکم روشنی بدست نمیآید. در کتب متداوله فقهی که در دست میباشد، در عیوب زوجین جز در مورد جنون که تصریح شده در نکاح منقطع نیز جاری میگردد، نسبت بموجبات دیگر تصریح بحق فسخ ننمودهاند. باری آنچه بنظر میرسد آنست که از نظر قضائی با تصریح ماده «۱۱۵۲» ق. م که فسخ را در نکاح منقطع موجود دانسته است و توجه باطلاق مواد مربوطه بموجبات حق فسخ و احکام آن، میتوان حق فسخ را نیز در تمامی مواردی که منافات با احکام نکاح منقطع نداشته باشد جاری دانست. بنابراین، موارد خیار فسخ در نکاح منقطع عبارت است از:

اول– خیار عیب

الف– عیوب مرد

چنانکه در تکالیف زوجین در نکاح منقطع گذشت، بپیروی از حقوق امامیه، از عادات مسلمهٔ مذهبی است که در نکاح منقطع شوهر الزام به نزدیکی با زن خود ندارد و آن از موارد حسن معاشرت مذکور در ماده «۱۱۰۳» ق. م در نکاح منقطع بشمار نیامده است، بدین جهت بنظر میرسد که عنن و خصی و مقطوع بودن آلت تناسلی مذکور در ماده «۱۱۲۲» ق. م نمیتواند موجب حق فسخ

برای زن قرار گیرد، زیرا بـا نبـودن آن عیـوب، مرد میتوانـد از نزدیکی بـا زوجه منقطعه خودداری بنمایـد، ولی زن میتوانـد در مورد جنون شوهر باسـتناد مادهٔ «۱۱۲۱» ق. م نکـاح منقطع را فسـخ کنـد، زیرا گرفتـاری زنـدگانی بـا شوهر مجنون اختصاص بنکاح دائم ندارد.

ماده «۱۱۲۱» ق. م: «جنون هر یک از زوجین بشرط استقرار اعم از اینکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۷

مستمر یا ادواری باشد برای طرف مقابل موجب حق فسخ است».

ماده «۱۱۲۵» ق. م: «جنون و عنن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود».

ب– عیوب زن

در تمامی مواردی که شوهر میتوانست نکاح دائم را فسخ نمایـد، میتواند با همان شـرایط نکاح منقطع را فسخ کند. ماده «۱۱۲۳» ق. م: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود:

۱– قرن.

۲– جذام.

۳– برص.

۴– افضاء.

۵– زمین گیری.

۶– نابینائی از هر دو چشم».

ماده «۱۱۲۴» ق. م: «عیوب زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در حال عقد وجود داشته است».

ماده «۱۱۲۶» ق. م: «هر یـک از زوجین که قبـل از عقـد عـالم بامراض مـذکوره در طرف دیگر بوده بعـد از عقـد حق فسـخ نخواهد داشت».

دوم– خیار تدلیس

بنابر مسـتنبط از مادهٔ «۱۱۲۸» ق. م: «هرگاه در یکی از طرفین صـفت خاصـی شـرط شـده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقـد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصـریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شـده باشـد». از این جهت فرقی بین نکـاح دائم و نکاح منقطع موجود نیست و در هر موردی که یکی از زوجین بتوانـد باسـتناد مادهٔ بالا نکاح دائم را فسخ نماید، نیز هر یک از زوجین در نکاح منقطع میتواند بهمان سبب نکاح را فسخ کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۸

مادهٔ مزبور اگر چه در مورد خیار تخلف وصف است، ولی چنانکه در نکاح دائم گـذشت، هرگاه در یکی از زوجین در اثر عملیاتی وصـفی نمایانـده شـده باشـد که هرگاه آن وصف نبود طرف دیگر اقـدام بآن عقـد نمینمود و باعتبار وجود آن نکاح منعقد گردیده است و یـا نکـاح متبانیاً بر آن واقع شـده باشـد، پس از کشف آن که چنین وصـفی موجود نیست کسـی که اغوا شـده میتوانـد نکاح منقطع را فسخ بنماید.

سوم– خیار تخلف وصف

بنابر مستنبط از مادۀ «۱۱۲۸» ق. م مذکور در بالاـ هر یک از زوجین میتواند در صورت خیار تخلف وصف نکاح منقطع را فسخ نماید و فرقی از این جهت بین نکاح دائم و منقطع موجود نیست، زیرا هرگاه در نکاح دائم که جنبۀ اجتماعی آن شدیدتر است بتوان در صورت تخلف وصف، نکاح را از هم گسیخت، در نکاح منقطع که جنبۀ اجتماعی آن ضعیف میباشد بطریق اولی میتوان آن را اعمال نمود. تمامی احکام مربوط بخیار فسخ که در نکاح دائم بیان گردید در نکاح منقطع نیز جاری میگردد.

۲- انقضاء مدت

دورۀ زوجیت در نکاح منقطع مانند اجاره از زمان انعقاد آن تا انقضاء مدت معینه در عقد میباشد و با انقضاء مدت، نکاح بخودی خود خاتمه میپذیرد. در صورتی که زوجین بخواهند زندگانی زناشوئی را ادامه دهند، میتوانند پس از انقضاء مدت بوسیلۀ انعقاد نکاح دائم یا منقطع، ایجاد زوجیت مجدد بنمایند، اگر چه زن در مدت عده باشد، زیرا حرمت نکاح در عده برای غیر از شوهری است که برای انحلال نکاح با او، زن عده نگاه میدارد، بنابراین شوهر نمیتواند در مدت نکاح منقطع آن را تمدید و یا تجدید کند، مگر آنکه زوج بذل مدت نماید و سپس نکاح مجدد با او منعقد سازد، زیرا زوجه را نمیتوان ازدواج نمود.

۳- بذل مدت

بذل در لغت بمعنی بخشیدن است و در اصطلاح بذل مدت عبارت از واگذاری بقیه مدت نکاح منقطع میباشد. نکاح منقطع بوسیلۀ بذل مدت از طرف شوهر منحل میگردد.

بذل مدت در نکاح منقطع بجای طلاق در نکاح دائم است. بذل مدت اگر چه هبۀ مدت

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۱۹

هم گفته میشود، ولی در حقیقت اسقاط حقی است که شوهر نسبت ببقیۀ مدت معینه در نکاح منقطع بر زن دارد و مانند ابراء از دین است. بدین جهت در بذل مدت قبول و یا موافقت زن لازم نمیباشد و شوهر میتواند هر زمان بدون اطلاع زن بقیه مدت معینه در نکاح منقطع را بذل نماید. همچنین در بذل مدت اهلیت در زن شرط نیست و شوهر میتواند بقیه مدت زن دیوانه را و زنی که بوسیله اجازه معافیت از شرط سن، بنکاح منقطع در آمده است بذل کند. ماده «۱۱۳۹» ق میگوید: «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه بانقضای مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج میشود».

بنابر آنچه گذشت بذل مدت ایقاع است و بوسیلۀ قصد انشاء از طرف شوهر محقق میگردد. رضایت شوهر شرط صحت بذل است، لذا هرگاه شوهر مکره باشد بذل صحیح نخواهد بود. از نظر تحلیلی تصور میرود که هرگاه پس از رفع اکراه شوهر بآن رضایت دهد، بذل محقق میشود اگر چه بسیاری از حقوقیین ایقاع مکره را با رضای مؤخر صحیح نمیدانند.

چنانچه در جلد اول گذشت، از نظر تحلیلی برای آنکه ایقاع محقق گردد لازم نیست که قصد انشاء مقرون بچیزی باشد که دلالت بر قصد کند، مگر آنکه قانون بشرط بودن آن تصریح نماید، چنانکه در طلاق است. بنابراین بنظر میرسد که بذل مدت احتیاج بلفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید ندارد.

بذل مدت ممکن است در مقابل مالی قرار گیرد که از طرف زن یا شخص ثالث داده میشود. در این صورت از نظر تحلیلی بذل مدت در مقابل عوض مانند طلاق خلع و مبارات خواهد بود، زیرا طبق مادۀ «۱۰» ق. م کلیه قراردادهائی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است، ولی زن نمیتواند ببذل رجوع نماید. شوهر میتواند قسمتی از مدت معینه را اگر چه متصل بزمان عقد نباشد بذل نماید، مثلًا هرگاه کسی زنی را برای مدت پنج سال بعقد انقطاع در آورده است، میتواند بلافاصله یا پس از دو ماه، دو سال آخر مدت او را بذل نماید، زیرا مدت مزبور حق شوهر است و او همچنانکه میتواند تمام مدت را بذل نماید میتواند قسمتی از آن را بذل

کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۰

در بذل مدت رعایت شرایطی که برای صحت طلاق: از قبیل بودن زن در طهر غیر مواقعه و نبودن در عادت زنانگی یا نفاس و حضور عدلین، لازم نمیباشد.

بنابراین در هر زمان شوهر میتواند بقیه مدت زن منقطعه خود را بذل نماید اگر چه بلافاصله پس از نزدیکی در طهر مواقعه بوده و یا زن در عادت زنانگی یا نفاس باشد.

۴- فوت

یکی از موجبات انحلال نکاح منقطع فوت یکی از زوجین است، زیرا رابطهٔ زوجیت رابطه‌ایست که بین زن و مرد پیدایش می‌یابد و چون یکی از آن دو بمیرد نکاح منحل میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۱

فصل دوم مهر در مورد انحلال نکاح منقطع

۱- مهر در مورد فسخ

نظر باولویت مستنبطه از ماده «۱۱۰۱» ق. م حکم مهر در مورد فسخ نکاح منقطع همان است که در مورد فسخ نکاح دائم گذشت.

ماده «۱۱۰۱» ق. م:

«هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی بجهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است». قسمت اخیر مادهٔ که در مورد عنن است اختصاص بنکاح دائم دارد و در مورد نکاح منقطع جاری نمیگردد، زیرا زوجهٔ منقطعه نمیتواند در اثر عنن نکاح را فسخ نماید. بنابراین در نکاح منقطع هرگاه نکاح قبل از نزدیکی فسخ گردد، خواه از طرف شوهر باشد یا زن، زن حق مهر ندارد و چنانچه پس از نزدیکی باشد زن مستحق تمامی مهر خواهد بود. جنبهٔ معاوضی در نکاح دائم با آنکه ضعیف‌تر از جنبه معاوضی در نکاح منقطع میباشد، قاعدهٔ فسخ معاملات معاوضی در آن اجرا میگردد، بنابراین در نکاح منقطع که جنبهٔ معاوضی آن قوی‌تر است، بطریق اولی اجرا میشود.

۲- مهر در مورد انقضای مدت

زن بوسیلهٔ عقد انقطاع مالك مهر خود میگردد و میتواند آن را از شوهر خود بخواهد، ولی تمام آن مراعی به نزدیکی و تمکین او در تمام مدت است. بنابراین چنانچه زن در تمامی مدت معینه در عقد ناشزه نگردد، مستحق تمامی مهر خود میباشد، اگر چه شوهر با او نزدیکی ننموده باشد، زیرا با آماده بودن زن برای تمکین هرگاه شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۲

از او متمتع نشود، بر خود تفویت منفعت نموده و اقدام بضرر خود کرده است، ولی چنانچه زن مقداری از مدت را ناشزه گردد مهر بنسبت مدت مزبور تقسیط میشود، مثلًا هرگاه زن نصف مدت ناشزه شد نصف مهر را مستحق میگردد. از نظر فن حقوقی نکاح منقطع مانند اجاره است.

۳– مهر در مورد بذل مدت

اشاره

چون وضعیت مهر در مورد بذل مدت قبل از نزدیکی و بعد از نزدیکی مختلف است، لذا در دو قسمت بیان میشود:

الف– مهر در مورد بذل تمام مدت قبل از نزدیکی

بدستور مادهٔ «۱۰۹۷» ق. م: «در نکاح منقطع هرگاه شوهر قبل از نزدیکی تمام مدت نکاح را ببخشد، باید نصف مهر را بدهد» منظور ماده آنست که چنانچه شوهر قبل از آنکه با زن منقطعه نزدیکی نموده باشد تمامی مدتی که در زمان بذل باقی مانده بزن ببخشد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود، چنانکه در طلاق قبل از نزدیکی گذشت، و الا هرگاه شوهر قسمتی از بقیه مدت را بزن ببخشد از مهر چیزی ساقط نمیشود و ماده با توجه بقید (تمام مدت) شامل آن نمیگردد. مثلًا هرگاه شوهر، زنی را برای مدت پنج سال بعقد انقطاع درآورد و بلافاصله و یا پس از چند ماه بدون آنکه نزدیکی با زن نموده باشد تمامی بقیه مدت را بزن بذل نماید، زن مستحق نصف مهر خواهد بود، ولی هرگاه بلافاصله یا پس از چند ماه از نکاح یک سال آخر مدت را باو ببخشد و در بقیه مدت هم با زن نزدیکی ننماید، تمام مهر را باید بزن بدهد، زیرا زن بوسیلهٔ عقد انقطاع مالک مهر خود میگردد. چنانکه از ذیل مادهٔ «۱۰۹۶» ق. م استنباط میشود عدم نزدیکی در بقیه مدت موجب سقوط مهر نمیشود. مادهٔ «۱۰۹۶» ق. م. «در نکاح منقطع موت زن در اثناء مدت موجب سقوط مهر نمیشود، و همچنین است اگر شوهر تا آخر مدت با او نزدیکی نکند».

ب– مهر در مورد بذل مدت پس از نزدیکی

چنانکه از نظر تحلیلی در عقد دائم گذشت، زن مهر را بعقد مالک میشود، ولی نصف آن بطور مستقر و نصف دیگر بوسیلهٔ دخول مستقر میگردد. اما در مورد نکاح منقطع زن بوسیلهٔ نکاح مالک مهر میگردد و استقرار آن مراعی به نزدیکی و تمکین او در تمام مدت است، لذا بذل مدت

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۳

پس از نزدیکی تأثیری در مهر نمینماید زیرا شوهر خود منفعت را تفویت نموده است، بنابراین چنانچه زن پس از نزدیکی شوهر با او در بقیه مدت تمکین ننماید نسبت بآن مدت مهر تقسیط میگردد.

۴– مهر در مورد فوت

در صورتی که نکاح منقطع در اثر فوت یکی از زوجین منحل شود در وضعیت مهر تغییری حاصل نخواهد شد، اگر چه بلافاصله پس از انعقاد نکاح باشد، خواه قبل از نزدیکی باشد یا بعد از آن. بنابراین هرگاه زن فوت کند ورثهٔ او تمامی مهر را مستحق خواهند بود و از شوهر مطالبه مینمایند و چنانچه شوهر فوت نماید تمامی مهر زن مانند دیون دیگر متوفی از ترکهٔ او تأدیه میشود. مادهٔ «۱۰۹۶» ق، م میگوید:

«در نکاح منقطع موت زن در اثناء مدت موجب سقوط مهر نمیشود و همچنین است اگر شوهر تا آخر مدت با او نزدیکی نکند».
ذکر ماده از این نظر است که چون در نکاح منقطع احکام اجاره جاری میگردد، ممکن است توهم رود که فوت زوجه در حکم تلف عین مستأجره در اثناء مدت اجاره است و مهر باید نسبت بمدت تقسیط شود.

تبصره– درخواست بذل مدت از دادگاه

اشاره

پرسشی که ممکن است در مورد نکاح منقطع پیش آید آنست که آیا در مواردی که زن دائمه میتواند از دادگاه بخواهد که شوهر او را مجبور بطلاق کند، زن منقطعه میتواند بذل بقیه مدت را بخواهد؟ کتب فقهاء تا آنجائی که نگارنده جستجو نموده‌ام تصریحی راجع بموضوع مزبور بنظر نرسید، بلکه بالعکس در مورد غایب مفقود الاثر بعضی از فقهاء تصریح نموده‌اند که زن متعهٔ که شوهر او غایب است نمیتواند از حاکم بخواهد که بذل بقیه مدت او را بنماید، زیرا حکم انحلال نکاح در زن غایب بر خلاف قاعده میباشد و مستند این امر روایت است و در آن تصریح بطلاق شده و طلاق هم منحصر بنکاح دائم میباشد. از نظر حقوق مدنی پاسخ این پرسش ما را در مقابل یک تحلیل دقیق حقوقی قرار میدهد که ذیلًا بیان میگردد:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۴

مواردی که زن دائم میتواند از دادگاه درخواست طلاق بنماید عبارتند از:

الف- در مورد غایب مفقود الاثر

چنانکه در بحث غایب مفقود الاثر گذشت، مادهٔ صریحی که اجازه دهد زن منقطعه بتواند از دادگاه درخواست بذل مدت بنماید وجود ندارد، ولی بنظر میرسد که از روح مواد مربوطهٔ بطلاق غایب مفقود الاثر و موارد دیگری که بزن اجازه میدهد درخواست اجبار شوهر را بطلاق بنماید، بتوان استنباط نمود که چنانچه بودن زن در حال بلاتکلیفی و نداشتن سرپرست او را دچار زیان بنماید و در عسر و حرج قرار گیرد، بتواند از دادگاه درخواست بذل بقیه مدت را بنماید و دادگاه با همان تشریفات بقیه مدت او را بذل خواهد نمود، بدون آنکه شوهر بتواند در مدت عده چنانکه برگشت، رجوع نماید، زیرا رجوع از مختصات طلاق است، مگر آنکه دست بدامن تفسیر وسیعتری زده قدم را در استنباط فراتر گذارده و بر آن شد که عدهٔ مزبور، وضعیت حقوقی خاصی را در بردارد که شوهر میتواند در مدت عده رجوع کند، اگر چه عدهٔ بذل مدت باشد. (بمبحث غایب مفقود الاثر مراجعه شود). عمل بر طبق این استنباط وسیع با آنکه در فقه امامیه حکم رهائی زن غایب مفقود الاثر اختصاص بمورد زن دائمه دارد، بر خلاف روش قضائی معمول کنونی در دادگاههای ایرانست و دور از احتیاط بنظر میرسد.

ب- در مورد استنکاف شوهر از دادن نفقه

چنانکه در تکالیف زوجین در نکاح منقطع گذشت، طبق مادهٔ «۱۱۱۳» ق. م: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد» بنابراین چنانچه در نکاح منقطع شرط نفقه نشده باشد و یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری نشده باشد، زن حق مطالبه نفقه ندارد تا در صورت استنکاف شوهر از دادن آن بتواند درخواست بذل مدت کند. ولی هرگاه در ضمن عقد منقطع یا عقد لازم دیگری شرط نفقه برای زن شده باشد و یا آنکه عقد مبنی بر آن منعقد شده باشد (مانند عقد منقطعی که دارای مدت طولانی میباشد و در تهران و بسیاری از ولایات ایران واقع میشود) بنظر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۵

میرسد که زوجه بتواند از نظر حقوق مدنی همانگونه که در عقد دائم عمل مینمود درخواست اجبار شوهر را ببذل مدت بنماید و دادگاه بدستور ماده «۱۱۲۹» ق. م:

عمل کند.

چنانکه اشکال شود که تعهد پرداخت نفقه در عقد دائم از آثار عقد مزبور است، بخلاف تعهد بنفقه در عقد منقطع که شرط ضمن

عقد است و عقد نکاح را نمیتوان در صورت تخلف شرط منحل نمود. در پاسخ میتوان گفت که شرط انفاق در نکاح متعه، اگر چه از نظر فن حقوقی تعهد فرعی است، ولی با شرط آن در نکاح از نظر تحلیلی مقوم نکاح و در حقیقت اساس زندگانی زن را تشکیل میدهـد، از این نظر در حکم نفقـهٔ نکـاح دائم است. بنابراین از نظر چاره‌جوئی برای رهائی زنی که دچار شـده است میتوان (از روح مواد مربوطه باجـازهٔ درخواست طلاـق بوسیلهٔ زن از دادگاه) اسـتنباط نمود که زن منقطعه میتوانـد در مورد بالا نیز درخواست بـذل مـدت بنمایـد. این مسأله ماننـد مسأله گذشـته چون مورد موافقت حقوقیین اسـلامی نبوده در کتب اینان مطرح نشـده است، و از نظر قضائی پیروی از آنچه بوسیله تفسیر وسیع میتوان استنباط نمود، دور از احتیاط و بر خلاف روش قضائی متداول در دادگاههای ایران میباشد.

ج– در مورد عدم وفاء سایر حقوق واجبه از طرف شوهر

ماده «۱۱۳۰» ق. م میگوید: «حکم مادهٔ قبل در موارد ذیل نیز جاری است:
۱– در موردی که شوهر سایر حقوق واجبـهٔ زن را وفا نکنـد و اجبار او و هم بر ایفاء ممکن نباشـد ...» عبارت سایر حقوق واجبه شوهر در ماده، کنایه از نزدیکی جنسی میباشد و در نکاح منقطع نزدیکی جنسـی از تکالیف زوج بشـمار نیامده است و آن منحصر بنکاح دائم میباشد، چنانکه شرح آن در تکالیف زوجین در نکاح دائم گذشت.
بنـابراین زن منقطعه نمیتوانـد در صورت امتنـاع شوهر از نزدیکی بـا او درخواست بـذل بقیه مـدت را بنمایـد. بنظر میرسـد که از نظر حقوق مدنی گفته شود که هرگاه نزدیکی شوهر با زن ضمن عقد منقطع شرط شده و یا عقد مبنی بر آن واقع شده است بهمان
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۶
اسـتدلالی که در شـرط نفقه گـذشت، زن بتوانـد برای جلوگیری از عسـر و حرجی که دچار گردیـده است و از بیم آنکه در فحشاء نیفتد درخواست بذل مدت را بنماید. این مسأله از نظر حقوقیین اسـلامی مانند مسأله قبل مطرح نشده است و موافقت با آن ندارند و عمل بر خلاف نظر اینان دور از روش قضائی میباشد.

د– در مورد سوء معاشرت

شق «۲» ماده «۱۱۳۰» ق. م میگویـد: «... سوء معاشـرت شوهر بحـدی که ادامـهٔ زنـدگانی زن را بـا او غیر قابـل تحمل سازد ...» ماده مزبور سوء معاشـرت شوهر را یکی از موجبات درخواست طلاق قرار داده است. یکی از تکالیف زوجین حسن معاشـرت با یکدیگر است و آن در مورد نکاح دائم و منقطع یکسان است، زیرا طبیعت زنـدگانی زناشوئی ایجاب مینماید که زن و شوهر بطور پسـندیده با یکـدیگر رفتار نماینـد. بنابراین چنانچه شوهر سوء معاشـرت با زن خود داشـته باشـد بحدی که ادامهٔ زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد، همانگونه که زن دائمه میتوانـد درخواست طلاق از شوهر بنمایـد، زن منقطعه نیز میتواند اجبار شوهر را ببذل بقیه مدت از دادگاه درخواست کنـد و موقت بودن نکاح منقطع نمیتوانـد زن را مجبور بتحمل زجر بنماید و او را در عسـر و حرج نگهدارد: تا آنجا که نگارنده دیده‌ام در کتب حقوقیین اسـلامی باین امر تصریح نشده است و تصمیم دادگاه در الزام شوهر ببذل مدت تجاوز از روش قضائی متداول در محاکم ایران میباشد.

ه– در موردی که شوهر مبتلا ببیماری مسری صعب العلاج باشد

بدستور شق «۳» ماده «۱۱۳۰» ق. م: «.. در صورتی که بواسـطه امراض مسـریه صـعب العلاـج دوام زناشوئی برای زن موجب مخاطره باشـد». زن دائمـه میتوانـد بوسـیلهٔ دادخواسـتی کـه پیوست گـواهی پزشـک است از دادگـاه درخـواست طلاـق بنمایـد، زیرا در اثر

همزیستی زناشوئی که زن ناچار است با شوهر خود بنماید صحت او در مخاطره خواهد افتاد و این امر زیان غیر قابل جبرانی را موجب میگردد. برای جلوگیری از این امر قانون بزن اجازه داده که بتواند بوسیله دادگاه طلاق خود را از شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۷

بخواهد در این امر فرقی بین نکاح دائم و نکاح منقطع بنظر نمیرسد، زیرا اجازه درخواست انحلال نکاح از دادگاه برای جلوگیری از ابتلاء زن ببیماری شوهر میباشد و آن در هر دو قسم نکاح موجود است.

اگر چه موارد مذکور در بالا را (موارد درخواست بذل بقیه مدت) میتوان با تفسیر وسیع از مواد مربوطه بدرخواست طلاق استنباط نمود، ولی عمل باستنباط مزبور دور از روش قضائی است که اکنون در دادگاههای ایران معمول میباشد. بنابراین مقتضی است با وضع قوانین جدیدی رفع نقض را نمود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۸

فصل سوم عده در نکاح منقطع

اشاره

ماده «۱۱۵۰» قانون مدنی، «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمیتواند شوهر دیگر اختیار کند». چنانکه در عدهٔ نکاح دائم گذشت، پس از انحلال نکاح مدتی زن باید بدیگری شوهر نکند تا اختلاط نسب حاصل نشود، ولی زن میتواند در مدت عده با همان شوهر ازدواج کند، زیرا احتمال اختلاط نسب نمیرود، خواه نکاح دائم باشد یا منقطع.

۱- زنانی که عده ندارند

در نکاح منقطع مانند نکاح دائم هرگاه شوهر با زن در مدت نکاح نزدیکی نکرده باشد و یا زن یائسه باشد در اثر فسخ، یا انقضاء مدت و یا بذل آن زن عده ندارد و میتواند بلافاصله شوهر دیگری اختیار نماید، زیرا احتمال اختلاط نسب نمیرود.

در قانون مدنی مادهای راجع باین امر موجود نیست، ولی با توجه بآنکه نظر مزبور اجماعی فقهای امامیه است، میتوان از وحدت ملاک ماده «۱۱۵۵» ق. م آن را استنباط نمود و چنانچه از وحدت ملاک نتوان کمک خواست باستناد مادهٔ «۳» قانون آئین دادرسی مدنی عرف مسلم مذهبی ملاک عمل قرار میگیرد. ماده «۱۱۵۵» ق. م:

«زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه نه عدهٔ طلاق دارد و نه عدهٔ فسخ نکاح، ولی عدهٔ وفات در هر دو مورد باید رعایت شود».

۲- زنانی که عده نگه میدارند

اشاره

زنان منقطعه که شوهر با آنان نزدیکی نموده و بسن یائسگی نرسیده باشند در مورد انحلال باید عده نگهدارند. عدهٔ زنان منقطعه در دو قسمت بیان میشود:

اول- عده فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن

اشاره

مدت عده باعتبار وضعیت زن بر دو قسم است:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۲۹

۱- عده زن حائل (غیر حامل).

۲- عده زن حامل.

۱- عده زن حائل (غیر حامل)

اشاره

طبق ماده «۱۱۵۲» ق. م: «عدهٔ فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد نکاح منقطع در غیر حامل دو طهر است، مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند، در این صورت چهل و پنج روز است.»

قانون در مدت عدهٔ متعه و نکاح دائم فرق گذارده است، چنانکه مدت عده را در متعه دو طهر یا چهل و پنج روز و در دائم سه طهر و یا سه ماه قرار داده است. بنظر میرسد که فلسفهٔ فرق بین آن دو آنست که رعایت عده در انحلال نکاح اصولا برای جلوگیری از اختلاط نسب میباشد، ولی چون جنبهٔ اجتماعی نکاح دائم قوی‌تر است از نظر احترام بخانواده و افکار عمومی مدت بیشتری در آن در نظر گرفته شده است.

چنانکه مادهٔ تصریح مینماید از نظر طبیعت زن، مدت عده فرق میکند.

الف- در صورتی که زن عادت زنانگی ببیند

در این صورت بدستور صریح مادهٔ بالا عدهٔ فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن دو طهر است. منظور از طهر، دوران پاکی است که بین دو عادت زنانگی واقع شده باشد. قول مزبور از مفید و حلی و مختلف حکایت شده است و آن ظاهر عبارت شهید در مسالك میباشد.

در حقوق امامیه سه قول دیگر در مدت عده منقطع نیز موجود است که ذیلًا بیان میشود:

۱- دو عادت زنانگی. قول مزبور بمشهور نسبت داده شده است.

۲- یك عادت زنانگی و نصف. قول مزبور در مقنعه از صدوق میباشد.

۳- یك عادت زنانگی. قول مزبور از ابن ابی عقیل روایت شده است.

اقوال بالا هر یك مستند بروایاتی است. بنابر نظری که قانون مدنی در عدهٔ متعه از آن پیروی نموده، یعنی دو طهر، زن باید از تاریخ فسخ یا انقضاء مدت یا بذل آن، دو طهر تمام عده نگهدارد، یعنی پس از گذشتن دو طهر تمام از زمان انحلال

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۰

نکاح، زن میتواند شوهر دیگری بنماید. بنابراین هرگاه انحلال نکاح در عادت زنانگی بوده، طهر بعد از آن و یك عادت زنانگی و یك طهر تمام دیگر باید بگذرد و بدیدن عادت زنانگی سوم کشف میشود که زن از عده خارج شده است، و هرگاه انحلال نکاح متعه در طهر واقع شده باشد، آن طهر بحساب نمیآید و مانند صورت قبل، بعد از تمام شدن و گذشتن عادت زنانگی، باید یك طهر و سپس یك عادت زنانگی و طهر دیگری بگذرد، بمجرد شروع عادت زنانگی کشف میشود عدهٔ متعه منقضی است. در این امر فرق نمینماید که زن در هر دو ماه یك مرتبه عادت زنانگی کشف میشود ببیند یا مدت پاکی بیشتر طول بکشد، مانند آنکه دو ماه

یک مرتبه عادت زنانگی ببیند.

ب- در صورتی که زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند

هر گاه زن هنوز یائسه نشده است (پنجاه سال در زنهای عادی و شصت سال در قرشیه) و سن او اقتضا دارد که عادت زنانگی ببیند، ولی در اثر عارضهٔ کسالت و یا طبیعت مزاجی خاصی که دارد آن را نمیبیند، عدهٔ او ۴۵ روز است. منظور از زنی که با اقتضای سن عادت زنانگی نمی‌بیند زنی است که اصلا عادت زنانگی نمیبیند یا آنکه فاصله بین دو عادت زنانگی او سه ماه یا بیشتر است. منظور از روز ۲۴ ساعت تمام است. بنابراین هر گاه فسخ یا بذل مدت یا انقضاء آن در وسط روز یا شب باشد بقیه آن از آخرین روز تکمیل میشود. بعضی از فقهاء اینگونه تلفیق را صحیح نمیدانند و بر آنند که زن مزبور پس از گذشتن ۴۵ روز و شب تمام از عده خارج میشود.

۲- عدهٔ زن حامل

بدستور ماده «۱۱۵۳» ق. م: «عدهٔ طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد زن حامله تا وضع حمل است»: بنابراین هر گاه بمدت کوتاهی پس از فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن، زن وضع حمل کند مدت عده خاتمه پیدا مینماید و هر گاه پس از انعقاد نطفه بلافاصله نکاح فسخ یا بقیه مدت بذل و یا منقضی شود، مدت عده تا وضع حمل است اگر چه نه ماه یا بیشتر بطول انجامد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۱

دوم- عدهٔ وفات

اشاره

بدستور ماده «۱۱۵۴» ق. م: «عده وفات چه در دائم و چه در منقطع در هر حال چهار ماه و ده روز است، مگر اینکه زن حامل باشد که در این صورت عده وفات تا موقع وضع حمل است، مشروط بر اینکه فاصله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشد و الا مدت عده همان چهار ماه و ده روز خواهد بود». عدهٔ وفات برای زنی که شوهر او بمیرد از نظر احترام بمتوفی میباشد که جامعه رعایت آن را لازم میداند، بدین جهت عدهٔ وفات در دائم و در منقطع یکسان است. همچنین زن یائسه و زنی که با او نزدیکی بعمل نیامده نیز باید آن را رعایت بنمایند، اگر چه آنان عده طلاق و فسخ و بذل مدت یا انقضاء آن را نگه نمیدارند.
قول مزبور مشهور نزد فقهاء میباشد و از سید مرتضی و مفید حکایت شده است که عده وفات را دو ماه و پنج روز میدانند.
در صورتی که در عدهٔ فسخ، بذل مدت یا انقضاء آن، شوهر فوت نماید، زن عده‌ای را که شروع نموده است بپایان میرساند و عدهٔ وفات نگه نمی‌دارد، زیرا رابطهٔ زوجیت در نکاح منقطع در اثر انقضاء یا بذل مدت و یا فسخ قطع میگردد، همچنانی که در طلاق بائن و فسخ نکاح دائم است.

تبصره ۱

در صورتی که نکاحی منحل گردد، ولی زن نداند دائمه یا منقطعه بوده است، و همچنین در موارد اختلاف بین زوجین حکم دوام که مدت عدهٔ آن بیشتر میباشد نسبت بعده جاری میگردد، زیرا در مورد تردید در خروج از عده، بقاء آن استصحاب میگردد.

تبصره ۲

در صورتی که یکی از شرائط صحت نکاح منقطع موجود نباشد، مانند مجهول بودن مهر، نکاح باطل است، و چنانچه نزدیکی بشبهه بعمل آمده باشد بدستور ماده «۱۱۵۷» ق. م باید زن عدهٔ طلاق نگهدارد. ماده «۱۱۵۷» ق. م: «زنی که بشبهه با کسی نزدیکی کند باید عدهٔ طلاق نگاهدارد.» شرح آن در قسمت نزدیکی بشبهه گذشت.

تبصره ۳

بنابر نظر حقوقیین امامیه، چنانچه شوهر در نکاح منقطع نفی ولد
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۲
بنماید، ظاهراً طفل از او شناخته نمیشود، زیرا امارهٔ فراش مخصوص نکاح دائم است و لعان نیز اختصاص بنکاح دائم دارد. از نظر قانون مدنی حکم مواد «۱۱۵۸» «۱۱۶۳» ق. م نسبت بطفل متولد از نکاح دائم و منقطع یکسان است. بنابراین چنانچه با بودن امارهٔ فراش بنفع زن منقطعه، شوهر بخواهد فرزند را از خود نفی نماید، باید دلیل بر آن امر ابراز دارد و الا نفی نمیشود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۳

خاتمه

اشاره

چون اقسام نکاح و طرق انحلال آن بیان گردید بی‌مناسبت نیست دو موضوع نیز بیان گردد: ۱- ثبت اجباری نکاح و طلاق- ۲- دعاوی راجع بنکاح و طلاق.

فصل اول ثبت اجباری نکاح و طلاق

اشاره

مقدمتاً باید متذکر بود که شرائط اساسی صحت نکاح و طلاق که شرح آن بیان گردید هرگاه موجود باشد عقد نکاح یا طلاق واقع میگردد و تمامی آثار و احکام حقوقی را دارا خواهد بود، اگر چه در دفتر ازدواج و طلاق ثبت نگردد و یا اصلًا سندی تنظیم نشود و هرگاه یکی از شرائط اساسی را فاقد باشد آثار و احکام حقوقی را دارا نخواهد شد.

اینک قوانین راجع به ثبت ازدواج و طلاق.

قانون ازدواج مصوب «۲۳» مرداد ماه «۱۳۱۰» برای جلوگیری از پیدایش دعاوی بین زن و شوهر راجع بنکاح و طلاق، مقرر داشته که هر ازدواج و طلاق باید در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم میشود بثبت برسد.
در صورتی که مجری صیغه مزاوجت یا طلاق دارای چنین دفتری نباشد، شوهر مکلف بوده تا بیست روز پس از وقوع عقد نکاح یا طلاق، بکسی که دارای دفتر فوق الذکر بوده مراجعه و قباله مزاوجت یا طلاق‌نامه را بثبت برساند و الا بیک ماه تا شش ماه بحبس

تأدیبی محکوم میگردد.

در قانون مزبور چنانکه مشاهده میشود چون ضمناً اجازهٔ ازدواج و طلاق بکسانی که دفاتر رسمی نداشته‌اند داده شده بود، و این امر نمیتوانست از ازدواجهای غیر رسمی جلوگیری نماید، لذا بوسیلهٔ مادهٔ واحده در خرداد ماه «۱۳۱۶» مادهٔ بالا و مادهٔ «۳» قانون ازدواج «۱۳۱۰» اصلاح گردید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۴

مادهٔ «۱» اصلاحی سال «۱۳۱۶»-: «در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام مینماید، هر ازدواج و طلاق و رجوع باید در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم میشود واقع و بثبت برسد. در نقاط مزبور هر مردی که در غیر از دفاتر رسمی ازدواج و طلاق، مبادرت بازدواج و طلاق و رجوع نماید بیک تا شش ماه حبس تأدیبی محکوم میشود و همین مجازات دربارهٔ عاقدی مقرر است که در این نقاط بدون داشتن دفاتر رسمی باجرای صیغهٔ ازدواج یا طلاق یا ثبت رجوع مبادرت نمایند».

جملهٔ الحاقی سال ۳۱۷-: «در حوزه‌هائی که آگهی فوق الذکر از طرف وزارت دادگستری نشده است، شوهر مکلف است در صورتی که در غیر دفاتر رسمی ازدواج و طلاق مبادرت بازدواج یا طلاق یا رجوع نماید تا بیست روز پس از وقوع عقد یا طلاق یا رجوع بیکی از دفاتر رسمی ازدواج و طلاق رجوع کرده قبالهٔ مزاوجت یا طلاق‌نامه یا رجوع را بثبت برساند و الا بیک ماه تا شش ماه حبس تأدیبی محکوم خواهد شد».

تبصرهٔ الحاقی سال «۲۰» ماده اول اصلاحی-: «رسیدگی بتخلفات اداری سردفتران.

ازدواج و طلاق و تعیین کیفر آنها طبق آئین‌نامه‌ای که وزارت دادگستری مقرر خواهد داشت بعمل می‌آید».

ماده «۲» «قبالهٔ ازدواج و طلاق‌نامه در صورتی که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه بثبت رسیده باشد، سند رسمی و الا سند عادی محسوب خواهد شد.

برای ثبت ازدواج و طلاق دولت حق الثبت نخواهد گرفت».

ماده «۳» اصلاحی سال ۳۱۶-: «هر کس بر خلاف مقررات ماده «۱۰۶۱» قانون مدنی با کسی که هنوز بسن قانونی برای ازدواج نرسیده است مزاوجت کند بشش ماه الی دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد. در صورتی که دختر بسن ۱۳ سال تمام نرسیده باشد لااقل بدو الی سه سال حبس تأدیبی محکوم میشود. و در هر دو مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبسی بجزای نقدی از دو هزار ریال الی ۲۰ هزار ریال محکوم گردد و اگر در اثر ازدواج بر خلاف مقررات فوق مضاجعه منتهی بنقص یکی از اعضاء یا مرض دائم زن گردد، مجازات زوج از ۵ الی ده سال حبس با اعمال شاقه است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۵

عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته‌اند نیز بهمان مجازات یا بمجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم میشوند. محاکمهٔ این اشخاص را وزارت عدلیه میتواند بمحاکم مخصوص که اصول تشکیلات و ترتیب رسیدگی آن بموجب نظامنامه معین میشود رجوع نماید و در صورت عدم تشکیل محکمه مخصوص رسیدگی در محاکم عمومی بعمل خواهد آمد». اکنون دادگاههای مخصوصی موجود نیست و در دادگاههای عمومی بتخلفات آنان رسیدگی میشود.

چنانکه از ماده بالا ـ و مواد دیگر قانون ازدواج که برای متخلفین از ثبت ازدواج و طلاق، کیفر معینهٔ مقرر داشته و هیچگونه جزاء مدنی برای نکاح و طلاقی که ثبت نشده در نظر نگرفته است، محقق میگردد که نکاح و طلاقی که ثبت نشده خواه شفاهی باشد و خواه کتبی صحیح میباشد و از حیث آثار و احکام مدنی مانند نکاح و طلاقی است که در دفاتر رسمی ازدواج و طلاق بثبت رسیده است.

چون در زمان تصویب قانون ازدواج ۱۳۱۰ هنوز قانون مدنی جلد دوم راجع بنکاح و طلاق تصویب نشده بود، موادی چند راجع

بحقوق زن و شوهر در آن ذکر شده که بعداً در مجموعه قانون مدنی جلد دوم تکرار گردید که ذیلًا تذکر داده میشود.

ماده «۴» قانون ازدواج در قانون مـدنی تحت مادهٔ شـمارهٔ «۱۱۱۹» با حـذف یکی دو کلمه ذکر گردیـده است و تبصـره ماده ۴ بحال خود باقی است. ماده «۱۱۱۹» ق. م:

«طرفین عقد ازدواج میتوانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شـرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مـدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یـا سوء رفتاری نمایـد که زنـدگانی آنها با یکـدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشـد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد».

تبصره ماده «۴» قانون ازدواج: «تبصره- در مورد این ماده محاکمه بین زن و شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۶

در محکمـهٔ ابتـدائی مطابق اصول محاکمات حقوقی بعمل خواهـد آمـد و حکم بـدایت قابل استیناف و تمیز است. مدت مرور زمان شش ماه از وقوع امری است که حق اسـتفاده از شـرط میدهد». چون مواد مورد احتیاج قانون ازدواج و من جمله ماده «۴» آن بقانون مدنی نقل شد و تبصره‌اش بحال خود باقی ماند، سبب گردید که این تبصره عملا متروک مانده و نوعاً دادرسان و وکلاء دادگستری از آن بی‌اطلاع بماننـد. بنظر میرسـد که مـدت شـش ماه مرور زمان برای این گونه دعاوی کم است، زیرا زن در اغلب موارد پس از گذشتن مدتی که بیشتر از شش ماه میباشد، از تحقق شرط آگاه میگردد که دعوی او مشمول مرور زمان شده است.

ماده «۸» قانون ازدواج در قانون مدنی تحت ماده «۱۱۰۳» بیان گردیده است.

ماده «۹» قانون ازدواج در قانون مدنی تحت ماده «۱۱۰۶» بیان گردیده است و تبصره آن که نفقه را بیان نموده در ماده «۱۱۰۷» ق. م شرح داده شده است.

ماده «۱۰» قانون ازدواج تحت ماده شماره «۱۱۱۱» ق. م ذکر گردیده و قسمتی از آن که حکایت از رجوع بمحکمهٔ شرع برای تفریق بین زوجین مینماید، ساکت گذارده شده است.

ماده «۱۲» قانون ازدواج در ماده «۱۱۱۴» ق. م ذکر گردیده است.

ماده «۱۳» قانون ازدواج در ماده «۱۱۱۶» ق. م گفته شده است.

ماده «۱۴» قانون ازدواج در ماده «۱۱۱۸» ق. م بیان گردیده است.

ماده «۱۵» قانون ازدواج در ماده «۱۱۶۹» ق. م گفته شده است.

ماده «۱۶» قانون ازدواج در ماده «۱۱۷۰» ق. م درج شده است.

ماده «۱۷» قـانون ازدواج در مـاده «۱۰۵۹» ق. م و مـاده «۱۱۶۰» بیـان گردیـده و قسـمتی هم از مـاده «۱۷» قـانون مزبـور که مربوط بمجازات بوده در قانون مدنی ساکت گذارده شده است.

اینک شرح ثبت ازدواج و طلاق

طبق ماده «۱» اصلاحی قانون ازدواج: «در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۷

مینماید هر ازدواج و طلاق و رجوع باید در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم میشود واقع و بثبت برسد ...»

چون وزارت دادگستری مجهز برای تشـکیل دفتر ازدواج و طلاق در سراسـر کشور نبود، لـذا قانون در مادهٔ بالا تعیین محلی که باید

ازدواج و طلاق ثبت شود بعهدهٔ وزارت دادگستری گذارده است. وزارت دادگستری در هر محلی که وسائل دفتر ازدواج و طلاق را آماده ساخت و تشکیل نمود آن را بوسیلهٔ اعلانات در روزنامه کثیر الانتشار اعلام میدارد.

بدستور ذیل ماده «۱» اصلاحی قانون ازدواج وقوع و ثبت ازدواج و طلاق و رجوع در یکی از دفاتر رسمی ازدواج و طلاق الزامی است.

میگویند منظور ماده از وقوع ازدواج و طلاق در دفتر رسمی آنست که در یک مجلس صیغهٔ نکاح و طلاق خوانده شود و در همان مجلس هم در دفتر رسمی ثبت، و طرفین امضاء نمایند. بنظر میرسد که منظور ماده از وقوع ازدواج و طلاق در دفتر رسمی آن باشد که طرفین عقد ازدواج در دفترخانه حاضر شوند و صیغه در آنجا جاری گردد، ولی عملًا رعایت عادت معموله میشود و سردفتر ازدواج و طلاق، دفتر خود را بخانهٔ زوجه میبرد و بوکالت صیغه جاری میشود و اغلب وکالت در عقد را هم از طرف زوجین غیر سر دفتر دارا میباشد.

نظامنامهٔ دفتر ثبت ازدواج و طلاق

اشاره

نظر بمدلول مادهٔ «۱» قانون ثبت ازدواج و طلاق وزارت عدلیه مواد ذیل را مقرر میدارد:

مادهٔ اول

اشاره

«دفاتر ثبت ازدواج و طلاق مجلد بوده و کلیه صفحات آن بامضای مدعی العموم یا نمایندهٔ او رسیده و بمهر پارکه ممهور خواهد شد. بعلاوه در ظهر صفحه اول و آخر دفتر نیز تعداد کلیه صفحات با تمام حروف قید و از طرف مدعی العموم و یا نمایندهٔ او ممضی و ممهور میشود.

تبصره

مدعی العموم میتواند با اجازهٔ وزارت عدلیه برای امضاء و مهر ترتیب دیگری را مقرر دارد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۸

ماده دوم-:

«عبارت ثبت باید خوانا و واضح بوده، مبلغ و تاریخ و نمرهٔ ثبت باید لااقل یک مرتبه با تمام حروف در خود دفتر و در روی اوراق ازدواج و طلاق نوشته شود. در صورت اختلاف، آنچه که با تمام حروف نوشته شده معتبر است». (زیرا در نوشتن با حروف کمتر اشتباه روی میدهد).

ماده سوم:

«فاصله سطور باید بیک اندازه باشد. سطور از حدودی که در روی دفتر برای ابتداء و انتهای سطور معین شده نباید تجاوز کند».

(زیرا در صورت تجاوز ممکن است کلمات یا جمله‌ای جعل و الحاق شود و دستور مادهٔ مزبور از این امر جلوگیری مینماید).

ماده چهارم

بالا بردن سطور در آخر سطر ممنوع و هر جا که سطر بانتهاء رسید باید بقیه مطلب را بسطر بعد برد. جای سفید گذاردن و تصحیح و اضافه مجاز نیست». (دستورات مزبور مانند دستور مادهٔ بالا جلوگیری از الحاق کلمه و جعل مینماید).

ماده پنجم:

«اگر صاحب دفتر اشتباهاً جای سفید گذارد یا مجبور بتصحیح و اضافات شد مطابق مقررات ذیل باید عمل شود:
۱- جای سفید باید بوسیلهٔ دو خطی که همدیگر را تقاطع کند از حیّز استفاده انداخته شود.
۲- روی کلمات زیادی باید خط نازکی کشیده شود.
۳- تصحیح و اضافات باید در ستون ملاحظات دفتر نوشته شده و بامضای صاحب دفتر برسد و ربط آن بوسیله راده معین گردد و ابطال جای سفید و همچنین حذف کلمات زیادی و تصحیح و اضافات باید در آخر ثبت سند ازدواج یا طلاق قبل از امضاء قید شود».

ماده ششم:

«تراشیدن و پاک کردن و الحاق کردن بهر نحوی از انحاء در دفاتر ثبت ازدواج و طلاق ممنوع است.
بالحاقات و آنچه که بجای کلمات تراشیده یا پاک شده نوشته شده باشد، ادارات
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۳۹
و محاکم عدلیه ترتیب اثر نخواهند داد». (ترتیب اثر ندادن بالحاقات و آنچه بجای کلمات تراشیده شده یا پاک شده نوشته شده بدون رسیدگی بر خلاف مقررات مربوطه باعتبار اسناد است، زیرا جعل قسمت مزبور محقق نمیباشد. حکم مذکور در ماده تجاوز از اختیاری است که قانون در تنظیم آئین‌نامهٔ ثبت ازدواج و طلاق داده است و آئین‌نامه هم نمیتواند مقررات قانونی را نسخ نماید).

ماده هفتم-:

«در صورتی که هویت زوجین نزد صاحب دفتر محرز نباشد بایستی دو نفر از اشخاص معروف و معتمد حضوراً هویت آنان را تصدیق و مراتب در دفتر قید و بامضای معرفین رسیده و این نکته در روی اوراق نیز قید شود. مانعی نیست که معرفین یک طرف معرف طرف دیگر نیز باشد».

مادهٔ هشتم:

«اشخاص کور یا گنگ یا کر یا محجور یا غیر بالغ یا غیر رشید نمیتوانند معرف یا شاهد باشند».

مادهٔ نهم

در صورتی که هویت طرفین یا یک طرف نزد صاحب دفتر محرز نشود باید از ثبت امتناع کند».

مادهٔ دهم:

«با اصلاحی که در سال «۳۱۳» در ذیل آن بعمل آمده برای ثبت عقد مزاوجت زوج و زوجه باید شخصاً یا بتوسط وکیل ثابت الوکاله ذیل ثبت عقد را در دفتر و ذیل ورقه ازدواج مذکور در ماده (۱۴) را امضاء کنند. برای ثبت طلاق، طلاق دهنده باید ذیل ثبت طلاق را در دفتر و ذیل طلاق‌نامهٔ مذکوره در ماده (۱۴) را شخصاً یا بتوسط وکیل ثابت الوکاله امضاء نماید و هرگاه زوجین یا یکی از آنها بی‌سواد باشند باید یک نفر مطلع باسواد که طرف اعتماد شخص بیسواد باشد در دفتر حاضر گردد، اگر چه از جملهٔ شهود یا معرفین زوجین باشند».

مادهٔ یازدهم:

«شخص معتمد با سواد باید ثبت سند ازدواج یا طلاق را برای شخص بی‌سواد قرائت نماید و این قرائت و رضایت شخص بی‌سواد بمفاد ثبت باید در ذیل ثبت سند مزبور قید گردد و علامت انگشت شخص بیسواد ذیل آن گذارده شود.

مراتب مزبوره و علامت انگشت شخص بی‌سواد را شخص معتمد تصدیق و

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۰

امضاء نماید».

مادهٔ دوازدهم

در صورتی که امضاء مذکور در ماده فوق بتوسط وکیل بعمل آید وکالت‌نامه باید بتصدیق کمیساریا و یا امین صلح و یا نایب الحکومه و یا یکی از دفاتر اسناد رسمی رسیده و ضبط شود، مگر اینکه موکل شخصاً در نزد صاحب دفتر حاضر و شخصی که وکالتاً امضاء مینماید وکالت دهد که در این صورت صاحب دفتر باید در دفتر خود وقوع وکالت را نیز قید و امضاء کنند».

ماده سیزدهم:

«هرگاه زوجین یا یک طرف از آنها کر یا گنگ و یا کور باشند، علاوه بر معرفین هر یک باید در معیت خود یک نفر از معتمدین خود را حاضر نمایند.

شخص معتمد مزبور در مورد اشخاص کر و گنگ باید از اشخاصی باشند که بتوانند بآنها باشاره مطلب را بفهمانند و این نکته صراحتاً باید در متن دفتر و در ستون ملاحظات قید و بامضاء صاحب دفتر برسد».

ماده چهاردهم-:

اشاره

«در دفتر ثبت نکاح و طلاق باید نکات ذیل قید شود:

الف- برای عقد مزاوجت

۱- نمره و تاریخ ثبت با تمام حروف.

۲- تاریخ وقوع عقد (روز- ماه- سال) با تمام حروف.

۳- اسم زوج و زوجه بنحوی که در هویت آنها تردید ننماید.

۴- نکاح دائم است یا منقطع و در صورت انقطاع مدت آن چیست.

۵- مهر.

۶- سایر شرایط ضمن عقد نکاح و یا ضمن عقد لازم دیگر که بین زوجین مقرر شده است.

۷- امضاء اشخاص مذکور در ماده (۱۰)

ب- برای طلاق

۱- نمره و تاریخ ثبت با تمام حروف.

۲- تاریخ وقوع طلاق (روز- ماه- سال) با تمام حروف.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۱

۳- اسم زوج و زوجه بنحوی که در هویت آنان تردیدی نباشد.

۴- نوع طلاق از رجعی و بائن و در صورت رجعی بودن تصریح باینکه دفعهٔ چندم است.

۵- امضاء اشخاص مذکور در ماده (۱۰)».

ماده پانزدهم-:

«صاحب دفتر مکلف است که فوراً پس از ثبت نکاح یا طلاق، دو نسخه از سواد ثبت را تهیه و پس از امضاء اشخاصی که دفتر ثبت را امضاء کرده‌اند بهر یک از زوجین یا زوجین سابق یک نسخه بدهد».

ماده شانزدهم-:

«اوراق عقد و طلاقی که مطابق مقررات این نظامنامه بثبت برسد سند رسمی بوده و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود، مگر اینکه مجعولیت آن ثابت شود.

در مورد مهریه، سند رسمی ازدواج، بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم الاجراء بتقاضای زوجه یا قائم مقام قانونی او صادر خواهد شد».

ماده هفدهم-:

«صدور ورقهٔ اجرائیه بعهدهٔ ادارهٔ ثبت اسناد محل و اگر ادارهٔ ثبت اسناد نباشد بعهدهٔ امین صلح محل خواهد بود».

تذکر- ۱- لزوم ارائه گواهینامه پزشک قبل از وقوع ازدواج

مصوب ۱۳ آذر ۱۳۱۷ ماده دوم- «کلیه دفاتر ازدواج مکلفند که قبل از وقوع ازدواج از نامزدها گواهی‌نامهٔ پزشک را برنداشتن امراض مسریهٔ مهم که نوع آنها از طرف وزارت دادگستری تعیین و اعلام میگردد مطالبه نموده و پس از بایگانی آن بعقد ازدواج و ثبت آن با قید موجود بودن گواهی پزشک بر تندرستی نامزدها اقدام نماید.

تبصره- دختران از داشتن گواهینامه پزشک در قسمت امراض زهروی معاف هستند».

مادهٔ سوم-: «پزشکهائی میتوانند گواهینامه صادر نمایند که پروانهٔ مخصوص از وزارت دادگستری برای این کار داشته باشند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۲

تبصره- ترتیب صدور گواهینامه پزشک و تعیین دستمزد آنها بموجب آئین‌نامه‌ای است که بتصویب وزارت دادگستری و وزارت کشور خواهد رسید.

مادهٔ چهارم-: «هر سر دفتری که بدون رعایت مادهٔ «۲» این قانون بعقد و ثبت ازدواج مبادرت نماید بحبس تأدیبی از دو ماه الی یک سال محکوم خواهد شد».

مادهٔ پنجم-: «هر پزشکی که بر خلاف واقع گواهی تندرستی بنامزد بدهد و یا بدون جهت و از روی غرض از دادن گواهینامه خودداری نماید، بحبس تأدیبی از شش ماه تا دو سال محکوم خواهد شد».

مادهٔ ششم-: «اجرای مواد «۲» و «۳» و «۴» و «۵» این قانون در هر محل از تاریخی است که از طرف وزارت دادگستری معین و اعلام خواهد شد».

تذکر – ۲– مقررات مربوط بازدواج زن ایرانی با تبعه بیگانه

چنانکه در موانع نکاح در جلد چهارم بیان گردید بدستور ماده «۱۰۶۰» ق. م:

«ازدواج زن ایرانی با تبعهٔ خارجه در مواردی هم که مانع قانونی ندارد موکول باجازهٔ مخصوص از طرف دولت است» دولت بپیروی از مادهٔ مزبور بتصویب‌نامه ازدواج زن ایرانی با تبعهٔ خارجی که ذیلًا درج میگردد در ۱۸ آبان ماه ۱۳۱۹ مبادرت نمود:

آئین‌نامهٔ زناشوئی بانوان ایرانی با تبعهٔ بیگانه

ماده «۱»:

«بوزارت کشور اجازه داده میشود در حدود مقررات قانون ازدواج و ماده «۱۰۵۹» و «۱۰۶۰» قانون مدنی پروانه زناشوئی بانوان ایرانی را با تبعهٔ بیگانه با رعایت مقررات این آئین‌نامه صادر نماید».

ماده «۲»-:

«پروانه زناشوئی در صورتی داده میشود که مرد تبعه بیگانه دارای شرایط زیر باشد و صلاحیت زناشوئی را وزارت کشور تصدیق نماید.

الف- داشتن مکنت کافی بطوری که بتواند هزینه و نفقه زن را مطابق مادهٔ «۱۱۰۷» قانون مدنی تأمین نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۳

ب- نداشتن پیشینهٔ بد و پیشینهٔ محکومیت کیفری.

ج- مبتلا نبودن به بیماریهای مسری.

د- نبودن منع قانونی برای زناشوئی با زن ایرانی در کشور متبوع خود».

ماده «۳»-:

«برای اثبات شرایط بالا داوطلب زناشوئی باید گواهینامه‌های زیر را تهیه کرده و پیوست درخواست خود در ایران بفرمانداری محل اقامت و در خارجه بکنسول و یا مأمور سیاسی دولت شاهنشاهی تسلیم نماید:

الف- گواهینامه بهداشتی طبق مقررات قانون ازدواج و آئین‌نامهٔ آن.

ب- گواهینامه از مرجع رسمی محلی خود یا مأمور سیاسی یا کنسولی دولت متبوع خود در ایران که طبق قانون و مقررات آن کشور مانعی برای زناشوئی با زن ایرانی نیست و در صورت وقوع زناشوئی آن را ثبت کرده برسمیت خواهند شناخت.

ج- گواهی‌نامه از مرجع رسمی محلی خود یا مأمور سیاسی یا کنسولی دولت متبوع خود در ایران که زن دیگر ندارد.

د- گواهی‌نامه نداشتن پیشینهٔ بد و محکومیت کیفری از شهربانی ایران برای مدتی که در ایران توقف داشته و از مرجع صلاحیت‌دار کشور خارجه که مأمورین کنسولی یا سیاسی ایران یا مأمورین کشور متبوع درخواست‌کننده در ایران گواهی کرده باشند، برای مدتی که در خارجه توقف داشته است.

ه- گواهینامه از مأمور کنسولی یا سیاسی دولت متبوع خود در ایران و یا از مأمور کنسولی یا سیاسی ایران در کشور متبوع خود که استطاعت و مکنت کافی برای دادن هزینه و نفقه زن مطابق مادهٔ «۱۱۰۷» قانون مدنی دارد.

تبصره- مرد تبعه بیگانه باید علاوه بر گواهینامه‌های نامبرده تعهدنامهٔ رسمی ثبتی طبق قانون محلی خود بپیوست درخواست زناشوئی بفرستد که متعهد است کلیه هزینه و نفقهٔ زن و اولاد و هر گونه حق دیگری که زن نسبت باو پیدا کند در صورت بدرفتاری یا ترک و یا طلاق تأدیه نماید».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۴

ماده ۴-:

«وزارت کشور میتواند در موارد زیر بدون ابراز گواهی‌نامه مذکور در بند ب ماده «۳» اجازهٔ زناشوئی با بانوی ایرانی را بدهد:

۱- اگر گرفتن گواهینامهٔ مذکور در بند ب ماده «۲» برای مرد بیگانه مقدور نباشد.

۲- اگر داوطلب زناشوئی مهاجر و یا پناهنده باشد که بدون گذرنامهٔ منظم و یا بدون روادید مأمورین سیاسی ایران و یا مأمورین رسمی کشور متبوع خود بایران آمده باشد.

تبصره- در دو مورد بالا در صورتی اجازه داده میشود که ادارهٔ کل شهربانی از رفتار درخواست‌کننده رضایت داشته و صلاحیت اخلاقی او را گواهی نماید».

ماده ۵-:

«درخواست‌کننده زناشوئی با بانوی ایرانی باید گواهینامه‌های نامبرده را تهیه نموده بپیوست درخواست خود و رونوشت شناسنامه زن و دو قطعه عکس از خود و دو قطعه عکس زن که در زمان نزدیک بدرخواست زناشوئی برداشته شده بگواهی شهربانی محل و یا مأمورین کنسولی و یا سیاسی ایران رسیده باشد در ایران بفرماندار محل و در خارجه بمأمورین سیاسی و یا کنسولی ایران تسلیم نماید».

ماده ۶-:

«فرمانداران و مأمورین سیاسی یا کنسولی ایران گواهینامه‌ها و پیوست‌های درخواست را رسیدگی نموده در صورتی که آنها را کافی دانستند و با صلاحیت زناشوئی از لحاظ شخصیت و اخلاق و روحیات طرفین و اوضاع و احوال محلی موافقت داشته باشند،

ضمن فرستادن برگهای نامبرده و عکسها بوزارت کشور موافقت خود را با این زناشوئی و صدور پروانه اعلام دارند.
تبصره- مأمورین سیاسی یا کنسولی باید مطابقت زناشوئی را با مقررات قانون ازدواج مصوب «۲۳» مرداد ۱۳۱۰ و قانون مدنی و آئین‌نامه‌ها و دستورهای مربوطه تصدیق نمایند».
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۵

ماده ۷-:

«وزارت کشور در صورتی که موافقت داشته باشند پروانه زناشوئی را صادر مینماید، پروانهٔ زناشوئی چاپی بوده و اطلاعات زیر در آن نوشته میشود عکس زن و مرد بپروانه چسبیده و بمهر وزارت کشور میرسد.
الف- نام و نام خانوادگی زن و مرد، تاریخ تولد، کار، محل اقامت فعلی، محل تولد، نام پدر هر یک، تابعیت مرد (در صورتی که هر یک از مرد یا زن چند نام داشته باشند تمام آنها باید در پروانه نوشته شود).
ب- شمارهٔ شناسنامهٔ زن و تاریخ محل صدور آن و شماره و تاریخ پروانه اقامت و گذرنامهٔ مرد، در صورتی که در خارجه باشند شماره و تاریخ و محل صدور شناسنامه هر دو نوشته میشود».
تبصره-: «وزارت کشور میتواند با موافقت وزارت امور خارجه ببعضی از نمایندگان سیاسی یا کنسولی ایران در خارجه اختیار دهد که طبق این آئین‌نامه پروانه زناشوئی را مستقیماً در محل صادر و تسلیم درخواست‌کننده نمایند و پس از تسلیم پروانهٔ زناشوئی تمام پیشینه و برگهای گواهی‌نامه را توسط وزارت امور خارجه بوزارت کشور بفرستد».

ماده ۸-:

«دفتر خانه‌های ثبت زناشوئی در ایران و نمایندگان شاهنشاهی در خارجه که مأمور ثبت زناشوئی هستند نمیتوانند زناشوئی تبعه بیگانه را که پروانه زناشوئی با بانوی ایرانی را از وزارت کشور یا مأمورین سیاسی و یا کنسولی ایران که دارای اختیار مذکور در فوق باشند در دست ندارد ثبت نمایند و کنسولگریها و مأمورین سیاسی ایران در خارجه باید مراجع محلی عقد زناشوئی را در کشور محل مأموریت خود باین نکته متوجه سازند».

ماده ۹-:

«این آئین‌نامه بجای تصویب‌نامه‌ها و مقرراتی که تاکنون دربارهٔ زناشوئی تبعه بیگانه با بانوی ایرانی صادر شده میباشد و وزارت خانه‌های دادگستری، خارجه و کشور هر یک در قسمت مربوطهٔ بخود مأمور اجرای این آئین‌نامه هستند».
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۶

فصل دوم دعاوی راجع باصل نکاح و طلاق

اشاره

نکاح و طلاق از نظر آنکه جنبهٔ مذهبی خود را در طوفانهای تمدن از دست نداده و افکار عمومی آن را بعنوان دو تأسیس مذهبی پذیرفته است، رسیدگی بدعاوی راجع باصل نکاح و طلاق و رجوع و امثال آن خواه سند دربارهٔ آن تنظیم شده یا نشده باشد از

صلاحیت خاصه محاکم اختصاصی شرع شناخته شده است که مطابق مقررات قضاوت مذهبی عمل میشود. در این امر فرق نمیکند که زوجین مسلمان یا غیر مسلمان باشند و طبق قانون اسلام نکاح و طلاق واقع شده یا طبق مذاهب دیگر. همچنانی که فرق نمینماید که اختلاف راجع باصل نکاح و طلاق بین زوجین باشد و یا بین هر ذی‌نفع دیگری مانند وارث آنها چنانکه کسی از دیگری بعنوان آنکه فرزند متوفی است مطالبهٔ سهم الارث نماید و دیگری با قبول فرزندی او منکر وجود نکاح بین مادر مدعی و متوفی شود. برای توضیح بیشتر قانون محاکم شرع مصوب نهم آذر ماه «۱۳۱۰» ذیلًا بیان میگردد:

۱- تشکیل محاکم شرع

ماده ۱-:

«محاکم شرع از محاکم اختصاصی است».

ماده ۲-:

«محاکم شرع برای فصل دعاوی و انجام اموری تشکیل میشود که بموجب قوانین موضوعهٔ مملکتی از وظایف حکام شرع است. ارجاع بمحکمهٔ شرع باید از طرف محاکم و ادارات مدعی عمومی بعمل آید».
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۷

ماده ۳-:

«محکمه شرع تشکیل میشود از یک مجتهد جامع الشرایط. برای محکمه شرع تهران ممکن است یک یا دو معاون که بدرجهٔ اجتهاد رسیده باشند تعیین گردد. وظایف معاونین را وزارت عدلیه بموجب نظامنامه معین خواهد کرد. حوزهٔ هر یک از محاکم شرع را وزیر عدلیه تعیین و اعلام میکند».

ماده ۴-:

«در حوزه‌هائی که وزارت عدلیه محکمه شرع تشکیل نداده محضر رسمی قائم مقام محکمه شرع خواهد بود (هر محضر تشکیل میشود از یک مجتهد جامع الشرایط) انتخاب محضر مطابق نظامنامهٔ وزارت عدلیه بعمل خواهد آمد».

ماده ۵-:

«مرجع تجدید نظر در احکام محاکم شرع ولایات، محکمه شرع تهران است. مرجع تجدید نظر از احکام محکمه شرع تهران و همچنین مرجع تجدید نظر در احکام محاکم شرع ولایات، در مواردی که رسیدگی حاکم محکمهٔ شرع تهران بواسطهٔ مانع قانونی ممکن نباشد بترتیب مذکور در مادهٔ «۶» معین خواهد شد».

ماده ۶-:

«محکمه شرع تهران در جلسهٔ علنی با حضور متداعیین یا نمایندگان آنها و در صورت عدم حضور یکی از طرفین یا نمایندهٔ او با

حضور طرف دیگر یا نماینـدهٔ او و نماینـدهٔ مـدعی العموم بطریق قرعه یک نفر از مجتهدین جامع الشـرائط تهران را برای تجدید نظر معین مینمایـد. محکمه شـرع تهران فقـط اسـامی مجتهـدینی را بقرعه میگـذارد که از طرف وزارت عـدلیه برای دو سال معین و کتباً بمحکمه معرفی شده باشـند. وزارت عدلیه برای هر دو سال فقط دو نفر مجتهد جامع الشـرائط مرکز را میتواند بمحکمه شـرع معرفی کند».

تبصـره-: «هرگاه یکی از مجتهـدین مـذکور در این ماده یا هر دو بواسـطهٔ مانع قانونی نتواننـد بامری رسـیدگی نماینـد وزارت عدلیه برای تعیین حاکم شرع بطریق قرعه و رسیدگی بآن امر، یک یا دو مجتهد دیگر را بمحکمهٔ شرع معرفی خواهد کرد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۸

۲- موارد رجوع بشرع

ماده ۷-:

«رجوع بشـرع در موارد ذیل بعمل خواهـد آمد ۱- دعـاوی راجع باصـل نکاح و طلاق ۲- مورد مـذکور در مادهٔ «۱۰» قانون ازدواج مصوب ۲۲ مرداد ماه «۱۳۱۰» (در مورد استنکاف شوهر از دادن نفقه و برای تفریق که نسخ گردیده است).

۳- صدور ابلاغ حکم شرعی

ماده ۸-:

«محکمه شـرع باید حکم خود را پس از صدور در ظرف دو روز بدفتر محکمه‌ای که امر را ارجاع کرده بفرسـتد. مدیر دفتر محکمه مزبور منتها در ظرف دو روز حکم شرعی را برای ابلاغ بمتداعیین بمأمور ابلاغ خواهد داد».

۴- تجدید نظر در احکام محاکم شرعی

ماده ۹-:

«احکام محاکم شرع قابل تجدید نظر است مگر در موارد ذیل:

۱- در صورتی که طرفین قبل از صدور حکم بموجب سند کتبی از حق اعتراض صرف نظر کرده باشند.

۲- در صورتی که حکم شـرعی مسـتند با قرار شـفاهی یا کتبی باشد. در مورد اقرار شـفاهی اقرار باید در دوسـیه ثبت و بامضای مقرّ رسیده باشد».

ماده ۱۰-:

«مهلت شکایت ده روز از تاریخ ابلاغ است».

ماده ۱۱-:

«شاکی باید عرض حال شکایت خود را بدفتر محکمه‌ای بدهد که امر را ارجاع بشرع کرده است».

ماده ۱۲–:

«عرض‌حال باید حاوی تمامی اعتراضاتی باشد که شاکی بر حکم شرعی وارد میداند، بعلاوه شاکی باید اسناد و مدارك خود را بعرض حال مزبور ضمیمه نماید و پس از تقدیم آن دیگر اعتراض و سند جدیدی پذیرفته نخواهد شد، مگر اینکه در محکمه شرع ثابت نماید اسنادی دارد که بدست آوردن آن در حیطهٔ اقتدار او نبوده».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۴۹

ماده ۱۳–:

«پس از وصول عرض‌حال اعتراضی که قابل قبول است محکمه باید از صدور حکم بر طبق حکم شرعی خودداری نماید، ولی محکوم له حق دارد از آن محکمه تقاضای صدور قرار تأمین نموده و محکمه اعم از اینکه بدوی یا استینافی باشد مکلف است بر طبق مقررات قانون تأمین مدعی به رفتار کند».

ماده ۱۴–:

«محکمه باید عرض‌حال اعتراضی را که قابل قبول است در ظرف دو روز پس از وصول آن با ضمایم بتوسط مدیر دفتر برای ابلاغ بطرف دعوی ارسال نماید. طرف دعوی مکلف است تا ده روز مدافعات کتبی خود را بدفتر محکمه تسلیم نموده رسید بگیرد و پس از مدت مزبور هیچ مدافعه‌ای پذیرفته نخواهد شد».

ماده ۱۵–:

«پس از وصول مدافعات، مدیر دفتر محکمه باید دوسیه را بمحکمه شرع تهران بفرستد تا در صورتی که محکمه شرع تهران خود مرجع باشد رسیدگی نموده و الا مطابق «مادهٔ ۶» رفتار کرده و دوسیه را نزد حاکم شرعی که مرجع خواهد بود ارسال دارد».

ماده ۱۶–:

«رأی محکمهٔ شرعی که مرجع رسیدگی است قاطع است باین طریق اگر رای برد اعتراض داد محکمه‌ای که دعوی را ارجاع بشرع کرده بود حکمی بر طبق حکم شرعی صادر نموده و بموقع اجرا خواهد گذاشت و هرگاه محکمه شرع اعتراض را وارد و مؤثر دانست در ماهیت دعوی رسیدگی کرده رأی میدهد و محکمه عدلیه بر طبق آن حکم صادر نموده و بموقع اجرا میگذارد».

۵– مواد متفرقه

ماده ۱۷–:

«مرجع تجدید نظر محاضر شرع مرکز و ولایات (در صورتی که مطابق قانون، کار از مجرای محاکم عدلیه در نتیجهٔ تراضی طرفین دعوی با قید قرعه بآن محاضر رجوع شده باشد) نیز مطابق مقررات این قانون بعمل خواهد آمد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۰

ماده ۱۸-:

«در کلیه دعاوی که قبل از پانزدهم دی‌ماه «۱۳۰۷» بمحاکم یا محاضـر شرع یا حکام صلح ارجاع شده و از مواردی نیست که مطابق این قانون رسیدگی بآن از خصایص محاکم شرع باشد هرگاه یکی از اطراف دعوی تقاضا نماید محکمه‌ای که قضیه را ارجاع کرده بـدعوی مزبور رسـیدگی کند، محکمه مکلف بقبول این تقاضا است مشـروط بر اینکه قبل از تسـلیم تقاضانامه رأی کتبی محکمه یا محضر شرع یا حاکم صلح صادر نشده باشد».

تبصره-: «تقاضاکننده مکلف است پس از تسلیم تقاضانامه بمحکمه‌ای که رسیدگی بدعوی را از آن محکمه میخواهد مفاد تقاضای خود را کتباً بمحکمه یا محضـری که مرجع دعوی بوده اطلاع دهد تا پس از آن تاریخ از طرف محکمه شـرع یا محضر شرع حکمی صادر نشود».

ماده ۱۹-:

«مجتهدین مذکور در ماده «۶» راجع بتعیین قیم و سایر اموری که قانوناً راجع بحکام شرع باشد طرف رجوع مدعی العموم نیز خواهد بود».

ماده ۲۰-:

«در مورد دعاوی که قبلًا رسـیدگی بآن بحکام صلح رجوع شده مرجع رسیدگی بشکایت از احکام حکام مزبور محکمهٔ شرع طهران است».

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۵، ص: ۱۵۰

ماده ۲۱-:

«برای سال جاری وزارت عدلیه تا ده روز پس از تاریخ اجراء این قانون، مجتهدین مذکور در مادهٔ «۶» را معین خواهد کرد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۱

کتاب هشتم در اولاد

اشاره

اولاد جمع ولد است و آن کسـی است که بواسـطه یا بلاواسطه از دیگری بوجود آمده باشد، ذکور باشد یا اناث. کتاب مزبور که از مادهٔ «۱۱۵۸» تا مادهٔ «۱۱۹۴» ق. م میباشـد، مشـتمل بر سه باب است: باب اول در نسب، باب دوم در نگاهـداری و تربیت اولاد، باب سوم در ولایت قهری پدر و جد پدری.

باب اول – در نسب

اشاره

نسب مصدر است و بمعنی قرابت و خویشاوندی میباشد. قانون مدنی باب مزبور را بخویشاوندی مستقیم و بلاواسطهٔ کسی از دیگری اختصاص داده و راجع باقسام دیگر خویشاوندی (خویشاوندی غیر مستقیم و بواسطه و همچنین خویشاوندی اطراف) گفتگو ننموده است. علت این امر آنست که اقسام دیگر خویشاوندی ناشی از خویشاوندی مستقیم و بلاواسطه میباشد.

نسب امری است که بواسطهٔ انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می‌آید.

از این امر، رابطهٔ طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود میگردد.

خویشاوندی چنانکه شرح داده میشود دارای آثار و احکام عدیده میباشد، از قبیل توارث، حرمت نکاح، حق ولایت و حضانت، حق انفاق که خویشاوندان فقیر از آن منتفع میگردند، لذا در صورتی که خویشاوندی کسی با دیگری مورد تردید یا انکار قرار گیرد، ذی‌نفع میتواند برای اثبات آن در دادگاه اقامه دعوی بنماید.

بنابر آنچه گذشت نسب هر کس مستقیماً بدو نفر میرسد که یکی مادر و دیگری پدر میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۲

رابطهٔ خویشاوندی بین دو نفر ممکن است مورد اختلاف قرار گیرد. بدین نحو که یکی دعوی خویشاوندی با دیگری بنماید و دیگری آن را تردید یا انکار نماید.

خویشاوندی مورد تردید و انکار ممکن است خویشاوندی مستقیم باشد مانند خویشاوندی بین اولاد و پدر و مادر یا جد و جده، و ممکن است خویشاوندی اطراف باشد مانند خویشاوندی بین اعمام و اخوال و اولاد آنها.

اثبات خویشاوندی در هر یکی از موارد بالا مبتنی بر اثبات نسب مادری و یا نسب پدری میگردد که ذیلًا بشرح آن مبادرت میشود.

اول– نسب مادری

در صورتی که انتساب فرزندی طفلی بزنی مورد اختلاف قرار گیرد، با اثبات دو امر یکی پس از دیگری انتساب طفل بزن مسلم میگردد و زن مادر طبیعی او شناخته میشود:

الف– وضع حمل زن در مدتی که سن طفل اقتضا دارد که در آن مدت متولد شده باشد.

ب– طفلی که دعوی فرزندی او نسبت بزن میشود همان طفلی است که زن وضع حمل نموده.

اثبات دو امر بالا بوسیلهٔ هر گونه دلیلی در دادگاه ممکن خواهد بود. در صورتی که دو امر بالا را نتوان اثبات نمود آزمایش خون میتواند انتساب مادری طفل را بزن ثابت نماید. آنچه گفته شد در صورتیست که دعوی انتساب طفلی نسبت بزنی بشود و آن زن منکر ولادت آن طفل از خود گردد، ولی هرگاه زنی که بوسیلهٔ برگ شناسنامه مادر طفلی شناخته شده است در دادگاه اقامهٔ دعوی نماید و طفل را از خود نداند و طفل منکر آن گردد، کافی است که یکی از دو امر بالا ثابت گردد، همچنانی که میتوان از آزمایش خون کمک خواست.

دوم– نسب پدری

اثبات انتساب فرزندی طفلی بپدر، دشوارتر از اثبات انتساب فرزندی طفلی بمادر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۳

است، زیرا انتساب بمادر بوسیلهٔ ولادت ثابت میگردد و آن امری خارجی و اغلب مشهود است و میتوان بوسیلهٔ گواهان که از ساده‌ترین و قدیمترین ادله بشمار میرود اثبات نمود، بر خلاف انتساب بپدر که مبتنی بر خلقت کودک از نطفهٔ او و میباشد که از امور پنهانی است.

اثبات انتساب پدری بدو وسیله امکان‌پذیر است: یکی امارات و ادلهٔ قانونی و دیگری آزمایشهای پزشکی.

اقسام نسب

اشاره

نسب که بوسیلهٔ رابطهٔ خونی طفل بپدر و مادر موجود میشود از نظر حقوقی بر سه قسم است:

۱- نسب قانونی ۲- نسب ناشی از شبهه.

۳- نسب ناشی از زنا. که در سه فصل جداگانه بیان میگردد:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۴

فصل اول نسب قانونی

کلیات

نسب قانونی عبارت از خویشاوندی طفل بپدر و مادری میباشد که در حین انعقاد نطفه بین آنان نکاح صحیح (اعم از دائم یا منقطع) موجود بوده است.

بنابراین هرگاه نطفهٔ طفل قبل از ازدواج منعقد گردد و سپس آن پدر و مادر طبیعی با یکدیگر ازدواج نمایند طفل متولد از آنان قانونی نخواهد بود، اگر چه در زمان زوجیت متولد شود و آنان طفل را از خود بدانند.

نسب قانونی در دو مبحث گفتگو میشود: اثبات نسب قانونی. آثار نسب قانونی.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۵

مبحث اول اثبات نسب قانونی

اشاره

در صورتی که انتساب قانونی طفل بپدر مورد اختلاف قرار گیرد بوسیلهٔ هر دلیلی که حکایت نماید طفل از نطفهٔ آن مرد و زنی موجود شده که بین آنان در زمان انعقاد نطفه نکاح صحیح وجود داشته قابل اثبات است. بنابراین نسب قانونی بوسیلهٔ دو امر زیر ثابت میگردد:

۱- بودن نکاح صحیح بین زن و مرد

اثبات وجود نکاح بین زن و مردی که ادعای پدری او نسبت بطفل شده است بوسیلهٔ هر دلیلی، اگر چه اقرار خود آنها باشد ممکن خواهد بود. وضعیت خارجی زن و مرد از قبیل آمیزش دائم و زندگانی آنها در یک منزل و مسافرتهای متعدد با یکدیگر میتواند از قرائن مثبتهٔ زناشوئی قرار گیرد.

۲- انعقاد نطفهٔ طفل در زمان زوجیت

اشاره

اثبات انعقاد نطفهٔ طفل در زمان زوجیت بدو طریق ممکن است:

اول بوسیلهٔ اماره فراش. دوم بوسیلهٔ ادلهٔ دیگر.

یک- بوسیلهٔ امارهٔ فراش

اشاره

قانون مدنی چنانکه مادهٔ «۱۱۵۸» و «۱۱۵۹» حاکی است برای رعایت عفت خانوادگی و حفظ آرامش زندگانی زناشوئی هر طفلی که از زن شوهردار متولد گردد و بتوان او را منسوب بشوهر نمود از آن شوهر میداند. امارهٔ قانونی مذکور در دو مادهٔ بالا که آن را حقوق اسلام امارهٔ فراش نام نهاده مبتنی بر حدیث نبوی (الولد للفراش و للعاهر الحجر) میباشد، یعنی فرزند از آن صاحب فراش میباشد و برای کسی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۶

او را نسبت بزنا دهد سنگ است.

ماده «۱۱۵۸» ق. م: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق بشوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

ماده «۱۱۵۹» ق. م: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق بشوهر است، مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد، مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد».

قانون مدنی از نظر راهنمائی در اعمال امارهٔ فراش چنانکه ذیلًا دیده میشود زمان تولد طفل را مورد نظر قرار داده است: تولد طفل در زمان زوجیت و تولد طفل پس از انحلال زوجیت.

اول- تولد طفل در زمان زوجیت

اشاره

طبق امارهٔ قانونی فراش مذکور در مادهٔ «۱۱۵۸» ق. م طفلی که نطفهٔ او در دوران زوجیت منعقد گردد از آن شوهر شناخته میشود مشروط بر اینکه:

الف- نزدیکی بین زوجین واقع شده باشد

کلمهٔ نزدیکی در ماده، کنایه از پنهان شدن آلت ذکور بمقدار حشفه (اگر چه قسمتی از آلت مقطوع باشد) در قبل یا دبر زن

میباشد. در این امر فرق نمینماید که از مرد انزال شده باشد یا انزال نشده باشد.

فقها تفخیذ را در حکم نزدیکی دانسته‌اند.

نزدیکی جنسی باعتبار آنکه سبب انعقاد نطفه میگردد مبنای قاعدهٔ فراش قرار گرفته است و الا بخودی خود نمیتواند دلیل بر نسب قانونی قرار گیرد، زیرا در بعضی موارد مانند نزدیکی در دبر یا تفخیذ و همچنین نزدیکی در قبل با عدم انزال از اموری که موجب حمل زن گردد نمیباشد. بدین جهت بعض از فقهای امامیه تصریح نموده‌اند که امارهٔ فراش در صورتی جاری میگردد که نزدیکی از قبل بعمل آید، بشرط آنکه انزال بشود تا بتواند منشأ برای ایجاد طفل شود. بنظر میرسد که با توجه بگفتهٔ فقهاء مزبور

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۷

و منطق حقوقی، نزدیکی در صورتی میتواند مبنای انتساب طفل بشوهر قرار گیرد که امکان تکوین طفل از آن برود. بنابراین نزدیکی مرد خصی و یا کسی که در منی او مادهٔ حیاتی (اسپرماتوزوئید) موجود نیست نمیتواند مثبت نسب قرار گیرد. بر خلاف اینان بعضی از فقهای دیگر بر آنند که اثبات نزدیکی در زمان زوجیت برای اثبات نسب لازم نیست، بلکه طفل متولد در زمان زوجیت در صورتی که شش ماه پس از انعقاد نکاح متولد شده باشد ملحق بشوهر است. بنظر میرسد که مبنای نظر مزبور علاوه بر حفظ عفت خانوادگی استظهار آنست که پس از ازدواج بین زوجین نزدیکی از قبل بعمل آمده و احتیاج باثبات آن بخصوص ندارد. نزدیکی از اموری است که سعی میشود در پنهانی انجام گیرد و دیگران از آن آگاه نمیگردند و بدین جهت عموماً نمیتوان آن را بوسیلهٔ دلیلی اثبات نمود و ناچار در این گونه موارد باید از قرائن و اوضاع و احوال و ظواهر کمک خواست.

ب- تولد طفل پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی باشد

علت آنکه قانون مدنی شرط تحقق فراش را، تولد طفل پس از شش ماه از تحقق انعقاد نکاح قرار داده، آنست که طفل چنانچه بتواند در خارج از رحم زندگانی استقلالی نماید ناچار باید شش ماه یا بیشتر از تاریخ انعقاد نطفهٔ او گذشته باشد، و الا هرگاه کمتر از شش ماه از تاریخ انعقاد، طفل متولد گردد مهیا برای زندگانی مستقل نیست.

فرض ماده در طفل کاملی است که میتواند در خارج از رحم زندگانی بنماید، زیرا شش ماه، اقل مدت حمل در طفل کامل است. بنابراین چنانچه اثبات نسب طفلی که قبل از کمال سقط شود مورد اختلاف قرار گیرد، نمیتوان بمادهٔ فراش استناد جست و گذشتن مدت شش ماه از تاریخ نزدیکی را رعایت نمود، بلکه از نظر پزشکی با توجه بوضعیت طبیعی جنین میتوان مدتی را که از زمان نزدیکی گذشته دانست و بوسیلهٔ ادله و قرائن، انتساب و یا عدم انتساب او را مورد حکم قرار داد. ماه مذکور در ماده، ماه قمری است، زیرا ماههای قمری مورد نظر حقوق اسلام است و از عادت مسلم در احتساب مدت حمل میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۸

ج- بنگذشتن بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد

اشاره

علت آنکه ده «۱۱۵۸» ق. م شرط تحقق فراش را بنگذشتن بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد قرار داده آنست که جنین طبیعهٔ بیش از ده ماه از تاریخ انعقاد نطفه در رحم باقی نمیماند. بنابراین چنانچه طفلی بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی منظور که مبدأ شناخته شده متولد گردد، باید بر آن بود که نطفهٔ طفل از آن نزدیکی منعقد نشده، بلکه نزدیکی دیگری میباشد که بعداً واقع شده است. قول مزبور از شیخ در مبسوط نقل گردیده و قول دیگر نه ماه اکثر مدت حمل است که دعوی اجماع بر آن شده است.

بنابر آنچه گذشت که اکثر مدت حمل ده ماه است، هرگاه پس از گذشتن ده ماه از تاریخ آخرین نزدیکی زن با شوهر، طفل متولد

گردد، نمیتوان طفل را منسوب بشوهر دانست، مثلًا هرگاه کسی زن خود را در طهران در اول فروردین ترک کند و بمسافرت آمریکا برود و پس از یازده ماه از تاریخ مسافرت شوهر، زن وضع حمل نماید طفل مزبور از آن شوهر شناخته نمیشود. با اثبات دو شرط مذکور در بالا (وجود نکاح بین زن و مرد و تولد طفل در بین شش ماه و ده ماه)، طفل از آن شوهر محسوب میشود.
امارهٔ فراش در حقیقت مبتنی بر دو امر است: یکی قاعدهٔ طبیعی که طفل متولد بین شش ماه و ده ماه از تاریخ نزدیکی از آن مردی است که نزدیکی نموده و دیگری قاعدهٔ اخلاقی که جریحه‌دار نکردن عفت خانوادگی میباشد، مگر آنکه خلاف آن مسلم گردد.

طریق اثبات نسب بپدر

اشاره

آنچه در بالا گفته شد شرح امارهٔ فراش است، و طریق استناد بآن در دادگاه برای اثبات نسب پدری و دفاع طرف، بوسیلهٔ مثالی که ذیلًا درج میشود بآسانی روشن میگردد:
مثلًا هرگاه جمشید در دادگاه اقامهٔ دعوی بطرفیت ورثهٔ محمد بنماید و مدعی گردد که فرزند قانونی محمد است و سهم الارث خود را مطالبه کند و آنها منکر باشند، چنانچه جمشید بتواند انتساب قانونی خود را مستقیماً بوسیلهٔ شناسنامه، اقرار
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۵۹
کتبی یا شفاهی، گواهی گواهان یا قرائن و اوضاع و احوال خارج (از قبیل زندگانی بعنوان فرزندی در منزل محمد و امثال آن) اثبات نماید احتیاج بکمک خواستن از امارهٔ فراش پیدا نمینماید و الا هرگاه جمشید دلیل مستقیم برای اثبات نسب خود بمحمد نداشته باشد ناچار باید از اماره فراش استعانت بجوید. بنظر میرسد که برای استفادهٔ از امارهٔ فراش کافی است مدعی دو امر ذیل را ثابت نماید:
۱- انتساب طبیعی خود بمادر، زیرا برای استناد بامارهٔ فراش لازم است ثابت گردد که مدعی از زن معینی تولد یافته است.
۲- وجود نکاح بین آن زن و محمد در تاریخی که بتوان انعقاد نطفهٔ جمشید را در مدت زوجیت آن دو دانست.
دو امر مزبور بوسیلهٔ هر یک از ادله و یا قرائن و اوضاع و احوال قابل اثبات میباشند. با اثبات دو امر بالا فرزندی جمشید از محمد مسلم میشود و امارهٔ فراش موجود میگردد، مگر اینکه ورثه ثابت نمایند که محمد با زن مزبور نزدیکی بعمل نیاورده و یا او دارای آلت رجولیت نبوده و یا مادهٔ حیاتی در منی او موجود نبوده است و یا آنکه جمشید کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه از تاریخ نزدیکی بین محمد و زن او تولد یافته است.
ظاهر عبارت (مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته است) مذکور در ماده «۱۱۵۸» ق. م اگر چه بر آنست که استناد کنندهٔ بامارهٔ فراش باید ثابت کند که از تاریخ نزدیکی کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته است، ولی با توجه بآنکه نزدیکی از اموری میباشد که دور از دیدهٔ دیگران در پنهانی انجام میگیرد و کمتر غیر از طرفین بر آن آگاه میگردند، نمیتوان از استناد کنندهٔ بامارهٔ فراش دلیل بر تحقق آن را خواست. تأیید این امر مفاد مادهٔ «۱۱۵۹» قانون مدنی است که شرح آن خواهد آمد بنابراین بنظر میرسد که امارهٔ فراش کافی است وجود نکاح را ثابت نماید.

فرع ۱- در صورتی که مرد اجنبی با زن شوهرداری بزنا نزدیکی نماید و طفلی از آن زن بوجود آید،

با جمع بودن شرایط مذکور در ماده «۱۱۵۸» ق. م طفل از آن
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶۰

شوهر شناخته میشود، اگر چه تولد طفل در مدتی باشد که احتمال داده شود از مرد اجنبی است، زیرا با مسلم نبودن انعقاد نطفهٔ طفل از مرد اجنبی نمیتوان عفت زناشوئی را متزلزل نمود و احترام نسب را جریحه‌دار ساخت. بنابراین طبق امارهٔ فراش مادام که بتوان طفل را ملحق بشوهر دانست، از آن شوهر شناخته میشود.

در صورتی که ثابت گردد که طفل از آن شوهر نیست، مانند آنکه شوهر در مدتی که بتوان طفل را ملحق باو دانست غائب و در مسافرت بوده (یعنی از تاریخ نزدیکی زن با شوهر خود تا زمان تولد کمتر از شش ماه و یا بیشتر از ده ماه گذشته است) و میتوان با احتساب مدت حمل و توجه باقل و اکثر آن طفل را منتسب بمرد اجنبی دانست از آن او خواهد بود، مگر آنکه مرد اجنبی ثابت نماید که زن در آن زمان با مرد دیگری نیز رابطهٔ نزدیکی داشته و احتمال میرود که طفل از او بوجود آمده است که در این صورت احتمال انتساب بهر یک از آن دو نفر داده میشود.

فرع ۲- در صورتی که مرد اجنبی با زن شوهرداری بشبهه نزدیکی نماید،

اشاره

انتساب طفل بهر یک از شوهر و واطی بشبهه باید مورد رسیدگی قرار گیرد، زیرا از نظر حقوقی امارهٔ فراش در نزدیکی بشبهه، مانند امارهٔ فراش در نکاح صحیح جاری میگردد. موجب اجراء امارهٔ فراش در نزدیکی بشبهه آنست که واطی بشبهه در اثر جهل بحرمت عمل خود، مرتکب عمل حرامی نشده و نسب او محترم است و انتساب طفل باو عفت خانوادگی را جریحه‌دار نمینماید. در این امر فرقی نمیکند که زن جاهل بحرمت نزدیکی با مرد باشد یا آنکه عالم بوده است. بنابراین برای رسیدگی بانتساب طفل بهر یک از شوهر و واطی بشبهه، نسب طبیعی او در نظر گرفته میشود تا معلوم گردد حقیقهٔ طفل از کدام یک بوجود آمده است (یعنی اقل و اکثر مدت حمل از تاریخ نزدیکی نسبت بهر یک از آن دو احتساب میشود) بر خلاف موردی که مرد اجنبی بزنا با زن شوهرداری نزدیکی نموده باشد که امارهٔ فراش نسبت بشوهر حکم فرما است و بچه از آن او شناخته میشود، مگر آنکه امارهٔ فراش که ملاک انتساب طفل بشوهر است جاری نشود و یا بوسیلهٔ آزمایشهای پزشکی ثابت گردد که طفل از آن

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶۱

شوهر نیست، زیرا بدستور ماده ۱۳۲۳ ق. م امارات قانونی معتبر است مگر آنکه دلیل بر خلاف موجود باشد.

در رسیدگی بفرع بالا (نزدیکی بشبهه با زن شوهردار) یکی از سه فرض زیر پیش می‌آید:

الف- هرگاه تولد طفل از تاریخ نزدیکی زن با شوهر خود کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد

و بجهتی از جهات مانند احتساب اقل و اکثر مدت حمل نتوان طفل را از مرد اجنبی دانست، طفل از آن شوهر است، زیرا امارهٔ فراش منحصراً نسبت بشوهر حکمفرما میباشد.

ب- هرگاه تولد طفل از تاریخ نزدیکی مرد اجنبی با زن کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد

و بجهتی از جهات مانند مسافرت و بیماری شدید بوسیلهٔ احتساب اقل و اکثر مدت حمل نتوان طفل را ملحق بشوهر دانست، طفل از آن مردی است که بشبهه نزدیکی نموده است، زیرا امارهٔ فراش منحصراً نسبت بواطی بشبهه جاری میباشد.

ج- هرگاه تولد طفل از تاریخ نزدیکی هر یک از شوهر و مرد اجنبی با زن طوری باشد که میتوان طفل را از هر یک از آنان

دانست،

الحاق طفل بهر یک مشکل میگردد، زیرا امارهٔ فراش نسبت بهر یک از مرد اجنبی و شوهر موجود است و اجراء آن در هر یک معارض با اجراء آن در دیگری است. فقهاء بوسیلهٔ استقراع اشکال مزبور را حل کرده‌اند و انتساب طفل بیکی از آن دو بوسیلهٔ قرعه معلوم میگردد. بنظر میرسد که مناسب آنست که در مورد بالا قانون، امارهٔ فراش را نسبت بشوهر مقدم بر آن نسبت بواطی بشبهه بداند، زیرا آرامش نظم خانوادگی و عفت زناشوئی را نمیتوان باحتمال انتساب طفل بواطی بشبهه جریحه‌دار نمود، مخصوصاً هرگاه زن عالم بنبودن رابطهٔ زناشوئی با او باشد.

دوم- تولد طفل پس از انحلال نکاح

اشاره

در صورتی که پس از انحلال نکاح (در اثر فسخ یا طلاق یا فوت شوهر) طفلی از زن متولد شود، آن زن در یکی از دو وضعیت خواهد بود:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶۲

الف- زن هنوز شوهر دوم اختیار نکرده است

بدستور ماده «۱۱۵۹» ق. م:

«هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق بشوهر است، مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد، مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد» مادهٔ بالا نحوهٔ بیان خود را تغییر داده و مبدأ احتساب ده ماه (اکثر مدت حمل) را از تاریخ انحلال نکاح قرار داده بر خلاف ماده «۱۱۵۸» ق. م که مبدأ را نزدیکی دانسته است.

بنظر میرسد که مادهٔ «۱۱۵۹» ق. م در مقام بیان آنست که وجود نکاح کاشف از نزدیکی بین زوجین میباشد، یعنی قانون فرض نموده که قبل از انحلال نکاح نزدیکی بعمل آمده است، لذا در مرحلهٔ اثبات فراش پس از انحلال نکاح کافی است مدعی انتساب، ثابت نماید که از انحلال نکاح تا تولد طفل بیش از ده ماه نگذشته است.

فرض نزدیکی در مدت زوجیت یکی از امارات قضائی است و بدستور ماده «۱۳۲۳» ق. م مادام که خلاف آن ثابت نشده معتبر است، چنانکه منکر انتساب، ثابت کند که از تاریخ نزدیکی کمتر از شش ماه گذشته است، مانند آنکه ثابت نماید که از تاریخ عقد نکاح پنج ماه و نیم میگذرد. مثلا هرگاه کسی با زنی ازدواج نماید و پس از پانزده روز او را طلاق دهد و پس از پنج ماه از تاریخ انحلال طفلی متولد گردد، قاعدهٔ فراش در این مورد جاری نمیشود. همچنین است هرگاه منکر انتساب ثابت نماید که از تاریخ نزدیکی بیش از ده ماه گذشته است، مانند آنکه اثبات نماید که شوهر از یک سال قبل از فوت در خارج از کشور بوده است، طفل از آن شوهر نخواهد بود، زیرا امارهٔ فراش جاری نمیگردد.

ب- زن شوهر دوم اختیار کرده است

اشاره

بدستور مادهٔ «۱۱۶۰» ق. م: «در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولد گردد، طفل بشوهری ملحق میشود که مطابق مواد قبل الحاق او بآن شوهر

حقوق مدنی (امامی)، ج‌۵، ص: ۱۶۳
ممکن است. در صورتی که مطابق مواد قبل، الحاق طفل بهر دو شوهر ممکن باشد، طفل ملحق بشوهر دوم است، مگر آنکه امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند».
چنانکه از مادهٔ بالا معلوم میشود،

در زنی که پس از انحلال نکاح، شوهر دوم اختیار کند و طفلی از او بدنیا آید سه فرض ممکن است پیش آید:

یک- در صورتی که دربارهٔ طفل امارهٔ فراش نسبت بشوهر اول موجود باشد و نسبت بشوهر دوم جاری نگردد،

مانند آنکه از تاریخ انحلال نکاح شوهر اول بیشتر از ده ماه نگذشته و نسبت بشوهر دوم یا نزدیکی بعمل نیامده و یا کمتر از شش ماه گذشته باشد. در فرض مزبور طفل ملحق بشوهر اول خواهد بود. مثلًا هرگاه شوهر بمیرد و زن پس از انقضاء چهار ماه و ده روز مدت عده وفات، شوهر دیگری اختیار نماید و چهار ماه از تاریخ مزبور بگذرد و طفلی از زن بدنیا آید، طفل مزبور از آن شوهر اول است.

دو- در صورتی که دربارهٔ طفل امارهٔ فراش نسبت بشوهر دوم موجود باشد، و نسبت بشوهر اول جاری نشود،

چنانکه از تاریخ نزدیکی زن با شوهر دوم کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته است و نسبت بشوهر اول بیش از ده ماه از تاریخ انحلال گذشته است، در فرض مزبور طفل ملحق بشوهر دوم خواهد بود. مانند آنکه زن از شوهر خود طلاق بگیرد و چون سه ماه مدت عده او بگذرد، شوهر دیگری اختیار نماید و پس از گذشتن هشت ماه طفلی متولد گردد، طفل مزبور از آن شوهر دوم خواهد بود.

سه- در صورتی که دربارهٔ طفل امارهٔ فراش نسبت بهر یک از شوهر اول و دوم جاری باشد،

مانند آنکه شوهری که با زن خود نزدیکی نموده است، آن زن را طلاق دهد و پس از گذشتن سه ماه مدت عده، زن شوهر دیگری کند و شوهر مزبور با او همان روز نزدیکی نماید و بعد از گذشتن شش ماه و بیست روز از تاریخ نکاح دوم زن وضع حمل نماید. در این صورت طفل پس از نه ماه و بیست روز از تاریخ انحلال نکاح اول و شش ماه و بیست روز از تاریخ نزدیکی با شوهر دوم بدنیا آمده است و امارهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج‌۵، ص: ۱۶۴
فراش نسبت بهر یک از دو شوهر موجود است و میتوان طفل را بهر یک از آنان ملحق نمود، ولی از نظر آنکه طفل پس از انحلال نکاح اول و در مدت زوجیت نکاح دوم متولد گشته است و آرامش خانوادگی و نظم اجتماعی که ناشی از اصل صحت نکاح دوم میباشد ایجاب مینماید که امارهٔ مربوط بآن بر امارهٔ نکاح اول مقدم داشته شود و طفل ملحق بشوهر دوم باشد، و یا بعبارت دیگر فراش دوم فعلًا موجود است و فراش اول زائل شده است.

فرع- ۳- در صورتی که نکاح بین شوهر و زن بسببی از اسباب منحل شده باشد و سپس مرد اجنبی با او بشبهه نزدیکی نماید و طفلی متولد گردد، یکی از سه فرض پیش می‌آید:

الف- هرگاه طفل در مدت کمتر از شش ماه از نزدیکی بشبهه و در مدت بین شش ماه و ده ماه از تاریخ انحلال نکاح متولد شده

باشد

طفـل ملحق بشوهر خواهـد بود، زیرا طفـل بطور قطع از نزدیکی بشـبهه نمیباشـد چون طفل قبل از شـش ماه از تاریـخ نزدیکی کامل نیست، پس ناچار از شوهر میباشد، برای آنکه امارهٔ فراش منحصر بآن است.

ب- هرگاه طفل در مدت بین شش ماه و ده ماه از تاریخ نزدیکی بشبهه و پس از مدت ده ماه از تاریخ انحلال نکاح متولد گردد،

طفل ملحق بمرد اجنبی خواهد بود، زیرا طفل بطور قطع از شوهر نمیباشد چون طفل بیش از ده ماه در رحم نمیماند، پس طفل ناچار از مرد اجنبی است، برای آنکه امارهٔ فراش منحصر بآن میباشد.

ج- هرگاه طفل در مدت کمتر از شش ماه از تاریخ نزدیکی بشبهه و پس از ده ماه از تاریخ طلاق متولد گردد،

طفـل ملحق به هیـچ‌یک نخواهـد بود، زیرا امـارهٔ فراش نسبت به هیـچ‌یک جـاری نمیگردد و انتساب طفل بهر یک بر خلاف اصول طبیعی میباشد.

د- هرگاه طفل پس از مدت شش ماه از تاریخ نزدیکی بشبهه و در مدت کمتر از ده ماه از تاریخ طلاق متولد شده باشد،

شیخ در مبسوط و بعضی دیگر بر آنند که

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶۵

اسـتقراع بعمل می‌آید و بهر یک قرعه اصابت نمود طفل ملحق باوست، زیرا قرعه برای هر امر مشکلی میباشد و از گفتار شیخ اجماع بر این امر فهمیـده میشود. محقق در شـرایع بر آنست که طفـل ملحق بواطی بشـبهه میباشـد. صاحب مسالک این قول را نسبت باکثر فقهای امامیه داده است و چنین اسـتدلال نموده که فراش شوهر زائل شده و فراش شـبهه باقی میباشد، و آن مقدم خواهد بود. از نظر قانون مدنی چنانکه از ماده «۱۱۵۹» ق. م اسـتنباط میشود طفل ملحق بشوهر است، زیرا امارهٔ فراش نسبت بشوهر مقدم بر امارهٔ فراش نسـبت بشبهه میباشد و انحلال نکاح موجب زوال فراش شوهر مادام که ده ماه نگذرد نمیگردد و مادهٔ موجود نیست که بتوان بوسیلهٔ استقراع نسب را تشخیص داد.

اثبات خلاف امارهٔ فراش

اشاره

بنابر صریح مادهٔ «۱۳۲۲» ق. م امارهٔ فراش مـذکور در مادهٔ «۱۱۵۸» و «۱۱۵۹» ق. م از امـارات قانونی محسوب میگردد. مادهٔ «۱۳۲۲» ق. م: «امـارات قـانونی امـاراتی است که قـانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مـذکوره در این قانون از قبیل مواد «۳۵» و «۱۰۹» و «۱۱۰۰» و «۱۱۵۸» و «۱۱۵۹» و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».

امارهٔ فراش مانند امارات قانونی دیگر، بدسـتور مادهٔ «۱۳۲۳» ق. م مادامی معتبر است که دلیل بر خلاف موجود نباشـد. ماده «۱۳۲۳» ق، م: «امـارات قـانونی در کلیه دعاوی اگر چه از دعاوی باشـد که بشـهادت شـهود قابل اثبات نیست معتبر است، مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد».

آنچه از کتب فقهاء امامیه معلوم میگردد در موردی که امارهٔ فراش جاری شود فقط بوسیلهٔ لعان میتوان نفی ولد نمود و دلیل دیگری

پـذیرفته نمیشود. اما چنانکه از اطلاق مادهٔ «۱۳۲۳» ق. م: مسـتفاد میگردد بوسـیلهٔ هر دلیلی میتوان خلاـف امارهٔ فراش را ثابت نمود، بنابراین ادله‌ای که بر خلاف امارهٔ فراش میتوان اقامه کرد از قرار زیر است:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶۶

۱- عدم تحقق نزدیکی

چنـانکه گـذشت برای اثبات نزدیکی در امارهٔ فراش کافی میباشـد زناشوئی و همزیستی زن و شوهر در یک منزل ثابت شود، زیرا از این امر استظهار نزدیکی میشود و از امارات قضائی بشمار میرود. بنابراین چنانچه طرف دیگر بوسیلهٔ گواهی پزشک و گواهان دیگر ثـابت نمایـد که شوهر خصـی میباشـد محقق میگردد در تاریخی که فرض شـده نزدیکی واقع شـده صـحیح نبوده و بین زن و شوهر نزدیکی بعمل نیامده است و نتیجهٔ اماره فراش اعتبار خود را از دست میدهد.

۲- نبودن مواد حیاتی در منی

نزدیکی باعتبـار آنکه سـبب ایجـاد طفـل میگردد از ارکـان امـارهٔ فراش شـناخته شـده است، بـدین جهت هرگاه طرف دیگر بوسـیلهٔ پزشـک فنی ثـابت نمایـد در تـاریخی که فرض نزدیکی میشود مـادهٔ حیاتی (اسپرماتوزوئیـد) در منی شوهر موجود نبوده است امارهٔ فراش اعتبار خود را از دست میدهد.

۳- آزمایشهای پزشکی

اعتبـار امـارهٔ فراش از نظر آنست که با اعمال آن کشف میشود طفل متولـد از زن، فرزنـد شوهر او میباشـد، لـذا چنانچه در اثر تطبیق خون طفل با خون کسـی که پدر شـناخته شده است، ثابت شود که خون طفل از نوع خون او نیست محرز میگردد که طفل فرزند او نمیباشـد. بنابراین چنانکه شوهر مـدعی گردد که طفل متولـد از زنش که باو نسـبت داده شـده از او نیست و زن باسـتناد امارهٔ فراش طفل را ملحق بشوهر بدانـد، شوهر میتواند از دادگاه درخواست نماید که خون او و طفل تطبیق شود تا ثابت گردد که طفل از آن او نمیباشد و همچنین است بالعکس هرگاه کسی مدعی بنوت طفل گردد و مادر منکر آن شود.

۴- لعان

اشاره

لعان یک نوع سوگندی است که پدر میتواند بوسـیلهٔ اجرای آن، طفلی که فرزند او شـناخته شده نفی بنماید. لعان از تأسیسات کاملًا مذهبی میباشد که بر ایمان راسخ استوار

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶۷

است و نمیتوان آن را از ادلهٔ مدنی بشمار آورد.

بنـابر مسـتفاد از مادهٔ «۸۸۲» و «۸۸۳» و «۱۱۵۲» ق. م بپیروی از حقوق امـامیه، لعـان طریق اثبـات نفی ولـد شـناخته شـده است و آن منحصراً بین زوجین در نکاح بعمل می‌آید:

الف- شرایط لعان

لعان بین زوجین در موردی بعمل می‌آید که شوهر فرزند را از آن خود نداند و زنش او را از شوهر بداند و هر دو آنان در قید حیات باشند.

مشهور از فقهای امامیه لعان را در نکاح منقطع جائز ندانسته‌اند. در نکاح منقطع با نفی ولد از طرف شوهر، ولد در ظاهر منتفی شناخته میشود. سید مرتضی و عده دیگری از فقهاء در متعه مانند دائم لعان را جاری دانسته و فرقی از این جهت بین آن دو نگذاشته‌اند. قانون مدنی به پیروی از نظر مزبور لعان را بطور مطلق بیان نموده است همچنانی که پس از تولد طفل بوسیلهٔ لعان میتوان نفی ولد نمود، قبل از تولد طفل در زمان حمل نیز ممکن است بوسیلهٔ لعان نفی ولد کرد.

ب- طریق لعان

زن و شوهر نزد حاکم شرعی حاضر میشوند. پس از آنکه شوهر ولد را از خود نفی نمود، حاکم بآنها پیشنهاد مینماید که لعان نمایند. در این هنگام شوهر باید بایستد و چهار مرتبه بعربی بصیغهٔ مخصوص بگوید: خداوند را گواه میگیرم که من آنچه از نفی ولد گفته‌ام از راستگویانم و یک مرتبه بعربی بصیغهٔ مخصوص بگوید لعنت خداوند بر من اگر از دروغگویان باشم. سپس به پیشنهاد حاکم زن مانند شوهر می‌ایستد و چهار مرتبه بعربی بصیغهٔ مخصوص میگوید: گواه میگیرم خداوند را که شوهرم در نفی این طفل از دروغگویان است و یک مرتبه بعربی بصیغهٔ مخصوص میگوید خشم خداوند بر من اگر شوهرم از راستگویان باشد.

ج- آثار لعان

پس از آنکه لعان برای نفی ولد بعمل آمد آثار ذیل مترتب میگردد:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶۸

۱- عقد نکاح بین زوجین منفسخ میشود. (مستنبط از ماده «۱۰۵۲» ق. م) ۲- زوجین که لعان نموده‌اند بر یکدیگر حرام ابدی خواهند بود. مادهٔ «۱۰۵۲» ق. م: «تفریقی که با لعان حاصل میشود موجب حرمت ابدی است».

۳- فرزند مورد لعان از پدر منتفی میگردد (ماده ۸۸۲ ق. م) ۴- بین زن و شوهر و همچنین بین فرزند مورد لعان و شوهر و خویشاوندان او مانند جد و جده و خواهر و برادر پدری توارث نخواهد بود. ماده «۸۸۲» ق. م:

«بعد از لعان، زن و شوهر از یکدیگر ارث نمیبرند و همچنین فرزندی که بسبب انکار او لعان واقع شده از پدر و پدر از او ارث نمیبرد، لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشاوندان مادری خود و همچنین مادر و خویشاوندان مادری از او ارث میبرند». زیرا لعان رابطهٔ خویشاوندی را فقط با پدر و خویشاوندان او منتفی میسازد و خللی برابطهٔ خویشاوندی با مادر وارد نمیآورد.

د- رجوع پدر از لعان

پس از تحقق لعان چنانچه شوهر رجوع کند یعنی طفل را فرزند خود بداند، پدر و خویشاوندان او از ولد مورد لعان ارث نمیبرند، ولی ولد مزبور از آنها ارث خواهد برد. ماده «۸۸۳» ق. م: «هرگاه پدر بعد از لعان رجوع کند پسر از او ارث میبرد. لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمیبرند». قید پسر در ماده خصوصیتی ندارد و بدین جهت حکم ماده از نظر وحدت ملاک شامل دختر نیز میگردد.

ه- نپذیرفتن دعوی نفی ولد پس از اقرار بانتساب

طبق قاعده کلی کسی که اقرار بامری نماید، سپس انکار کند، انکار او مسموع نخواهد بود، ولی میتواند بوسیلهٔ هرگونه دلیلی ثابت نماید که اقرار او فاسد یا مبتنی بر اشتباه یا غلط بوده است. ماده «۱۲۷۷» ق. م: «انکار بعد از اقرار مسموع نیست، لیکن اگر مقر ادعا کند که اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده میشود

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۶۹

و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد، مثل اینکه بگوید اقرار بگرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده، لیکن دعاوی مذکوره مادامی‌که اثبات نشده مضر باقرار نیست». یعنی اقرار دارای آثار خود میباشد. قاعدهٔ مذکور در بالا بدستور صریح مادهٔ «۱۱۶۱» ق. م در مورد اقرار شخص بابوت خود مسموع نمیباشد. ماده «۱۱۶۱» ق. م: «در مورد مواد قبل هرگاه شوهر صریحاً یا ضمناً اقرار بابوت خود نموده باشد دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود». بنابراین شوهر پس از آنکه اقرار بانتساب فرزند بخود نمود، دیگر نمیتواند بجهتی از جهات ولد مزبور را از خود نفی نماید، مانند آنکه مدعی عدم نزدیکی و یا کمی و یا زیادی مدت بین نزدیکی و تاریخ تولد او شود و بر این امر دلیل اقامه نماید و یا آنکه برای اثبات عدم قرابت با طفل درخواست آزمایش پزشکی کند. فلسفهٔ این استثناء حفظ آرامش زندگانی خانوادگی و عفت زناشوئی است. قول بالا مورد اجماع فقهای امامیه قرار گرفته است.

قول مشهور بر آنست که هرگاه پدر در حین ولادت طفل حاضر بوده و نفی ولد نکرده است، دیگر نمیتواند ولد مزبور را از خود نفی نماید. آنچه گفته شد که پدر هرگاه اقرار بابوت خود کند و یا در زمان حمل طفل سکوت اختیار نماید و نفی ولد نکند، دیگر دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود، در صورتیست که مورد اکراه بر اقرار یا بر سکوت قرار نگرفته باشد و الا پس از رفع اکراه میتواند نفی ولد از خود بنماید، زیرا اقراری که در اثر اکراه واقع شود نمیتواند اثر قانونی داشته باشد. از نظر حقوق مدنی سکوت شوهر در موقع تولد طفل، اقرار ضمنی بابوت خود نمیباشد، بنابراین میتواند سپس دعوی نفی ولد از خود بنماید. بنظر میرسد که ماده «۱۱۶۱» ق. م منحصراً در مورد شوهر است و غیر از او هر ذی‌نفع دیگر بتواند اقامهٔ دعوی نموده و اثبات نماید که اقرار او بر بنوت طفل از فلان شخص مبتنی بر اشتباه و یا غلط بوده و بمنظور خاصی اقرار نموده است، مانند آنکه در مقابل دعوی قیم طفل بر برادران متوفی در مطالبهٔ ارث پدر او، برادران متوفی که اقرار به بنوت طفل نسبت بمتوفی نموده‌اند، ثابت نمایند

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۰

که طفل در مدت معینه (بیشتر از شش ماه و کمتر از ده ماه از تاریخ نزدیکی) متولد نشده است، همچنانی که آنها میتوانند مدعی شوند که اقرار متوفی به بنوت طفل در اثر عشق و علاقهٔ مفرطی بوده که متوفی بمادر او داشته است، و الا متوفی بجهتی از جهات نمیتوانسته دارای فرزندی باشد، زیرا مادهٔ بالا شامل مورد مزبور نمیگردد.

چنانچه زن اقرار بمادری خود نسبت بطفلی نموده باشد و سپس مدعی گردد که اقرار او فاسد یا مبتنی بر اشتباه و یا غلط بوده، میتواند با ابراز دلیل بر این امر، نفی ولد از خود کند.

مانند آنکه بوسیلهٔ آزمایش پزشکی ثابت کند که طفل مزبور از او متولد نشده است و چون طفل او مرده بوده است طفلی را از شیرخوارگاه بجای طفل او گذارده‌اند.

و- مرور زمان دعوی نفی ولد

آرامش زندگانی خانوادگی و احترام بعفت زناشوئی ایجاب مینماید که دعوی نفی ولد (در مواردی که مسموع است) فقط در مدت کوتاهی قابل رسیدگی باشد. مادهٔ «۱۱۶۲» ق. م میگوید: «در مورد مواد قبل دعوی نفی ولد باید در مدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامهٔ دعوی کافی میباشد اقامه گردد.

و در هر حال دعوی مزبور پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود». از ظاهر عبارت مادهٔ بالاـ (در هر حال دعوی مزبور پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود) که متفرع بر قسمت اول ماده میگردد، استنباط میشود که پس از دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر بر تولد طفل، او نمیتواند دعوی نفی ولد کند و هیچ‌گونه عذری در تأخیر اقامهٔ دعوی پذیرفته نمیشود. بنابراین چنانچه شوهر در محلی باشد که نمیتوانسته حتی وکیل اختیار نماید و بوسیلهٔ او اقامهٔ دعوی نفی ولد بنماید، پس از گذشتن دو ماه از تاریخ تولد طفل نمیتواند اقامهٔ دعوی کند و دعوی او رد میشود. ولی بنظر میرسد که با رعایت انصاف و عدالت قضائی میتوان بتفسیر وسیعتری دست زد و ماده را ناظر بموردی دانست که

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۱

شوهر در اقامهٔ دعوی اهمال نموده و در اثر تقصیر بتاخیر انداخته باشد. بنابراین هرگاه شوهر دلیل برداشتن عذر موجه در تأخیر اقامهٔ دعوی ابراز دارد دعوی او پذیرفته میشود مخصوصاً با توجه بملاک مادهٔ «۱۱۶۳» ق. م.

مادهٔ «۱۱۶۳» ق. م: «در موردی که شوهر مطلع از تاریخ حقیقی تولد طفل نبوده و تاریخ تولد را بر او مشتبه نموده باشند، بنوعی که موجب الحاق طفل باو باشد و بعدها شوهر از تاریخ حقیقی تولد مطلع شود، مدت مرور زمان دعوی نفی دو ماه از تاریخ کشف خدعه خواهد بود».

مادهٔ بالا فقط عدم اطلاع شوهر را بر تاریخ حقیقی تولد طفل، عذر موجه در تأخیر اقامهٔ دعوی دانسته است و ظاهر این امر بر عکس نظریهٔ اخیر (بآنکه عذر مطلقاً پذیرفته است) مؤید آنست که امور دیگر نمیتوانند عذر در تأخیر اقامهٔ دعوی قرار گیرند، زیرا اختصاص اقامهٔ دعوی در مورد مزبور، با بودن قانون در مقام بیان، انحصار مورد را میرساند. باری طبق مادهٔ بالا هرگاه طفلی پس از پنج ماه از تاریخ انعقاد نکاح متولد گردد و شوهر که در مسافرت بوده از این امر اطلاع پیدا ننموده باشد و پس از سه ماه از تاریخ ولادت طفل، بشوهر خبر داده‌اند که خداوند طفلی جدیداً باو عطا فرموده است و تاریخ حقیقی ولادت را پنهان دارند، در این صورت هر زمان که شوهر آگهی از تاریخ تولد طفل یافت و یا دانست که تاریخ تولد را بر او پنهان داشته بوده‌اند، میتواند تا دو ماه از تاریخ اطلاع، اقامهٔ دعوی نفی ولد بنماید.

ظاهر ماده «۱۱۶۲» ق. م اگر چه بر آنست که دعوی نفی ولد پس از دو ماه بخودی خود قابل استماع نیست و دادگاه باید رسیدگی ننماید ولی با توجه باصول حقوق مدنی و توجه بمفاد مادهٔ «۱۱۶۳» که مدت دو ماه را مرور زمان نامیده است عدم استماع دعوی در صورت ایراد طرف بمرور زمان میباشد.

مادهٔ بالاـ در مورد انتساب پدری است و در مورد انتساب مادری دعوی نفی ولد مشمول مدت مرور زمان مزبور نمیشود. بنابراین هرگاه زنی در زایشگاه وضع حمل نماید و بچه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۲

پس از یک روز بمیرد، پرستار بچه دیگری را بجای بچه او بدهد و طبق معمول شناسنامه برای طفل صادر گردد و در آن نام زن مزبور بسمت مادر طفل ثبت گردد، هر زمان که زن اطلاع بر این امر پیدا نماید میتواند از خود نفی ولد کند.

دو- بوسیلهٔ ادلهٔ دیگر

امارهٔ فراش دلیل منحصر اثبات نسب قانونی نمیباشد، بلکه میتوان از ادلهٔ دیگر نیز کمک خواست و بوسیلهٔ آن و یا آزمایش پزشکی و همچنین قرائن و امارات قضائی انتساب پدری را اثبات نمود. مثلًا هرگاه کودکی کامل (رسیده) بر خلاف معمول کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه از تاریخ نزدیکی زوجین با یکدیگر متولد گردد و یا آنکه تاریخ نزدیکی و یا تولد معلوم نباشد، ذی‌نفع میتواند بوسیلهٔ اقرار شوهر و یا آزمایش پزشکی انتساب طفل را بشوهر اثبات نماید، زیرا هیچیک از امارات دلیل منحصر شناخته

نمیشود مگر آنکه قانون تصریح بآن نماید و ادلهٔ و قرائن دیگر را مثبت نداند.

مبحث دوم آثار نسب قانونی

آثار نسب قانونی عبارت است از:

۱- حرمت نکاح با اقربای نسبی، سببی و رضاعی چنانکه شرح آن گذشت.

۲- نگاهداری و تربیت اطفال (ماده ۱۱۶۸ ق. م ببعد) ۳- ولایت قهری پدر و جد پدری. (ماده ۱۱۸۰ ق. م ببعد) ۴- الزام بانفاق باعتبار قرابت. (ماده ۱۱۹۵ ق. م ببعد) ۵- توارث بین طفل و پدر و مادر و خویشاوندان آنها.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۳

فصل دوم نسب ناشی از شبهه

مبحث اول – کلیات

اشاره

شبهه عبارت از تصور بر خلاف حقیقت است. نزدیکی بشبهه عبارت است از آنکه مردی با زنی باعتقاد وجود رابطهٔ زوجیت نزدیکی کند و حال آنکه در حقیقت رابطهٔ مزبور موجود نباشد. نسب بشبهه در موردی حاصل میگردد که در اثر نزدیکی بشبهه بین زن و مرد طفلی از آنها متولد شود. شبهه یا تصور خلاف حقیقت بیکی از دو طریق حاصل میشود:

الف– شبهه حکمیه

و آن در موردی است که تصور بر خلاف حقیقت در اثر جهل بقانون باشد، مانند آنکه مردی بتصور آنکه رضایت زن کافی برای ایجاد نکاح است و احتیاج بچیزی که دلالت بر آن کند ندارد با او ازدواج بنماید و یا آنکه کسی با زنی که شوهرش مفقود الاثر است پس از چهار سال ازدواج کند و جاهل باشد که زن باید بدادگاه مراجعه و پس از انتشار آگهی طبق مادهٔ «۱۰۲۹» ق. م دادگاه او را طلاق دهد و عدهٔ وفات نگهدارد.

ب– شبهه موضوعیه

اشاره

و آن در موردی است که تصور بر خلاف حقیقت در اثر جهل بمصداق موضوع حکم باشد، مانند آنکه کسی با زنی که در عده است بتصور آنکه عده‌اش منقضی شده است ازدواج نماید. در فرض مزبور مرد با آنکه میداند نکاح با زنی که در عده میباشد باطل است در وضعیت این زن اشتباه نموده و نمیداند که او در عده میباشد و او را بلامانع تصور کرده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۴

در هر یک از دو مورد (شبهٔ حکمیه و شبههٔ موضوعیه، مذکور در بالا، هرگاه زن و مرد با یکدیگر نزدیکی کنند و طفلی بوجود آید، طفل مزبور ولد شبهه و منتسب بکسی است که در شبهه بوده است. بنابراین در صورتی که هر یک از زن و مرد بشبهه نزدیکی نمایند (یعنی جاهل باشند بآنکه رابطهٔ زوجیت بین آنان موجود نیست) و از آنان طفلی بوجود آید، آن طفل نسبت بپدر و مادر

شبهه است. و هرگاه یکی از زن و مرد بشبهه نزدیکی کرده و دیگری عالم بوده که رابطهٔ زوجیت موجود نیست، طفل متولد از آنان، نسبت بکسی که جاهل بوده شبهه و نسبت بدیگری زنا خواهد بود. مادهٔ «۱۱۶۵» ق. م میگوید: «طفل متولد از نزدیکی بشبهه فقط ملحق بطرفی میشود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند ملحق بهر دو خواهد بود».

یکی از مواردی که نسب بشبهه ایجاد میگردد، در صورت بطلان نکاح است خواه شبهه موضوعی باشد یا حکمی. مادهٔ «۱۱۶۶» ق. م: «هرگاه بواسطهٔ وجود مانعی نکاح بین ابوین طفل باطل باشد، نسبت طفل بهر یک از ابوین که جاهل بر وجود مانع بوده مشروع و نسبت بدیگری نامشروع خواهد بود. در صورت جهل هر دو، نسب طفل نسبت بهر دو مشروع است».

نزدیکی در خواب و بیهوشی و مستی (در صورتی که عمداً مست نشده باشد) و همچنین نزدیکی در حال جنون در حکم نزدیکی بشبهه است، زیرا اینان نیز مانند کسی که در اشتباه میباشد توجه بحرمت نزدیکی ندارند.

در الحاق طفل متولد از شبهه بکسی که در اشتباه بوده، فرق نمینماید که شخص مزبور مجرد بوده یا در قید زوجیت. بنابراین همچنانی که طفل متولد بشبهه از زن شوهردار ملحق باو میباشد، هرگاه مرد اجنبی در شبهه باشد طفل ملحق باو نیز میگردد، اگر چه متأهل باشد. هدف قانون در الحاق ولد بشبهه بکسی که در عمل نزدیکی در شبهه بوده است، جلوگیری از جریحه‌دار کردن عفت عمومی و پیدایش اولادهای غیر قانونی است که جامعه بنظر پستی بآنها مینگرد و آنها هم در خود حس حقارت مینمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۵

۱- اجراء امارهٔ فراش در شبهه

اشاره

بدستور مادهٔ «۱۱۶۴» ق. م، مواد «۱۱۵۸» «۱۱۶۴» ق. م در مورد ولد ناشی از شبهه جاری میگردد. ماده «۱۱۶۴» ق. م: «احکام مواد قبل در مورد طفل متولد از نزدیکی بشبهه نیز جاری است، اگر چه مادر طفل مشتبه نباشد». بنابراین:

در صورتی که انتساب طفل بواطی بشبهه مورد انکار قرار گیرد، ذی‌نفع میتواند بوسیلهٔ هر دلیلی آن را در دادگاه اثبات نماید و از آن قبیل است امارهٔ فراش مذکور در مادهٔ «۱۱۵۸» ق. م. بنابراین هرگاه کسی با زنی که شوهر ندارد بشبهه نزدیکی نماید، طبق مادهٔ «۱۱۵۸» ق. م چنانچه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد، طفل ملحق بمرد مزبور خواهد بود. در صورتی که خواهان نتواند از امارهٔ فراش استفاده کند (یعنی نتواند ثابت نماید که از تاریخ نزدیکی مادر طفل با مردی که دعوی ابوت او میشود، بیشتر از شش ماه و کمتر از ده ماه نگذشته است) میتواند انتساب طفل را بواطی بشبهه بوسیلهٔ آزمایشهای پزشکی اثبات کند، زیرا امارهٔ فراش را قانون دلیل منحصر قرار نداده و ادلهٔ دیگر را هم در مورد مزبور بلااثر ندانسته است.

اما در صورتی که کسی با زن شوهردار نزدیکی بشبهه کند و طفلی بدنیا آید، چنانکه بتوان بوسیلهٔ امارهٔ فراش آن را بیکی از شوهر و یا واطی بشبهه ملحق نمود، طفل منسوب باو خواهد بود. و هرگاه امارهٔ فراش نسبت بهر دو جاری گردد، بنظر میرسد که طفل را باید ناشی از شوهر دانست، زیرا امارهٔ فراش نسبت بشوهر اقوی میباشد. در این امر فرقی نمینماید که تولد طفل در زمان زوجیت باشد یا پس از انحلال آن، همچنانی که فرق نمیکند که نزدیکی بشبهه در زمان زوجیت واقع شده باشد یا پس از آن.

فرع ۱- هرگاه چند مرد با زنی یکی پس از دیگری نزدیکی بشبهه نموده باشند و طفلی از آن زن متولد شود

که قاعدهٔ فراش نسبت بهر یک از آنان جاری میگردد، در این صورت اجراء قاعدهٔ فراش در هر یک معارض با اجرای آن در دیگری

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۶

است و نمیتوان در اثر این امر از تمامی آنها صرفنظر نمود، زیرا طفل از نزدیکی بشبهه متولد شده است و ملحق بیکی از آنان میباشد. فقهاء بر آنند که بوسیلهٔ قرعه انتساب او معلوم میگردد. از نظر قضائی تصور میرود که با نبودن دلیلی بر استقراع، میتوان انتساب طفل را بوسیله ادلهٔ دیگر و یا آزمایش پزشکی اثبات نمود و هرگاه دلیلی موجود نباشد و آزمایش پزشکی هم بجهتی از جهات ممکن نشود مانند فوت طفل و یا فوت کسانی که با شبهه نزدیکی نموده‌اند نسب اثبات نمیشود.

فرع ۲- هرگاه با زنی که وطی بشبهه شده است واطی مزبور یا شخص دیگری نیز زنا کرده باشد

و بتوان با احتساب مدت حمل، طفل متولد از زن مزبور را ناشی از هر یک از دو عمل زنا و شبهه دانست، بدستور قاعدهٔ فراش مذکور در مادهٔ «۱۱۵۸» ق. م طفل متولد از شبهه محسوب میگردد، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود، زیرا بصرف احتمال تولد طفل از زنا نمیتوان از جریان امارهٔ فراش جلوگیری نمود، همچنانی که احتمال مزبور مانع از جریان امارهٔ فراش در طفل متولد از نکاح صحیح نمیگردد.

تبصره- آنچه گفته شد که ولد شبهه در حکم ولد قانونی است و آثار و احکام آنان همانند میباشد، در صورتی است که حرمت نزدیکی عرضی، یعنی در اثر نبودن رابطهٔ زوجیت بین زن و مرد باشد، مانند نزدیکی بین زن و مرد اجنبی اگر چه زن، شوهر داشته باشد و الا چنانچه بین زن و مرد یکی از موانع ذاتی نکاح مانند قرابت نسبی، سببی و رضاعی موجود باشد، طفلی که از آنان متولد میگردد در حکم ولد قانونی نمیتوان محسوب نمود و ملحق بکسی که در شبهه بوده نمیگردد، زیرا این امر بر خلاف اخلاق حسنه بشمار میرود و تصور خلاف حقیقت و جهل زن یا مرد بعدم رابطهٔ زوجیت، نمیتواند نقص ذاتی رابطه را جبران نماید، اگر چه مواد «۱۱۶۴» و «۱۱۶۵» ق. م مطلق است و شامل طفل متولد از شبهه با یکی از محرمات نیز میشود.

۲- پذیرفتن دعوی نفی ولد

چنانکه در فصل نسب قانونی گذشت، در موردی که بوسیلهٔ امارهٔ فراش طفل ملحق بواطی بشبهه میگردد، واطی بشبهه میتواند

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۷

انتساب طفل را بخود نفی کند و آن بوسیلهٔ هر دلیلی ممکن خواهد بود، زیرا امارهٔ فراش مذکور در مادهٔ «۱۱۵۸» ق. م یکی از امارات قانونی میباشد و بدستور مادهٔ «۱۳۲۳» ق. م امارات قانونی مادامی معتبر است که دلیل بر خلاف آن موجود نباشد.

لعان چون برای نفی ولد در نکاح تأسیس شده است، در مورد نفی ولد بشبهه نمیتوان آن را اجراء نمود.

۳- عدم قبول دعوی نفی ولد پس از اقرار

بدستور ماده «۱۱۶۴» ق. م که احکام مواد قبل را در مورد طفل متولد از نزدیکی بشبهه نیز جاری مینماید، اگر چه مادر طفل مشتبه نباشد، طبق مادهٔ «۱۱۶۱» ق. م هرگاه واطی بشبهه صریحاً یا ضمناً اقرار بابوت خود نسبت بطفلی که منتسب باو است بنماید دعوی نفی ولد از او پذیرفته نمیشود.

۴- مرور زمان دعوی نفی ولد

بدستور مادهٔ «۱۱۶۴» ق. م که احکام مواد قبل در مورد طفل متولد از شبهه جاری است، طبق مادهٔ «۱۱۶۲» ق. م در موردی که قاعدهٔ فراش نسبت بطفل متولد از نزدیکی بشبهه جاری باشد، یعنی طفل بیشتر از شش ماه و کمتر از ده ماه از زمان نزدیکی تولد یافته باشد، فقط در ظرف دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن بر تولد طفل، واطی بشبهه میتواند اقامهٔ دعوی بر نفی ولد نماید و آن را اثبات

کنـد. پس از گذشـتن مـدت مزبور چنانچه واطی بشـبهه اقامـهٔ دعوی نفی ولد کند، طرف میتواند باسـتناد مادهٔ بالا ایراد بمرور زمان نماید، در این صورت دادگاه قرار قبول مرور زمان صادر خواهد نمود.

بدستور مادهٔ «۱۱۶۴» ق. م طبق ماده «۱۱۶۳» ق. م در صورتی که واطی بشبهه از تاریخ حقیقی تولد طفل مطلع نبوده و تاریخ تولد را بر او مشتبه نموده باشند بنوعی که موجب الحاق طفل باو باشد و بعدها او از تاریخ حقیقی تولد مطلع شود، مدت مرور زمان دعوی نفی ولد، دو ماه از تاریخ کشف خدعه خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۸

مبحث دوم آثار نسب ناشی از شبهه

بنابر مستفاد از مواد «۱۱۶۵» و «۱۱۶۶» ق. م که طفل متولـد از شـبهه را ملحق بکسـی میداند که در اشـتباه بوده است، تمامی آثار و احکام طفل قانونی در طفل متولد از شبهه جاری میباشد.

آثار و احکام ولد شبهه عبارت است از:

۱- حرمت نکاح- حرمت نکاح با اقربای نسبی، سببی و رضاعی- مادهٔ «۱۰۴۵» ق. م: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد ...»

۲- حضانت- برای هر یک از پدر و مادری که در شبهه بوده حق حضانت ثابت میباشد و چنانچه پدر و مادر هر دو در شبهه بوده‌اند طفل مانند طفل قانونی است و حق حضانت آنها طبق مادهٔ «۱۱۶۹» ق. م خواهد بود.

۳- ولایت- در صورتی که شـبهه از طرف پدر باشد ولایت او و جد پدری نسبت بطفل موجود است و هرگاه پدر عالم بحقیقت امر بوده و مادر جاهل باشـد طفل ملحق بمادر است و مانند طفلی است که ولی خاص ندارد و برای طفل طبق مقررات مربوطه قیم معین میگردد.

۴- انفاق- حق انفاق بین ولد شبهه و کسی که نزدیکی از طرف او بشبهه بوده است. طبق ماده «۱۱۹۶» ق. م و ببعد موجود میباشد.

۵- توارث- توارث بین ولد شـبهه و کسـی که طفل بشبهه از او تولد یافته است. موجود میباشد ماده «۸۸۴» ق. م: «ولد الزنا از پدر و مـادر و اقوام آنـان ارث نمیبرد، لیکن اگر حرمت رابطه که طفـل ثمره آنست نسـبت بیکی از ابوین ثابت و نسـبت بـدیگری بواسـطه اکراه یا شبههٔ زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث میبرد و بالعکس».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۷۹

فصل سوم نسب ناشی از زنا

مبحث اول – کلیات

زنا عبارت از نزدیکی زن و مردی است که میداننـد بین آنان رابطـهٔ زوجیت موجود نیست. طفلی که از نزدیکی بزنا متولد میشود، با آنکه نسب طبیعی و خونی بـا پـدر و مـادر خود دارد، قـانون از نظر حفـظ نظم عمومی نسب او را نشـناخته است. این است که مـاده «۱۱۶۷» ق. م میگوید: «طفل متولد از زنا ملحق بزانی نمیشود». در صورتی که یکی از آن زن و مرد نمیدانسـته که رابطه زوجیت بین آنان موجود نیست و دیگری عالم بوده، طفل نسبت بکسی که نمیدانسته ولد الزنا و نسبت بدیگری شبهه است.

در اصطلاح میتوان طفل متولد از زنا را طفل طبیعی نامید.

در صورتی که در اثر تفخیـذ بین زن و مردی که میداننـد بین آنـان رابطـهٔ زوجیت موجود نیست طفلی متولـد شود، بنظر میرسـد که

طفل مزبور در حکم ولـد الزنا محسوب میگردد و از حقوقی که از نسب قانونی حاصل میشود محروم میباشـد اگر چه احتمال میرود که ولد مزبور در حکم ولد قانونی بشـمار آید، زیرا طبق مقررات مواد راجعه بارث، اقربای مذکور در ماده «۸۶۲» ق. م ارث میبرند، مگر ولد زنا و عرفاً او ولد زنا شناخته نمیباشد.

تـذکر- طفلی کـه در اثر نزدیکی بـاکراه متولـد میگردد در حکم ولـد قـانونی است بـا آنکه کسـی که مکره است میدانـد که رابطهٔ زوجیت موجود نیست، زیرا در اثر اکراه حکم تکلیفی از او مرتفع شده است، مثلًا هرگاه مردی بعنف با زنی نزدیکی

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸۰

نمایـد و طفلی از آنـان متولـد شود، آن طفل نسبت بآن مرد ولـد الزنا محسوب و نسبت بآن زن در حکم ولـد قانونی میباشـد. ماده «۸۸۴» ق. م میگویـد: «ولـد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمیبرد، لیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمره آنست نسبت بیکی از ابوین ثابت و نسبت بدیگری بواسطهٔ اکراه یا شبهه زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث میبرد و بالعکس.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸۱

مبحث دوم آثار نسب ناشی از زنا

اشاره

طفلی که در اثر نزدیکی بزنـا بین مرد و زنی متولـد میگردد، ایجـاد نسب طبیعی و خونی بین آنهـا مینمایـد، بنـابراین احکامی که در خویشاونـدی قانونی، مبتنی برابطهٔ خونی و طبیعی میباشـد در نسب ناشـی از زنا موجود خواهد بود، و اما احکامی که مبتنی بر رابطهٔ قانونی است در نسب ناشی از زنا پیدا نمیشود.

بنابراین آثار نسب ناشی از زنا عبارتند از:

۱- حرمت نکاح

طفـل متولـد از زنا دارای نسب خونی و طبیعی با پـدر و مادر خود میباشـد و حرمت نکاح با اقارب چنانکه شـرح آن در موانع نکاح گـذشت باعتبار رابطهٔ طبیعی و خونی است، بدین جهت قانون از حیث حرمت نکاح با اقارب نسبی فرقی بین قرابت حاصل از نکاح، شبهه و زنا نگذاشـته است. اینست که ماده «۱۰۴۵» ق. م میگویـد: «نکـاح بـا اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد ...»

با آنکه بدستور مادهٔ «۱۱۶۷» ق. م: «طفل متولـد از زنا ملحق بزانی نمیشود» ولی چون نسب طبیعی موجب حرمت نکاح میگردد، لذا ممکن است انتساب طبیعی کسـی بدیگری مورد اختلاف قرار گیرد، چنانکه شوهر بمیرد و زن از دادگاه مطالبهٔ سـهم الارث خود را از ورثهٔ متوفی بنماید و آنها مدعی گردند که نکاح بین متوفی و خواهان باطل است، زیرا او دختر برادر متوفی است که ناشـی از زنا میباشد و بر این امر ادله ابراز دارند.

بنظر میرسد که نسب بزنا را مانند نسب قانونی و شـبهه، میتوان بهر یک از ادله یا قرائن اثبات نمود، از آن قبیل است تولد طفل بیشتر از شش ماه و کمتر از ده

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸۲

ماه از تاریخ نزدیکی بزنا. تصور نرود که احتساب مـدت حمل اجراء امارهٔ فراش میباشـد و منحصـراً در مورد طفل متولـد از نکاح و شبهه جاری است، زیرا احتساب اقل و اکثر مـدت حمل از زمان نزدیکی برای اثبات نسب قاعـدهٔ طبیعی میباشـد، بـدین جهت در هر یـک از موارد نکـاح و شـبهه و زنـا میتوان از قاعـدهٔ طبیعی مزبور برای اثبـات نسب کمک خواست، با این فرق که در مورد نکاح و

شبهه هرگاه بتوان انتساب طفل را بشوهر و واطی بشبهه داد، احتمال انتساب طفل مزبور بزنا (در صورتی که مرد اجنبی با زن مزبور زنا نموده باشد) مورد توجه قرار نمیگیرد و نمیتواند با امارهٔ مزبور تعارض نماید، بر خلاف مورد زنا که هرگاه بتوان طفل را با احتساب مدت حمل بزانی نسبت داد مانند آنکه مردی با زنی بعنف نزدیکی نماید و پس از هشت ماه طفلی متولد شود طفل از آن مرد است. اما در صورتی که مادر طفل با مردان اجنبی رابطهٔ نامشروع داشته است که بتوان طفل مزبور را منتسب بهر یک از آنان دانست، انتساب به هیچ‌یک برتری بر دیگری ندارد، و انتساب طفل بهر یک محتمل میباشد.
بنابراین اهمیت نکاح و شبهه در آنست که مادام بتوان با احتساب مدت حمل طفل را ملحق بشوهر یا واطی بشبهه دانست طفل از آن شوهر و یا واطی بشبهه شناخته میشود، اگر چه مادر طفل رابطهٔ نامشروع با دیگران داشته و احتمال رود که طفل از رابطهٔ مزبور ایجاد شده است، بر خلاف آنچه در مورد زنا میباشد.

۲- حق ولایت و حضانت

حق ولایت پدر و جد پدری و همچنین حق حضانت مادر و پدر چنانکه از مواد مربوطه استنباط میشود از آثار نسب قانونی است و بین پدر و مادر طبیعی و طفل متولد از آنان رابطهٔ قانونی موجود نیست و طفل متولد از زنا ملحق بزانی نمیشود. بنابراین پدر و مادر طبیعی حق ولایت و حضانت بر طفل طبیعی خود ندارند، ولی چون طفل احتیاج به نگاهداری دارد و این امر از واجبات کفائی میباشد و پدر و مادر که موجب ایجاد طفل مزبور شده‌اند در نگاهداری او اولی از دیگران میباشند، بنظر میرسد که از نظر نصفت و عدالت اجتماعی بتوان حضانت را چنانکه در نسب قانونی گذشت، در نسب ناشی از زنا شناخت و منحصراً تکلیف پدر و
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸۳
مادر دانست.

۳- نفقه

اشاره

طفل متولد از زنا حق نفقه بر اقارب خود ندارد و همچنین اقارب نسبت باو از این حق محرومند، زیرا حق انفاق چنانکه از مواد مربوطه استنباط میشود از آثار نسب قانونی میباشد و طبق مادهٔ «۱۱۶۷» ق. م: «طفل متولد از زنا ملحق بزانی نمیشود».

فرع ۱- در صورتی که طفل نسبت بیکی از پدر و یا مادر شبهه و نسبت بدیگری زنا باشد،

نفقهٔ او از باب نفقهٔ اقارب بعهدهٔ کسی است که در شبهه بوده است، زیرا طبق ماده «۱۱۶۵» ق. م: «طفل متولد از نزدیکی بشبهه فقط ملحق بطرفی میشود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند ملحق بهر دو خواهد بود».
بنظر میرسد در صورتی که طفل از طرف پدر متولد از زنا و از طرف مادر متولد از شبهه باشد، پدر از باب تسبیب ملزم بپرداخت هزینه وضع حمل و ایام نقاهت زن در اثر آن، و همچنین نفقهٔ طفل خواهد بود. مثلًا هرگاه مردی از زنی که شوهرش مرده خواستگاری بنماید و زن اظهار دارد که در عده است، مرد که از حکم عده آگاه بوده میگوید، عده قانونی سه ماه است و تمام شده و از عده خارج شده‌ای، زن بگفتهٔ او اعتماد میکند و با او ازدواج کرده نزدیکی مینماید و فرزندی از آنها متولد میشود هزینهٔ وضع حمل و همچنین نفقهٔ طفل بعهدهٔ پدر است.

فرع ۲- چنانکه گذشت طفل متولد از زنا حق مطالبهٔ نفقه بعنوان نفقهٔ اقارب نسبت بپدر و مادر طبیعی خود ندارد،

ولی میتوان بر آن بود که انفاق بکسی که محتاج میباشد از واجبات کفائی است و عقل و وجدان اجتماعی بر متمکنین لازم میداند که از او نگاهداری و باو انفاق کنند و پدر و مادر طبیعی که سبب ایجاد طفل بوده‌اند از دیگران نسبت بآن طفل اولی میباشند. بنابراین بنظر میرسد که بی‌مناسبت نیست پدر و مادر را از باب تسبیب ملزم بانفاق بطفل دانست. همچنین است هزینهٔ وضع حمل و ایام نقاهت زن در اثر آن.

۴- توارث

توارث از آثار نسب قانونی است و بین ولد الزنا از پدر و مادر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸۴

طبیعی موجود نیست و هرگاه از یک طرف زنا باشد و از طرف دیگر شبهه، فقط بین طفل و کسی که نسبت شبهه با او دارد توارث موجود است. ماده «۸۸۴» قانون مدنی میگوید: «ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمیبرد، لیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمرهٔ آنست نسبت بیکی از ابوین ثابت و نسبت بدیگری بواسطهٔ اکراه یا شبهه زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث میبرد و بالعکس».

خاتمه- نسب ناشی از لقاح مصنوعی

اشاره

لقاح مصنوعی عبارت از داخل کردن منی مرد بوسیلهٔ آلات پزشکی در رحم زن است. طفلی که از عمل مزبور بوجود می‌آید طفل متولد از لقاح مصنوعی گویند.

چندی است که عالم پزشکی توانسته بوسیلهٔ لقاح مصنوعی در تولید طفل بطبیعت کمک نماید و نقصی که در اثر بیماری و یا ضعف اعصاب شوهران، مانع از تولید نسل شده برطرف سازد. این امر در اجتماع کنونی بتدریج رو بفزونی نهاده بطوری که توجه علمای ادیان و حقوقدانان را بخود جلب کرده و مورد گفتگو قرار گرفته است.

لقاح مصنوعی از دو نظر مورد توجه قرار میگیرد. یکی از نظر حکم تکلیفی است و آن جواز یا عدم جواز و ممنوعیت لقاح است و دیگر از نظر حکم وضعی نسبت بطفلی که از آن بوجود می‌آید که طفل ملحق بپدر و مادر طبیعی خود است یا آنکه ملحق به هیچ‌یک نمیشود و از آنان نمیباشد.

لقاح مصنوعی در حقوق مدنی فقط از نظر حکم وضعی مورد مطالعه قرار میگیرد.

طفل متولد از لقاح مصنوعی ممکن است بیکی از سه طریق زیر باشد:

۱- طفل متولد از لقاح مصنوعی منی شوهر

در صورتی که زن بوسیلهٔ لقاح مصنوعی از منی شوهر حامله گردد، طفل متولد از آن، طفل قانونی میباشد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸۵

زیرا تمامی شرایط لازم برای نسب قانونی را واجد است. فرقی که مورد لقاح مصنوعی با موارد عادی دارد آنست که در لقاح

مصنوعی طفل بوسیلهٔ طبیعی، یعنی نزدیکی بین زن و شوهر وجود نیامده است و این امر تأثیری در نسب قانونی ندارد، زیرا قانون، عمل نزدیکی را شرط نسب قانونی قرار نداده است و بهمین جهت است که طفل متولد از تفخیذ زن و شوهر منتسب بپدر میباشد.

۲- طفل متولد از لقاح مصنوعی منی مرد اجنبی

اشاره

در صورتی که بوسیلهٔ لقاح مصنوعی از منی مرد اجنبی زنی حامله شود، خواه زن مزبور شوهردار باشد، یا آنکه شوهر نداشته باشد، طفلی که از آن متولد گردد، در یکی از دو صورت زیر خواهد بود.

اول- در صورت جهل زن و مرد بعمل لقاح

در صورتی که مرد و زنی که لقاح مصنوعی بین آنان بعمل آمده جاهل بحقیقت امر بوده‌اند، مانند آنکه زن شوهرداری به پزشک بیماریهای زنان مراجعه کند و از حامله نشدن خود شکایت نماید و درخواست مداوای خود را بنماید، پزشک بعنوان مداوا و لزوم شستشوی رحم، منی مردی را که برای تجزیه مادهٔ حیاتی در لابراتوار خود داشته در رحم زن بگذارد و زن حامله گردد، در این صورت طفل ملحق بپدر و مادر طبیعی خود میباشد، زیرا طفل مزبور در ردیف ولد شبهه است و همانگونه که ولد شبهه ملحق بکسی است که جاهل بحرمت رابطه بوده است در مورد مزبور بطریق اولی ملحق باو خواهد بود، زیرا دخول با مرد اجنبی واقع نشده است. در صورتی که یکی از زن و مرد جاهل بحقیقت امر باشد، طفل نسبت باو در حکم ولد شبهه است.

دوم- در صورت علم زن و مرد بعمل لقاح

هرگاه در لقاحی که بعمل می‌آید زنی که منی در رحم او گذارده میشود و همچنین مردی که منی از او گرفته میشود آگاه بحقیقت امر باشند، خواه زن و مرد یکدیگر را بشناسند یا نشناسند، مانند آنکه زنی برای عمل لقاح مصنوعی نزد پزشک برود و پزشک برای این امر منی مردی را که زن او را ندیده و نمیشناسد در رحم او بگذارد و از آن طفلی متولد گردد، در

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸۶

الحاق طفل بمادر و پدر بین علمای حقوق اختلاف است. بعضی از فقهاء بر آنند که طفل متولد از لقاح مصنوعی منی مرد و زنی که حقیقت امر را در حین ارتکاب عمل لقاح میدانستند در حکم ولد زنا میباشد و ملحق بپدر و مادر طبیعی خود نمیشود، زیرا با علم زن و مرد بنبودن رابطهٔ زوجیت بین آن دو، احترامی برای منی از نظر اجتماعی موجود نیست. بعضی دیگر بر آنند که ولد مزبور فقط بمادر طبیعی ملحق میشود، زیرا فرزند ملحق بمادر است، مگر آنکه از زنا باشد و عمل لقاح را به هیچ‌وجه نمیتوان زنا محسوب داشت، ولی چون الحاق طفل بپدر در صورتی است که از طریق متعارف متولد شود، لذا نمیتوان او را بپدر طبیعی ملحق نمود. از نظر تحلیلی میتوان بر آن بود که آنچه از اصول حقوقی و مخصوصاً مواد قانون مدنی ایران استنباط میشود آنست که، هر فرزند طبیعی، قانونی است مگر آنکه قانون تصریح بر خلاف نموده باشد و موردی را که قانون نشناخته ولد زنا است که ملحق بکسی که مرتکب زنا شده نمیگردد و در بقیه موارد طفل ملحق بپدر و مادر است و فرقی هم بین پدر و مادر از جهت آنکه بوسیلهٔ طبیعی منی در رحم زن قرار گرفته یا بوسیلهٔ مصنوعی نمیتوان گذارد. بنظر میرسد که پیروی از نظریه اول با اصول اخلاقی و حفظ خانواده که سلولهای متشکله اجتماع است چنانکه در جلد سوم از آن پیروی شده اولی باشد ولی از نظر قضائی محض نمیتوان از نظر اخیر دست برداشت.

حقوق مدنی (امامی)، ج‌۵، ص: ۱۸۷

باب دوم در نگاهداری و تربیت اطفال

اشاره

نگاهداری و تربیت طفل را در اصطلاح حقوق اسلام حضانت گویند.

تعریف طفل

چنانکه از مواد «۱۱۶۸»- «۱۱۷۸» باب دوم ق. م معلوم میشود، قانون مدنی کلمهٔ طفل را مترادف با صغیر استعمال نموده است. صغیر کسی است که بسن رشد قانونی نرسیده باشد. چنانکه از مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م استنباط میگردد، دوران صغر در دختر و پسر از زمان تولد شروع و به هیجده سال تمام شمسی ختم میشود.
کسی که بعد از پانزده سال تمام رشد او در دادگاه ثابت گردد از تحت قیمومت خارج میشود.
ماده «۱۲۰۹» ق. م: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است، مع ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود». صغیر دارای قوای جسمانی و دماغی ضعیف و نارس میباشد و نمیتواند مستقلًا زندگانی نماید و منافع خود را در جامعه حفظ کند، لذا ناچار محتاج بحمایت و پرستاری دیگران است.
طفل از دو جهت باید حمایت شود:
۱- نگاهداری و تربیت- ۲- حفظ و ادارهٔ اموال.
کسانی که عهده‌دار هر یک از دو تکلیف مذکور در بالا هستند مختلف میباشند، لذا قانون باب دوم را اختصاص به نگاهداری و تربیت اطفال و باب سوم را در ولایت قهری پدر و جد پدری که عهده‌دار ادارهٔ اموال صغیر میباشند قرار داده است.

باب دوم در هفت قسمت بیان میشود:

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج‌۵، ص: ۱۸۸

۱- تعریف نگاهداری و تربیت طفل

الف- نگاهداری طفل

اشاره

نگاهداری طفل عبارت از بکار بردن وسائل لازمه برای بقاء و نمو و بهداشت جسمی و روحی طفل میباشد، مانند دادن خوراک، پوشانیدن لباس پاکیزه، تمیز نگاهداشتن طفل بوسیلهٔ شستشو، گذاردن در تخت خواب، پوشانیدن روی او، شستشوی لباس و امثال

آن، آنچه سن طفل اقتضاء آن را دارد، و چنانچه طفل بیمار گردد بردن نزد پزشک متخصص و دادن دوا و پرستاری لازم. در هر سنی صغیر یک نوع نگهداری میخواهد که متناسب با طبیعت او میباشد.

شیر دادن طفل

موضوعی که مورد بحث فقهای امامیه در حضانت قرار گرفته است، شیر دادن بکودک میباشد. شیر دادن طفل مهمترین امری است که هر کودکی مدت دو سال از دوران کودکی احتیاج بآن دارد و شیر مادر از هر شیر دیگری سازگارتر بکودک میباشد. راجع بشیر دادن طفل امور ذیل را متذکر میگردد:

۱- بنابر قسمت اول مادهٔ «۱۱۷۶» ق. م: «مادر مجبور نیست که بطفل خود شیر بدهد ...» آنچه از گفتار فقهای امامیه بر می‌آید شیر دادن مادر از تکالیف حضانت بشمار نیامده است، بنابراین مادر ملزم بشیر دادن کودک خود نمیباشد. در این امر مخالفی از فقهای امامیه دیده نشده است، لذا مادر میتواند از شیر دادن کودک خود امتناع نماید، اگر چه اجرت هم باو داده شود.

در صورتی که مادر برای شیر دادن کودک خود اجرت مطالبه کند، اجرت او از مال کودک (چنانچه دارائی داشته باشد) پرداخت میگردد و هرگاه کودک دارائی نداشته باشد پدر از باب نفقهٔ اقارب خواهد پرداخت و هرگاه پدر دارائی نداشته باشد مادر از باب نفقهٔ اقارب ملزم است مجاناً کودک خود را شیر دهد و یا بدیگری

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۸۹

واگذار کند و اجرت او را بپردازد. شیخ بر آنست که هرگاه زن در قید زوجیت پدر کودک باشد اجیر نمودن او برای شیر دادن بکودک خود صحیح نیست، ولی هرگاه رشتهٔ زناشوئی پدر و مادر بریده شده باشد، اجیر نمودنش از طرف پدر صحیح است.

۲- بدستور ماده «۱۱۶۹» ق. م مادر برای نگاهداری طفل تا دو سال از ولادت اولویت دارد، ولی هرگاه مادر امتناع از شیر دادن مجانی کودک نماید و مطالبهٔ اجرت کند و زن دیگری حاضر باشد تبرعاً بکودک شیر دهد و یا آنکه مادر برای شیر دادن بکودک اجرتی بیش از آنچه زنان دیگر میخواهند مطالبه نماید، بوسیلهٔ غیر مادر شیر داده میشود. در این صورت چنانچه اعمال حق حضانت مادر برای مدت شیر دادن ممکن نباشد حق حضانت او ساقط میگردد، زیرا نمیتوان باعتبار حق مزبور پدر را بتأدیه اجرت، در صورت تبرع زن دیگر و بتأدیهٔ بیش از آنچه دیگران برای شیر دادن دریافت میدارند ملزم نمود. اما اگر مادر بتواند با شیر دادن غیر بکودک، حق حضانت خود را اعمال نماید، چنانچه کودک را مادر نگاهداری کند و در موقع احتیاج او بخوردن شیر بزن دیگری بدهند، حق حضانت او باقی خواهد ماند. همچنین است هرگاه شیر مادر با مزاج کودک نسازد. در صورتی که برای شیر دادن بکودک زن بیش از دیگران مطالبهٔ اجرت نماید و پدر کسی را بیابد که طفل را باو بسپارد ولی زن عملًا از تسلیم کودک امتناع نماید و بکودک شیر دهد، بعضی از فقهاء بر آنند که مادر بمقداری که زن دیگر حاضر برای شیر دادن بوده، بعنوان اجرت مستحق خواهد بود. بعضی دیگر بر آنند که در این صورت مادر، در حکم متبرع است، زیرا با نداشتن حق شیر دادن بکودک مانند اجنبی خواهد بود.

۳- در صورتی که تغذیه طفل با شیر دیگری و یا شیر خشک، یا شیر گاو یا غذا، موجب ناراحتی و یا بیماری کودک شود، مادر نمیتواند از شیر دادن بفرزند خود استنکاف نماید و ملزم بآن میگردد. زیرا در این صورت حفظ نفس منوط بآنست. این است که مادهٔ «۱۱۷۶» ق. م میگوید: «مادر مجبور نیست که بطفل خود شیر بدهد مگر

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۰

در صورتی که تغذیه طفل بغیر شیر مادر ممکن نباشد». در این صورت مادر میتواند هرگاه طفل دارائی داشته باشد و چنانچه دارائی ندارد و پدر قدرت بر تأدیهٔ اجرت داشته باشد، برای شیر دادن بطفل خود اجرت مطالبه کند، و این امر منافات با وجوب شیر دادن

ندارد، زیرا ممکن است عملی بر شخص واجب باشد و استحقاق دریافت اجرت هم بر آن عمل داشته باشد.

آنچه دربارهٔ مطالبهٔ اجرت از طرف مادر برای شیر دادن بطفل گفته شد، در صورتی است که طفل در دوران دو سالگی از عمر خود باشد (زیرا دوران شیر در عرف مسلم مذهبی دو سال است) و الا پس از دو سال که طفل احتیاج بشیر ندارد هرگاه مادر بخواهد شیر بدهد حق مطالبهٔ اجرت ندارد، مگر آنکه طفل بیمار گردد و برای مداوای آن دادن شیر الزامی باشد، در این صورت در حکم هزینهٔ مداوا بوده و از اقسام نفقه بشمار میرود و چنانچه طفل دارائی داشته باشد از دارائی او پرداخت میشود و الا از بابت نفقهٔ اقارب بعهدهٔ پدر است.

ب– تربیت طفل

تربیت طفل عبارت است از آموختن طفل بآداب اجتماعی و اخلاق متناسب با محیط خانوادگی او و همچنین کوشش در فرا گرفتن طفل علم یا صنعت یا حرفهٔ متناسب با زمان و وضعیت اجتماعی خانوادگی که بعداً بتواند بوسیلهٔ بدست آوردن عایدات کافی زندگانی خود را برفاه بگذراند. این است که مادهٔ «۱۱۷۸» ق. م میگوید:

«ابوین مکلف هستند که در حدود توانائی خود بتربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند».

۲– حضانت طفل با پدر و مادر او است

نگاهداری و تربیت طفل با پدر و مادر است، ولی قانون برای آنکه بین پدر و مادر بر سر انتخاب روش لازم برای نگاهداری و تربیت او اختلاف روی ندهد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۱

چاره‌ای اندیشیده است که باعتبار آشنا بودن بطرز نگاهداری طفل، تا دو سال در پسر و تا هفت سال در دختر، مادر را بر پدر مقدم دارد و هر عملی را که مادر برای نگاهداری طفل لازم بداند انجام خواهد داد و پدر نمیتواند او را منع یا روش دیگری را بر او تحمیل نماید، زیرا تجانس روحی و اخلاقی مادر و آشنائی او بطرز نگاهداری و تربیت کودک در سنین مزبور بیش از پدر است، بلکه میتوان گفت که پدر کاملًا غیر وارد میباشد.

ولی پس از سن دو سال در پسر و هفت سال در دختر که تربیت اجتماعی را لازم دارند و قدرت پدر نوعاً برای تربیت طفل در این سنین بیش از مادر است، قانون پدر را بر مادر مقدم داشته است و او میتواند هر روشی را که مناسب میداند و هر عملی را که لازم میشمارد برای نگاهداری و تربیت طفل بکار بندد و مادر نمیتواند او را از آن بازدارد و یا روش دیگری را بر او تحمیل کند. نباید از نظر دور داشت دورانی که هر یک از مادر و پدر برای حضانت طفل برگزیده شده است دیگری باید از معاضدت با او کوتاهی ننماید و روش او را پیروی کند.

مادهٔ «۱۱۶۹» قانون مدنی مقرر میدارد که: «برای نگاهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضاء این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت باطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود».

در صورتی که طفل خنثی باشد بنابر وحدت ملاک مادهٔ «۹۳۹» ق. م اگر علائم رجولیت او غالب باشد مدت حضانت مادر دو سال است و هرگاه علائم انوثیت او غلبه داشته باشد مدت حضانت او هفت سال میباشد. هرگاه هیچ‌یک از علائم غالب نباشد حق حضانت مادر تا آخر سال هفتم استصحاب میشود، زیرا با علم بوجود حق مزبور قبل از گذشتن دو سال و تردید در وجود امری که موجب زوال آن پس از دو سال گردد، حق حضانت مادر استصحاب میشود. بعضی از فقهاء در مورد خنثی مشکل بر آنند که

اطلاق ادله، حضانت را برای پـدر میدانـد و نسبت بـدو سال در پسـر و هفت سال در دختر آن ادله مقیـد شده است، لذا تمامی باقی موارد (در غیر هفت سالی که دختر و دو سالی که پسر در حضانت مادر هستند)

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۲

تحت اطلاـق باقی است، یعنی حضانت طفل در موردی که هیـچ‌یک از علائم غلبه نـدارد پس از انقضاء مـدت دو سال بعهـدهٔ پـدر است.

چنانکه از ماده بالا معلوم است، ابوین با یکدیگر در تمامی طول مدت صـغر نگاهداری طفل را عهده‌دار میباشند و طبق مادهٔ «۱۱۰۴» ق. م بایـد هر دو در تربیت اولاد خود با یکـدیگر معاضـدت بنماینـد و این امر واجب کفائی میباشد، لذا هر یک که تکلیف خود را انجام دهد تکلیف دیگری ساقط میگردد. ماده «۱۱۰۴» ق. م:

«زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود بیکدیگر معاضدت نمایند».

۳– حضانت حق و تکلیف ابوین است

بدستور ماده «۱۱۶۸» ق. م: «نگاهـداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است». بـدین جهت بدسـتور مادهٔ «۱۱۷۵» ق. م: «طفل را نمیتوان از ابوین و یا از پـدر و یا از مادری که حضانت با او است گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی». همچنانی که بدسـتور ماده «۱۱۷۲» ق. م: «هیـچ‌یک از ابوین حق ندارنـد در مـدتی که حضانت طفل بعهـدهٔ آنها است از نگاهداری او امتناع کند ..» کلمهٔ نگهداری در ماده «۱۱۶۸» ق. م: بقرینه مواد «۱۱۷۲» و «۱۱۷۵» ق. م در معنی اعم استعمال شده است که شامل تربیت نیز میشود.

بنا بر صـریح مادهٔ «۱۱۶۸» ق. م که نگاهـداری اطفـال هم حـق و هم تکلیف میباشـد و قسـمت اول مـاده «۱۱۷۲» ق. م که میگویـد: «هیـچ‌یک از ابوین حق نـدارد در مـدتی که حضانت طفل بعهـدهٔ آنها است از نگاهـداری او امتناع نمایـد ..» هیچ‌یک از مادر و پدر نمیتوانـد آن را اسـقاط و یا واگـذار بغیر کند، بلکه باید شـخصاً در مدت مقرر تکلیف قانونی خود را که از نظر حفظ نظم اجتماعی بنفع طفل برقرار شـده انجام دهـد، بـدین جهت آنها نمیتواننـد مطالبهٔ اجرت نسـبت بعمل خود بنماینـد، اگر چه طفل از خود دارائی داشـته باشـد، ولی هر یـک از پـدر و مـادر میتوانـد غیر را برای حضـانت طفـل بگمـارد که تحت نظر او انجام وظیفه نمایـد. بنابراین حضانت طفل از قوانین آمره میباشد. شهید

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۳

در مسالک بر این نظریه است.

فقهای امامیه در وضـعیت حقوقی حضانت دارای نظریات مختلف میباشـند، شهید در قواعد گفته است که حضانت ولایت و سلطنت بر تربیت طفل است و آنچه مصـلحت برای نگاهداری او اقتضاء بنماید انجام میدهد. بنابراین نظر، ولایت در حضانت مانند ولایتهای دیگر (ولایت ولی– ولایت حاکم) است که دارنـدهٔ آن نمیتوانـد آن را ساقط نمایـد. وجوب حضانت بر مادر و یا پدر بنحوی اسـت که نمیتوانـد در مقابل آن اجرت دریافت دارد. عـدهٔ دیگر بر آننـد که حضانت حق ابوین است و آنان میتواننـد آن را ساقط کننـد و میتواننـد در مقابل آن اجرت بگیرند و وجوب آن بر ابوین کفائی میباشد و مانند امور کفائی دیگر است که اشـخاص مضـطر محتاج بـآن میباشـند که هرگاه ترک گردد موجب تضـییع حق کودک خواهـد بود، لـذا هرگاه مادر امتناع کنـد پـدر بآن امر الزام میشود و هرگاه شخص بیگانه عهده‌دار حضانت طفل گردد تکلیف از ابوین ساقط میشود. قانون مدنی چنانکه از ظاهر مواد استنباط میشود از نظریه اول پیروی نموده است.

تبصـره– هیچ‌یک از ابوین نمیتواند حق اولویت خود را در حضانت اسـقاط و یا بدیگری واگذار نماید. چنانکه از ماده «۱۱۶۹» ق. م

(که حق اولویت در حضانت را در پسر تا دو سال و در دختر تا هفت سال برای مادر شناخته و از آن پس برای پدر) استنباط میشود تکلیف حضانت برای هر یک از مادر و پدر در مدت مقرر قائم بشخص آنان است، زیرا همان طور که بیان گردید این اولویت و برتری هر یک از آنها از نظر احتیاجات طفل بنحوهٔ پرورش و تربیتی است که در مدتی مادر و در مدت دیگر پدر شایستگی آن را دارد. بنابراین در صورت انحلال نکاح بین پدر و مادر در اثر فسخ یا طلاق هیچ‌یک از مادر یا پدر نمیتواند تکلیف خود را بدیگری واگذار کند.

۴– ضمانت اجراء حضانت

بدستور مادهٔ «۱۱۷۲» ق. م: «هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بعهدهٔ آنها است از نگاهداری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابوین،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۴

حاکم باید بتقاضای دیگری یا بتقاضای قیم یا یکی از اقرباء یا بتقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را بهر یک از ابوین که حضانت بعهدهٔ او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را بخرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد بخرج مادر تأمین کند». بنابراین هرگاه کسی که مکلف بحضانت طفل میباشد از انجام تکلیف قانونی خود امتناع کند بوسیلهٔ قیم یا اقربای طفل یا دادستان از دادگاه شهرستان درخواست الزام ممتنع بانجام تکلیف میشود. پس از رسیدگی و صدور حکم از طرف دادگاه و قطعیت آن اجرائیه طبق آن صادر میگردد، چنانچه محکوم علیه از اجراء حکم سرپیچی نمود بوسیلهٔ شخص دیگری از طفل نگاهداری میشود.

اما هزینهٔ آن طبق صریح مادهٔ بالا هرگاه پدر محکوم شده باشد از او وصول میگردد، و هرگاه مادر محکوم شده است هزینه از پدر و در صورت فوت او از مادر گرفته خواهد شد.

نکته‌ای که در مادهٔ فوق قابل توجه بنظر میرسد آنست که هرگاه مادر در مدتی که حضانت بعهدهٔ او است از نگاهداری امتناع نماید، پس از اجبار و عدم انجام آن به هزینهٔ پدر نگاهداری میشود و این امر ظاهراً بر خلاف اصول حقوقی میباشد که هزینهٔ انجام تکلیف هر کسی بر عهدهٔ خود او است. با توجه باستدلال ذیل اشکال رفع میشود.

قانون هر یک از ابوین را عهده‌دار نگاهداری صغیر در تمام دوران قبل از رشد دانسته و مادر را برای مدتی اولی از پدر شناخته است، بنابراین حضانت با قید اولویت برای مادر در مدت مقرر واجب کفائی میباشد و چنانچه مادر از آن امتناع کند و نتوان او را اجبار بانجام عمل نموده پدر اصالهٔ دارای وظیفهٔ حضانت است و او عهده‌دار خواهد بود و هرگاه او نیز امتناع کند به هزینهٔ او طفل حضانت میشود. در صورتی که پدر مرده باشد چون حضانت تکلیف منحصر مادر خواهد بود، هزینه بعهدهٔ او میباشد.

۵– حضانت طفل در مورد جدائی ابوین

در صورتی که نکاح بین ابوین طفل منحل گردد یا در اثر ناسازگاری بدون

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۵

انحلال نکاح، آنان در محلهای جداگانه سکونت نمایند، طفل نزد کسی میماند که در حضانت او بوده است و طرف دیگر نمیتواند بخواهد که طفل در حضانت او قرار گیرد، اگر چه پدر باشد، زیرا موجبی برای زوال اولویت حق حضانت موجود نشده است و

کسی که نگاهداری را عهده‌دار است باید تکالیف قانونی خود را انجام دهد و طرف دیگر حق ملاقات طفل را دارا میباشد. این است که مادهٔ «۱۱۷۴» ق. م میگوید: «در صورتی که بعلت طلاق یا بهر جهت دیگر ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمیباشد حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوطه بآن در صورت اختلاف بین ابوین با محکمه است».

ملاقات طفل بوسیلهٔ هر یک از ابوین، اگر چه بکلمهٔ حق بیان شده است، بنظر میرسد که حکم میباشد ولی بطور مسامحه حق نامیده شده و یا از حقوق غیر قابل اسقاط است، زیرا ملاقات طفل از نظر علاقه پدر و مادر است و در حفظ رشته خانواده تأثیر بسزائی دارد، بنابراین هیچیک از ابوین نمیتواند حق ملاقات طفل خود را ساقط نماید و یا مورد صلح در مقابل اخذ عوض قرار دهد، اگر چه میتواند تعهد کند که در صورت اعمال آن حق مبلغی بطرف دیگر بدهد.

۶- موارد سقوط حق حضانت

اشاره

حق حضانت در موارد زیر ساقط میگردد.

الف- در مورد جنون

حق حضانت برای هر یک از مادر و پدر در صورتی است که قدرت بر اعمال آن را داشته باشند و آنکه زیانی بحیات و بهداشت طفل از نظر جسمی یا روحی متوجه نشود بنابراین هرگاه در مدتی که مادر اولی برای حضانت طفل میباشد (دو سال در پسر و هفت سال در دختر) دیوانه شود چون قادر به نگاهداری و تربیت طفل نخواهد بود و چه بسا که او را در وضعیت خطرناکی بیندازد، حق اعمال حضانت مادر ساقط میگردد و پدر تنها کسی خواهد بود که این حق را

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۶

دارا است.

در صورتی که پدر مجنون شود حضانت طفل تا هیجده سالگی بعهدهٔ مادر خواهد بود، زیرا طبق مادهٔ «۱۱۶۸» ق. م نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است و بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۱۶۹» ق. م که میگوید، «برای نگاهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت ...» چنانکه گذشت هر یک از پدر و مادر در تمامی دوران صغر حق نگاهداری را دارا میباشند و هرگاه یکی از ابوین بجهتی از جهات نتواند وظیفه خود را انجام دهد دیگری آن را عهده‌دار خواهد بود، و نظر بوحدت ملاک مادهٔ «۱۱۷۰» ق. م حضانت طفل بعهدهٔ مادر خواهد بود.

ب- در موردی که مادر شوهر دیگری کند

هرگاه نکاح بین ابوین طفل در اثر طلاق یا فسخ منحل گردد و مادر عهده‌دار حضانت طفل خود باشد و شوهر دیگری انتخاب نماید، حق حضانت با پدر است، زیرا زن با زناشوئی با مرد دیگری موظف بحسن معاشرت با شوهر خود و عهده‌دار تکالیف زناشوئی است و نمیتواند آنگونه که شایسته است از عهدهٔ تکلیفی که حضانت بر او تحمیل نموده برآید. مادهٔ «۱۱۷۰» ق. م میگوید: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا بجنون شود یا بدیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود». این امر در صورتی است که پدر طفل زنده باشد و الا حضانت مادر باقی میماند، زیرا از بیان ماده استنباط میشود که سقوط حق حضانت مادر

در مورد بالا در صورت حیات شوهر است.

فرع- در صورتی که مادر پس از جنون افاقه پذیرد و یا نکاح او با دیگری منحل شود، حق اعمال حضانتش که ساقط شده بود عودت می‌یابد، زیرا حق مزبور از حقوق طبیعی و در مدت معینهٔ از آن مادر میباشد و مانع از اجرای آن جنون و یا نکاح با غیر بوده است و پس از زوال مانع مزبور مادر میتواند حق حضانت خود را اعمال کند. بین فقهای امامیه در این امر اختلاف است. ابن ادریس بر آنست که پس از انحلال نکاح با غیر، حق حضانت مادر عودت نمییابد، زیرا سقوط آن در اثر ازدواج

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۷

با غیر، محقق است و با تردید در عودت آن پس از انحلال مزبور، اصل عدم عودت است.

در صورتی که انحلال نکاح مادر با غیر بوسیلهٔ طلاق رجعی باشد، بنظر میرسد مادام که مدت عده رجعیه باقی است حق اعمال حضانت بر نمیگردد، زیرا مطلقهٔ رجعیه زوجه یا در حکم زوجه میباشد. هرگاه شوهر رجوع ننمود پس از انقضاء مدت عده، حق اعمال حضانت مادر عودت می‌یابد.

بنابر مستنبط از وحدت ملاك مادهٔ «۱۱۷۴» ق. م نمیتوان مادری که مجنون شده است از ملاقات طفل خود محروم نمود، بلکه حق ملاقات او را دارد، مگر اینکه موجب اضرار بطفل گردد. در صورت اختلاف بین پدر و قیم مادر (هرگاه قیم خود پدر نباشد) در تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوطه تعیین آن با دادگاه است.

ج- در مورد کفر

هرگاه یکی از پدر و مادر طفلی که مسلمان است (مسلمان تبعی) کافر باشد، حق حضانت او ساقط میگردد، چنانکه مرد مسلمان زن کتابیه داشته باشد یا یکی از ابوین طفل کافر شود، زیرا چنانکه از مادهٔ «۱۱۹۲» ق. م که میگوید: «ولی مسلم نمیتواند برای امور مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند». استنباط میشود، ولایت کافر را بر مسلمان اجازه نداده است و حضانت چنانکه گذشت یك نوع ولایتی است که ابوین بر شخص صغیر دارند و طفل مسلمانی که در تحت تربیت کافر قرار گیرد معتقدات او را میپذیرد و باخلاق و خوی او در می‌آید. حکم مزبور کاملًا جنبه مذهبی دارد و مخالفی در حقوق اسلام دیده نشده است. بنابراین هرگاه مادر کافر باشد و یا یکی از ابوین طفل کافر شود حق حضانت او ساقط میگردد و هرگاه هر دو کافر شوند حق حضانت هر دو نسبت بطفل ساقط میگردد و مانند طفلی خواهد بود که فاقد پدر و مادر است.

د- در مورد عدم مواظبت طفل

ماده «۱۱۷۳» ق. م میگوید: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد محکمه میتواند، بتقاضای اقربای

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۸

طفل یا بتقاضای قیم او یا بتقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند».

در مورد بالا دو فرض میشود:

۱- در صورتی که بعلت طلاق یا بجهت دیگر ابوین طفل در یک منزل زندگانی نکنند و در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی کسی که طفل تحت حضانت او است صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، طفل را از کسی که عهده‌دار حضانت او است گرفته و بدیگری (پدر یا مادر) میسپارند، زیرا بدستور مادهٔ «۱۱۶۸» ق. م نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است. چنانکه از مواد مختلفه باب نگاهداری و تربیت اطفال معلوم میگردد هرگاه در یکی از ابوین که حق اولویت دارد

موانعی موجود باشد که نتواند از طفل نگاهداری کند و او را تربیت نماید، دیگری عهده‌دار تکالیف نگاهداری و تربیت خواهد بود.

۲- در صورتی که ابوین طفل با یکدیگر زندگانی مینمایند و در اثر انحطاط اخلاقی آنان صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر میباشد چنانکه مادر طفل ولگرد و لاابالی باشد و طفل را آزاد بگذارد و یا نگاهداری و تربیت لازم را ننماید و یا آنکه پدر مردی قمار باز و الکلیك باشد که در محافل و مجالس ناشایست طفل را همراه خود میبرد و یا او را آزاد میگذارد و بتربیت او نمیپردازد و یا آنکه یکی از ابوین دچار انحطاط اخلاقی است و این امر موجب میگردد که صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر قرار گیرد و دیگری نمیتواند از این امر جلوگیری نماید، دادگاه آنچه را که بمصلحت طفل باشد اختیار مینماید، مانند سپردن طفل بدست دیگری و تعیین سرپرستی برای او یا نظارت کسی در نگاهداری طفل و امثال آن. دادگاه در تعیین طریق نگاهداری و تربیت طفل در این مورد مختار است.

ه- در مورد بیماری مسری

در صورتی که مادر دچار بیماری مسری گردد که

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۱۹۹

موجب سرایت بطفل شود، خواه مداوای بیماری مزبور ساده باشد مانند گریپ، حصبه و امثال آن و یا صعب العلاج باشد مانند سل ریوی، حق اعمال حضانت او ساقط میگردد، زیرا نگاهداری طفل بوسیلهٔ او یا شیر دادنش موجب بیماری طفل میشود، مگر آنکه مادر بتواند بوسیلهٔ پرستار تکالیف حضانت را اعمال نماید.

۷- حضانت طفل در صورت فوت ابوین

در صورتی که یکی از ابوین طفل بمیرد، حق حضانت برای کسیست که زنده مانده است، زیرا طبق مادهٔ «۱۱۶۸» ق. م نگاهداری اطفال حق و تکلیف ابوین است، بنابراین هرگاه یکی از آنان بمیرد دیگری بالاستقلال دارای حق حضانت میباشد، اگر چه کسی که مرده است وصی برای حضانت طفل خود معین نموده باشد، زیرا وصی نمایندهٔ موصی است که در نبودن او اعمال و وظائف ولایت را انجام میدهد، بنابراین با وجود دیگری که خود دارای حق حضانت است نماینده سمتی ندارد. مادهٔ «۱۱۷۱» ق. م میگوید: «در صورت فوت یکی از ابوین حق حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد». در مادهٔ مزبور کلمهٔ (قیم) مجازاً در معنی وصی بر صغیر استعمال شده است.

در صورتی که ابوین طفل هر دو بمیرند، از ابن ادریس و علامه حکایت شده است که حق حضانت با جد پدری است، زیرا طفل فرزند او است و جد پدری ولی بر او و بر اموال او میباشد، و بوسیلهٔ دلیل خاصی حق حضانت بمادر داده شده است. اما در صورت نبودن جد پدری عده‌ای از فقهاء بر آنند که حضانت حق اقارب طفل بترتیب ارث میباشد. بسیاری از فقهای دیگر انتقال حق حضانت را برای ورثه احتمالی نشناخته‌اند و با نبودن جد پدری، وصی پدر و سپس وصی جد را مقدم دانسته‌اند، زیرا وصی نماینده و قائم مقام ولی میباشد. در صورت نبودن وصی و جد و داشتن دارائی، از طرف حاکم کسی اجیر میشود که طفل را نگاهداری و تربیت نماید و هرگاه دارائی نداشته

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۰

باشد نگاهداری و تربیت او بطور واجب کفائی بعهدهٔ مردم است.

بنظر میرسد که از نظر قضائی در صورتی که مادر فوت کرده باشد حق حضانت برای وصی پدر و سپس وصی جد میباشد، زیرا آنها نمایندهٔ ولی طفل هستند، این است که مادهٔ «۱۱۸۸» ق. م میگوید: «هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری میتواند برای اولاد خود که تحت ولایت او میباشند وصی معین کند تا بعد از وفات خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید». و در صورت نبودن هیچ‌یک از آنان حضانت با قیم است، چنانکه ماده «۱۲۳۵» ق. م و «۷۹» قانون امور حسبی تصریح مینماید. ماده «۱۲۳۵» ق. م میگوید: «مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوطه باموال و حقوق مالی او با قیم است». ماده «۷۹» قانون امور حسبی میگوید: «قیم باید در ترتیب و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید».

خاتمه – تکالیف طفل

اشاره

برای آنکه ابوین بتوانند طفل خود را نگاهداری بنمایند و وظایف تربیتی او را اعمال کنند، ناچار باید از ابتدای کودکی، حس اطاعت در او ایجاد نمایند و راهی که برای تربیت او مفید است باو بنمایانند که خود را مجبور برعایت آن بداند و روح طغیان و سرکشی را در او ضعیف گردانند. این است که ماده «۱۱۷۷» ق. م طفل را مطیع ابوین قرار داده و او را موظف نموده که بابوین خود احترام گذارد.

ماده «۱۱۷۷» ق. م: «طفل باید مطیع ابوین خود بوده و در هر سنی که باشد باید بآنها احترام کند».

۱– اطاعت طفل از ابوین

چون طفل دارای شعور کافی نمیباشد که بتوان او را بوسیلهٔ دلیل و برهان در پیش گرفتن راهی که برای او مفید است راهنمائی نمود، لذا ابوین طفل که موظف بتربیت او هستند باید با منطق کودکانه و زبانی که در خور فهم او است سعی و کوشش کنند که طفل بمیل و رغبت راهی که نشان داده میشود برود،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۱

و هر امری که نتوان باو فهماند باید بوسائلی او را وادار نمود که کورکورانه اطاعت کند، بدین جهت است که ماده بدون چون و چرا طفل را باطاعت از ابوین وادار نموده است و چنانچه سرپیچی کند بوسیلهٔ تنبیه نمودن وادار باطاعت گردد.

۲– احترام طفل بابوین

برای آنکه طفل دارای حس اطاعت از ابوین گردد و آنچه باو میگویند پیروی کند، باید قبلًا حس احترام بابوین را آنگونه که در عرف و عادت محل و زمان معمول است در او بوجود آورد تا در نتیجهٔ این امر دستورات آنان را بکار بندد. این امر اختصاص بسن طفولیت ندارد، بلکه از نظر اخلاقی همیشه فرزندان باید بابوین خود احترام لازم را بگذارند، اگر چه پس از دوران طفولیت باشد. اختصاص مادهٔ بالا بلزوم احترام برای طفل از نظر بیان حکم حضانت است.

تبصره– حق ابوین در تنبیه طفل

در طفل نمیتوان بوسیلهٔ منطق عقل بتنهائی حس احترام و اطاعت ایجاد نمود، بلکه در مواردی نیز بایـد از بیم تنبیه و در بعض مواقع از تنبیه در موقع سرپیچی کمک خواست و آن در صورتی ممکن است که ابوین اجازهٔ تنبیه او را در موارد سرپیچی او از اطاعت آنها داشته باشند، لذا مادهٔ «۱۱۷۹» ق. م میگوید: «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند، ولی باستناد این حق نمیتوانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب تنبیه نمایند». تنبیه طفل برای آگاه کردن او بزشتی عمل ارتکابی و ایجاد پشیمانی او از آن است، بدین جهت در مواردی که یکی از ابوین لازم بداند طفل تنبیه گردد بایـد تنبیهی را در نظر بگیرد که با روحیه طفل وفق دهد از قبیل نصیحت، سرزنش، بازداشت، کتک و امثال آن تا طفل را از تکرار این عمل بازدارد و این امر باعتبار محیط اجتماعی فرق مینمایـد. چنانکه ذیل مادهٔ بالا متذکر است ابوین نمیتوانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب، تنبیه نمایند، چنانکه در اثر کتک زدن موجب ایجاد جرح یا نقص عضو گردند و یا طوری تنبیه کنند که طفل بیمار شود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۲

باب سوم در ولایت قهری پدر و جد پدری

فصل اول– در ولی

اشاره

در اصطلاح حقوقی ولایت عبارت از سلطه و اقتداری است که قانون بجهتی از جهات بکسی میدهد که امور مربوط بغیر را انجام دهد و کسی که این سمت را دارد ولی نامیده میشود. ولی بر دو قسم است: ولی عام: ولی خاص.

۱– ولی عام

ولی عام کسی است که امور مربوط بعموم افراد را در حدود قانون انجام میدهد.
حاکم ولی عام است و او کسی است که از طرف مرجع صلاحیتدار قانونی باین سمت برگزیده شده باشد. اکنون سمت حاکم را دادرس و دادستان عهده دارند و قانون امور معینی را بهر یک از آنها واگذار نموده است، مانند: صدور حکم موت فرضی، حکم طلاق غائب مفقود الاثر، حکم حجر، تعیین قیم برای حفظ اموال مجانین، تعیین امین برای ادارهٔ امور غایب و جنین و امثال آن. بدستور ماده «۱۶» قانون اصول تشکیلات عدلیه، وظائف اداری دادستان عبارت است از: حفظ حقوق صغار و مجانین و غایب مفقود الاثر و حفظ ترکه متوفی در صورت غیبت یا معلوم نبودن ورثه یا بعضی از آنها.

۲– ولی خاص

اشاره

ولی خاص کسی است که امور مربوطه باشخاص معینی را در حدود قانون انجام میدهد. ولی خاص را مادهٔ «۱۱۹۴» ق. م نام برده است. ماده «۱۱۹۴» ق. م «پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص طفل نامیده میشود». کسی که ولی خاص بر او ولایت دارد مولی علیه گویند. بنابراین ولی خاص بر دو دسته است:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۳

الف- ولی قهری

ولی قهری عبارت از پدر و جد پدری میباشد. سمت ولایت بآن دو از طرف قانون اعطاء شده است، و بدون انتصاب و یا تنفیذ از طرف مقام رسمی صورت میگیرد، بدین جهت بپدر و جد پدری ولی قهری گفته میشود. بدستور مادهٔ «۱۱۸۱» ق. م: «هر یک از پدر و جد پدری نسبت باولاد خود ولایت دارند». قانون مدنی بمتابعت از فقهای امامیه ولایت قهری را منحصر در پدر و جد پدری دانسته است. منظور از جد پدری پدر پدر، جد پدر، و جد جد و هر چه بالا رود میباشد، و مادر از آن محروم میباشد. این امر اجماعی بین فقهای امامیه است.

چنانکه از اطلاق مادهٔ بالا فهمیده میشود پدر و جد پدری هر دو در ردیف یکدیگرند و هر یک مستقلًا حق ولایت را دارا میباشند. بنابراین تصرفی که هر یک از پدر و جد پدری در امور مربوط بولایت قبلًا نموده صحیح است و عمل بعدی دیگری آن را ملغی نمینماید. قانون متعرض نشده است که در مورد اختلاف بین پدر و جد پدری در امور مربوط بولایت کدامیک مقدم میباشد. بعضی از فقهاء جد پدری را مقدم بر پدر داشته‌اند، زیرا جد زمانی ولایت بر پدر نیز داشته است. بعضی دیگر پدر را بر جد پدری مقدم میدانند، زیرا او نزدیک‌تر از جد بطفل است. در صورت نبودن جد، پدر جد ولایت بر مولی علیه را دارا میباشد. کلمهٔ جد مذکور در ماده شامل اجداد هر چه بالا رود نیز میگردد. چنانکه از ماده بالا استنباط میشود با بودن جد پدری پدر جد ولایت ندارد اگر چه پدر فوت نموده باشد و در تقدیم پدر جد بر پدر و یا تقدم پدر بر او نیز فقهاء اختلاف دارند چنانکه شرح آن در بالا گذشت.

ب- وصی

اشاره

وصی کسی است که موصی برای پس از فوت خود در انجام اموری که خود میتوانسته بجای آورد معین مینماید از قبیل: تأدیه دیون، اخراج ثلث و مصرف آن و نگاهداری مولی علیه و ادارهٔ دارائی او و امثال آن. منظور ماده از وصی که ولی خاص نامیده میشود کسی است که از طرف پدر یا جد پدری برای امور مربوطه بصغیر منصوب شده

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۴

است. از نظر تحلیلی ولی سمتی را که خود در سرپرستی مولی علیه و دارائی او دارد برای پس از فوت بوصی، واگذار مینماید و در حقیقت او قائم مقام ولی میباشد. در صورت فوت پدر و جد پدری وصی منصوب از طرف آنان سمت ولایت را عهده‌دار خواهد بود.

هر کس میتواند بوسیلهٔ وصیت برای بعد از فوت خود وصی معین نماید و حدود اختیارات او را معین کند. چنانچه موصی (پدر یا جد پدری) کسی را وصی بر امور مولی علیه قرار دهد باید آن را تصریح نماید و یا قرائن بر آن امر دلالت کند و الا هرگاه متوفی کسی را بطور مطلق وصی نماید یا وصی بر ثلث خود قرار دهد و یا وصی بر تجهیز جنازهٔ و اداء دیون خود معین کند، سمتی را نسبت بطفل او ندارد و باید برای طفل از طرف دادگاه قیم معین شود.

ماده «۱۱۸۸» ق. م میگوید: «هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری میتواند برای اولاد خود که تحت ولایت او میباشند

وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید» بنابراین وصی بعنوان قائم مقام ولی، امور مربوط بولایت را انجام میدهد.

چنانکه از مادهٔ بالا فهمیده میشود، قانون حق تعیین وصی بهر یک از پدر و جد پدری پس از فوت دیگری داده و آنها را از تعیین وصی در حیات دیگری منع نموده است و باین امر در مادهٔ «۱۱۸۹» ق. م تصریح کرده است. ماده «۱۱۸۹» ق. م: «هیچیک از پدر و جد پدری نمیتواند با حیات دیگری برای مولی علیه خود وصی معین کند».

منظور از مادهٔ مزبور و مادهٔ قبل، عدم صحت وصیت است، زیرا هر یک از پدر و جد پدری مستقلًا دارای سمت ولایت میباشد و با فوت یکی از آن دو دیگری بسمت ولایت استقلالی بادارهٔ امور مولی علیه میپردازد و وصی قائم مقام ولی میباشد که فوت نموده است و با بودن اصیل در امر ولایت، قائم مقام موردی ندارد، بدین جهت در ردیف ولی نمیتواند قرار گیرد.

شخص میتواند تمام یا قسمتی از اختیارات خود را برای پس از فوت بوصی واگذار نماید، بنابراین حدود اختیارات وصی آنست که موصی تعیین نموده است و چنانچه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۵

از آن تجاوز نماید اعمال حقوقی او باطل میباشد. بدین جهت بدستور مادهٔ «۱۱۹۰» ق. م «ممکن است پدر یا جد پدری بکسی که بسمت وصایت معین کرده اختیار تعیین وصی بعد از فوت خود را برای مولی علیه بدهد». زیرا ولی خود میتوانسته تعیین وصی بعدی را بنماید و انتصاب وصی از اموری نیست که قائم بشخص موصی باشد، لذا ولی میتواند حق تعیین وصی دوم را بوصی بعد از خود واگذار نماید.

شرط وصی

قانون مدنی در ماده «۱۱۹۲» بمتابعت از حقوق امامیه مقرر داشته که: «ولی مسلم نمیتواند برای امور مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند».

حکم مزبور صرفاً بر مبنای مذهبی استوار است و الا از نظر حقوقی محض ولی میتواند هر کس را که مورد اعتماد باشد وصی قرار دهد. (برای توضیح بیشتر در وصایت بکتاب وصیت جلد سوم حقوق مدنی رجوع شود).

تبصره- قیم

در صورتی که محجور، ولی خاص (پدر، جد پدری و وصی) نداشته باشد از طرف دادگاه برای ادارهٔ اموال و نگاهداری او قیم معین میشود (شرح آن بعداً در قیمومت خواهد آمد).

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۶

فصل دوم در مولی علیه

اشاره

مولی علیه کسی است که تحت سرپرستی ولی قانونی قرار میگیرد. چنانکه مادهٔ «۱۱۸۰» ق. م متذکر است مولی علیه بر دو دسته‌اند:

۱- صغیر.

۲- کسی که جنون یا سفه او متصل بصغر باشد.

ماده «۱۱۸۰» ق. م: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود میباشد و همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل بصغر باشد».

تذکر- محجوری که ولی خاص ندارد و در تحت سرپرستی قیم قرار دارد نیز مولی علیه گویند و آنها عبارتند از:

۱- صغیری که ولی خاص ندارد.

۲- مجنون و سفیهی که جنون و عدم رشد او متصل بصغر است و ولی خاص ندارد ۳- مجنون و سفیهی که جنون و سفه او متصل بزمان صغر نباشد (شرح آن در قیمومت خواهد آمد).

۱- صغیر

اشاره

صغیر کسی است که کمتر از هیجده سال تمام دارد (خواه ذکور باشد یا اناث).

قانون مدنی تعریفی از صغیر ننموده است و باعتبار وضعیت روحی و دماغی و یکسان بودن احکام او با سفیه (غیر رشید) او را در مادهٔ «۱۲۰۹» (در حکم غیر رشید) نامیده است. ماده «۱۲۰۹» ق. م: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۷

غیر رشید است، مع ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود».

برای شرح مادهٔ بالا باید مقدمه‌ای را متذکر بود و آن اینست که شخص وقتی میتواند مستقلًا در جامعه زندگانی نماید و امور خود را اداره کند که نمو قوای دماغی او در سیر تکامل بمرحله‌ای رسیده باشد که در امور لازمه برای زندگانی حال اعتدال را بپیماید، یعنی اعمال او عقلائی باشد، که آن را در اصطلاح مرحلهٔ رشد گویند. این امر با توجه بروش شخص در اجتماع و ادارهٔ اموال و حقوق مالی خود و مصرف آن معلوم میگردد. این است که مادهٔ «۱۲۰۸» ق. م میگوید: «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلائی نباشد». بنابراین چنانچه تصرفات کسی در اموال و حقوق مالیش عقلائی نباشد، کشف میگردد که آن کس رشید نیست.

چون آزمایش رشد فرد فرد اشکالاتی در بر دارد، قانون مدنی فرض نموده که هر کس ۱۸ سال او تمام باشد رشید است (کلمهٔ «در حکم رشید» مذکور در ماده «۱۲۰۹» ق. م باعتبار آنست که چون یک بیک افراد مورد اختبار قرار نمیگیرند تا تشخیص رشد آنها داده شود، بلکه حکم کلی را بیان مینماید، لذا کسانی را که به هیجده سال تمام نرسیده باشند در حکم رشید محسوب داشته است).

چون ممکن است در بعضی از افراد قوای دماغی سریع‌تر نمو نماید و قبل از رسیدن به هیجده سال تمام دارای رشد لازم برای زندگانی استقلالی اجتماعی بشود، قانون مدنی با توجه بروحیه افراد در فلات ایران فرض وجود آن را قبل از گذشتن پانزده سال تمام ننموده است، لذا در ذیل مادهٔ «۱۲۰۹» بدادگاه اجازه داده است که برشد کسی که پانزده سال تمام دارد رسیدگی نماید و چنانچه این امر را ثابت دید حکم رشد او را صادر کند. شخص مزبور مانند کسانی که هیجده سال تمام دارند از تحت ولایت و یا قیمومت خارج میگردد. درخواست حکم رشد ممکن است بوسیلهٔ شخص مولی علیه و یا کسی که سمت ولایت و یا قیمومت بر او دارد بعمل آید.

بدستور ماده «۱۱۶۳» ق. م: «همین‌که طفل کبیر و رشید شد از تحت ولایت خارج

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۸

میشود و اگر بعداً سفیه یا مجنون شود قیمی برای او معین میشود». بنابراین برای تشخیص پایان دورهٔ صغر احتیاج به هیچ‌گونه رسیدگی قضائی ندارد و مشخص سن او برگ شناسنامه است.

قانون مدنی ایران در تشخیص انتهای صغر از حقوق اروپا پیروی نموده که سن معینی را برای آن اختیار کرده است.

حقوق امامیه

اشاره

حقوق امامیه برای پایان دورهٔ صغر سن معینی قرار نداده است و چنانکه ذیلًا مشاهده میشود رشد هر فرد جداگانه مورد آزمایش باید قرار گیرد و تشخیص داده شود و مانند حقوق مدنی ایران سن معینی را حد رشد قرار نداده است.

صغیر در سیر تکاملی خود از دو نظر مورد توجه قرار میگیرند:

۱- از نظر تکالیف مذهبی

انجام تکالیف مذهبی در افراد بستگی تام باستعداد جسمانی و عقل آنان دارد، یعنی زمانی که فرد بتواند تکالیف مذهبی را بدون زیان ببهداشت انجام دهد، دوران صغر را خاتمه داده و بسنی رسیده است که در زمرهٔ مکلفین قرار میگیرد، و باصطلاح از اسلامیت تبعی خارج و مسلمان حقیقی و مستقل محسوب میشود، سن مزبور را سن بلوغ گویند و کسی که بسن مزبور میرسد بالغ نامند.

بلوغ در ذکور و اناث بیکی از امور سه‌گانه دانسته میشود:

اول- روئیدن موهای زبر بر پشت عانه. وجود موهای نازک و نرم نمیتواند کاشف از بلوغ قرار گیرد.

دوم- خارج شدن منی بهر موجبی که باشد، خواه در خواب یا در بیداری.

سوم- سنی که شخص در آن سن بالغ محسوب میگردد. سن مزبور پانزده سال تمام قمری در پسر، و نه سال تمام قمری در دختر است. چون از نظر اخلاقی آزمایش برای دانستن بلوغ بوسیلهٔ علامت اول و دوم پسندیده نمیباشد و اطلاع بر آن مشکل است، لذا بلوغ را عموماً بوسیلهٔ سن تعیین مینمایند. کسی که بسن بلوغ برسد چنانچه عاقل باشد باید کلیه تکالیف شرعی (نماز، روزه، حج، امر بمعروف، نهی از منکر و امثال آنها) را انجام دهد ولی از تحت ولایت خارج نمیشود، زیرا سن بلوغ از نظر دماغی

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۰۹

و روحی در نظر گرفته نشده است، بنابراین کسی که بلوغ جسمانی را دارا باشد لازم است از نظر نمو دماغی مورد آزمایش قرار گیرد تا دانسته شود که بحد رشد رسیده است.

۲- از نظر خروج از محجوریت

صغیری از محجوریت خارج میشود که بالغ و رشید باشد. رشد عبارت از حالتی است در شخص که نفع و ضرر خود را در هر یک از اعمال میسنجد و آن را مراعات مینماید و در حفظ دارائی خود میکوشد و هرگاه شخص چنین حالتی را نداشته باشد غیر رشید است.

حقوق امامیه برای خارج شدن شخص از تحت ولایت، علاوه بر سن بلوغ (۱۵ سال در ذکور و ۹ سال در اناث) رشد را لازم میداند. بنابراین چنانچه ثابت گردید شخص بالغ و دارای رشد است از تحت ولایت خارج میگردد و الا مادام که رشد او ثابت نشود تحت ولایت خواهد ماند. اختبار از وجود رشد بوسیلهٔ پرسشهائی از شخص بالغ و مراقبت در اعمال و رفتار او و مقایسه با اعمال عقلا بعمل می‌آید. حقوق امامیه معتقد بوجود رشد قبل از سن بلوغ نمیباشد.

فرع – ولایت بر جنین

چنانکه در شرح مادهٔ «۹۵۷» ق. م که میگوید:
«حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد، مشروط بر اینکه زنده متولد شود» گذشت، شخصیت حقوقی انسان از زمان انعقاد نطفه شروع میگردد، ولی چون در رحم مادر، وجود استقلالی نـدارد، قانون حق تمتع او را مشروط بزنده متولد شدنش قرار داده است. بنابراین هرگاه جنین قبل از تولـد، بوسیلهٔ ارث یـا وصیت دارای اموال و حقوق مالی بشود، ناچار بایـد کسـی آن دارائی را اداره نمایـد. نزدیکترین کسـی که شایسـتگی این عمل را دارد همانا ولی خاص او است که پدر و جد پدری و بعد از فوت آنها وصی میباشد که سمت ولایت بر جنین از طرف موصی باو داده شده است.
در صورتی که جنین ولی خاص (پدر، جد پدری یا وصـی) نداشته باشد از طرف دادگاه برای ادارهٔ اموال او امین تعیین میگردد. بند اول مادهٔ «۱۰۳» قانون امور حسبی
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۰
«علاوه بر مواردی که مطابق قانون مدنی تعیین امین میشود در موارد زیر نیز امین معین خواهد شد:
۱- برای ادارهٔ سـهم‌الارثی که ممکن است از ترکهٔ متوفی بجنین تعلق گیرد، در صورتی که جنین ولی یا وصـی نداشته باشد ...». در ماده اگر چه برای اداره سهم الارث جنین بدادگاه اجازه تعیین امین داده شده است، ولی از نظر وحدت ملاک برای هر گونه دارائی که ممکن است جنین دارا شود امین معین میگردد، مثلاـ هرگاه پـدر جنین بمیرد و وصـیتی برای او نموده باشـد و اموالی نیز از بابت سهم الارث بجنین برسـد، جـد پدری و در نبودن او وصـی منصوب از قبل ولی آنها را اداره مینماید. حدود اختیارات ولی خاص در دارائی جنین همانست که نسبت بدارائی صغیر دارد.

۲- مجنونی که جنون او متصل بصغر باشد

و آن کسی است که هیجده سال او که تمام میشود مجنون باشد. خواه جنون اطباقی باشد یا ادواری، چنانکه شرح آن در حجر دیده میشود.
جنون عبارت از عدم اعتدال روحی است که در اثر اختلال اعصاب دماغی حاصل میگردد. تشخیص این امر بوسیلهٔ پزشک روانی با مقایسـهٔ حالات شـخص مزبور با افراد عادی ممکن خواهد بود. این مقایسه با توجه بمحیط اجتماعی، تربیتی و اخلاقی شـخص بعمل می‌آید.
هرگاه کسـی که بسن هیجده سال تمام برسد، دیوانه باشد، دورهٔ ولایت پدر و جد پدری و همچنین وصی منصوب از قبل آنها ادامه خواهد داشت.

۳- سفیهی که سفه او متصل بصغر باشد

چنـانکه گـذشت کسی که هیجـده سال تمام شمسـی دارد فرض میشود که رشـید و عاقل است و از تحت ولایت ولی خاص خارج میگردد، اما هرگاه ثابت گردید کسـی که هیجده سال را تمام نموده، در اثر ضـعف قوای دماغی دارای رشد لازم نشده است، دورهٔ ولایت ولی خاص ادامه خواهد داشت تا رفع محجوریت از سفیه بشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۱

در هر یک از دو مورد فوق (جنون و سفه متصل بزمان صغر) ادامهٔ ولایت ولی قهری منوط برسیدگی دادگاه و صدور حکم است بآنکه شخص مزبور مجنون و سفیه بوده و جنون و سفه او متصل به هیجده سال تمام میباشد. طبق مادهٔ «۱۲۱۰» ق. م: «هیچ‌کس را نمیتوان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام بعنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۲

فصل سوم وظایف و حقوق ولی خاص

اشاره

طبق قاعدهٔ عقلی کسی که بنمایندگی از طرف قانون مال دیگری را اداره مینماید باید اعمال او در اداره امور مربوطه در حدود متعارف باشد. متعارف در ادارهٔ اموال غیر، رعایت غبطه و مصلحت او است. بنظر میرسد که قاعدهٔ مزبور مورد اختلاف حقوقدانان نباشد. در این امر فرق نمینماید که نماینده قانونی باشد مانند پدر، جد پدری، وصی منصوب از قبل آنها، دادستان، قیم و یا امین و یا قراردادی باشد مانند وکیل.

وظائف و حقوق ولی خاص در دو مبحث بیان میشود: وظائف و حقوق ولی قهری (پدر و جد پدری) وظائف و حقوق وصی.

مبحث اول وظائف و حقوق ولی قهری

۱- اختیارات ولی

اختیارات ولی را قانون معین و بیان ننموده است. آنچه از مفهوم دو مادهٔ «۱۱۸۴» و «۱۱۸۶» ق. م استنباط میشود، ولی نمیتواند مرتکب حیف و میل شود و رفتار بر خلاف امانت بنماید. از نظر وحدت ملاک میتوان تمامی اختیارات و وظایف قیم را که قانون مدنی و قانون امور حسبی مقرر داشته نسبت بولی جاری دانست، بدون آنکه دادستان در اعمال او نظارت داشته باشد، زیرا عموماً ولی قهری دلسوزتر از هر کس نسبت بمولی علیه خود میباشد. و ولی بیش از دادستان و دادگاه آشنا باحوال او میباشد و از طرف دیگر صغاری که دارائی دارند و تحت ولایتند بسیارند،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۳

چنانچه قانون حق نظارت برای دادستان در اعمال اولیاء قرار دهد دادستان نمیتواند نظارت خود را با تشکیلات کنونی اعمال نماید.

۲- حدود اختیارات ولی

دائرهٔ اختیارات ولی در ادارهٔ دارائی مولی علیه محدود است و هرگونه عملی که غبطهٔ مولی علیه در آن باشد، میتواند انجام دهد یعنی صرفه و مصلحت او اقتضاء نماید. بنابراین ولی باید اموال مولی علیه را نگاهداری کند و کوشش نماید که عایداتی از آن بدست آورد. معاملاتی که صرفهٔ مولی علیه ایجاب نماید انجام دهد، مانند آنکه آنچه قابل اجاره است باجاره واگذار نماید و هرگاه نگاهداری آن اموال موجب ضایع شدن آنست و یا هزینه بی‌تناسبی را لازم دارد بوسیلهٔ یکی از آن عقود معوض بغیر واگذار نماید، خواه عقد مزبور بیع باشد یا معاوضه یا آنکه هبه و صلح معوض چنانکه اموال او مبل و اثاثیه خانه و یا اتومبیل سواری و امثال

آن باشد.

در صورتی که ولی بـدون رعایت غبطه مالی را برای مولی علیه بخرد و یا مال او را بغیر واگـذار کنـد آن معامله باطل خواهـد بود و شخص ولی و یا قیم و یا خود مولی علیه پس از رشد، میتواند بعنوان عدم رعایت غبطه اعلام بطلان آن معامله را از دادگاه بخواهد.

منظور از رعایت غبطه، غبطهٔ واقعی میباشد، نه آنچه را که ولی غبطه تصور نماید، اگر چه در حقیقت بر خلاف غبطه باشد.

ولی میتواند هرگاه کسی مال مولی علیه را بقیمت گرانتر از آنچه ارزش دارد خریداری کند، بفروشد و مال دیگری بخرد و یا با پول آن معاملات تجاری انجام دهـد (شـخصاً یا بوسـیلهٔ دیگری). ولی میتوانـد دعوی مولی علیه را بصـلح خاتمه دهـد و میتواند در مورد حاجت مولی علیه از طرف او قرض کنـد و اموال او را برهن گذارد. در روشـی که ولی برای انجام معاملات اموال مولی علیه اختیار مینمایـد آزاد است و هر گونه که غبطـهٔ مولی علیه ایجـاب مینمایـد از مزایـده و یـا فروش عـادی رفتـار میکنـد. ولی نمیتوانـد از حق شفعه‌ای که بنفع مولی علیه است صرفنظر نماید، مگر آنکه مصلحت مولی علیه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۴

آن را ایجاب کند، همچنانی که نمیتواند بدون مصلحت ذمه کسی که بمولی علیه مدیون است ابراء نماید.

در صورتی که ادارهٔ اموال مولی علیه احتیاج بکارمنـدانی داشـته باشـد ولی میتوانـد اشخاصـی را اجیر بنماید و اجرت آنان را از مال مولی علیه تأدیه کند.

ولی باید از دارائی مولی علیه وسائل لازم زندگانی او را در حدود شـئون اجتماعی تهیه نماید. و چنانچه زندگانی او احتیاج بپرسـتار و خدمتکار و نوکر داشته باشد باید از دارائی مولی علیه آماده نماید و هزینهٔ مداوا و تربیت و تحصیل او را بپردازد.

ولی باید سعی نماید که هزینهٔ نگاهداری و تربیت مولی علیه از عایدات دارائی او تجاوز ننماید، بطوری که از اصل دارائی بمصرف برسـد، در صورتی که عایـدات مولی علیه کافی برای رعایت شـئون اجتماعی او نباشـد ولی تا آن مقدار که عایدات او تکافؤ میکند مصرف مینماید.

۳- ولی نمایندهٔ قانونی مولی علیه میباشد

اشاره

بدستور ماده «۱۱۸۳» ق. م:

«در کلیه امور مربوطه باموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی نماینـدهٔ قانونی او میباشد». نماینده بکسـی گفته میشود که بجای دیگری بتواند اعمالی را برای او انجام دهد.

نماینده بر دو قسم است:

الف- نمایندهٔ قانونی

و آن عبارت از کسـی است که قانون او را نماینـده قرار میدهد، بدون آنکه منوب عنه در انتخاب او مداخله داشـته باشد. نمایندگان قانونی عبارتند از: ولی، وصی، قیم و امین که در موارد معینی بنمایندگی از طرف دیگری اعمالی را انجام میدهد، و نتیجهٔ آن اعمال برای آنها میباشد. قیم و امین اگر چه از طرف دادگاه بعنوان نمایندگی محجور منصوب میگردند و پس از قبول دارای سمت

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۵

مزبور میشوند، ولی دادگاه باجازهٔ قانون این سمت را بآنها میدهد، بدون آنکه منوب عنه مداخله داشته باشد.

ب– نمایندهٔ قراردادی

و آن عبارت از نمایندگی است که کسی بدیگری در انجام امری که خود میتواند بجای آورد میدهد. وکالت نوعی از نمایندگی قراردادی است. نمایندهٔ قراردادی مانند نمایندهٔ قانونی است.
اما تربیت و نگاهداری مولی علیه چنانچه صغیر باشد. بدستور مادهٔ «۱۱۶۹» ق. م تا دو سال بعهده مادر است و بعد از آن، بعهدهٔ کسی است که حق حضانت او را دارا است و باعتبار حق مزبور به نگاهداری و تربیت او مبادرت مینماید. نگاهداری و مواظبت مولی علیه پس از هیجده سال تمام چنانکه جنون او متصل بزمان صغر باشد بعهدهٔ ولی میباشد. ولی صغیر نمیتواند زن او را طلاق دهد اگر چه این امر از نظر اقتصادی بصلاح صغیر باشد.

۴– امانت بودن اموال مولی علیه نزد ولی

اموال مولی علیه نزد ولی امانت میباشد و باید در نگاهداری آن کمال مراقبت را بنماید و تعدی و تفریط نکند.
بدستور ماده «۱۱۸۶» ق. م در مواردی که برای عدم امانت ولی قهری نسبت بدارائی طفل امارات قویه باشد ضم امین میگردد. بنابراین چنانچه تمام یا بعضی از اموال مولی علیه بدون تعدی و تفریط ولی تلف یا ناقص و یا معیوب شود مسئول آن نخواهد بود و الا ضامن است.

۵– حق الزحمهٔ ولی

ولی میتواند در مقابل اعمالی که برای ادارهٔ اموال و نگاهداری و تربیت مولی علیه انجام میدهد اجرت المثل از دارائی او بردارد. وحدت ملاک مادهٔ «۱۲۴۶» قانون مدنی: «قیم میتواند برای انجام امر قیمومت مطالبهٔ اجرت کند. میزان اجرت مزبور با رعایت کار قیم و مقدار اشتغالی که از امر قیمومت برای او حاصل میشود و محلی که قیم در آنجا اقامت دارد و میزان عایدی مولی علیه تعیین میگردد». اخذ اجرت منافات با الزام قانونی ولی بانجام وظایف مزبور ندارد، زیرا عمل انسان محترم است
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۶
و احترام بآن، دادن اجرت میباشد، مگر آنکه از وظائفی باشد که نفع اجتماعی ایجاب نماید که مجانی انجام گردد.
فقهای امامیه نسبت باین امر دارای نظریات مختلفی میباشند. بعضی بر آنند که ولی میتواند کمترین مقدار از اجرت المثل و آنچه برای اعاشهٔ او لازم است از دارائی مولی علیه بعنوان حق‌الزحمه برداشت نماید. بعضی دیگر اجازه داده‌اند که ولی میتواند بمقدار اجرت المثل از دارائی مولی علیه بردارد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۷

مبحث دوم وظائف و حقوق وصی

چنانکه گذشت وصی کسیست که ولی سمت خود را در سرپرستی و ادارهٔ اموال مولی علیه برای پس از فوت باو واگذار نموده و او عهده‌دار آن میباشد. حدود اختیارات و وظائف و حقوق وصی آنست که ولی برای او قرار داده است. در هر موردی که ولایت خاتمه میپذیرد وصایت بر مولی علیه نیز پایان می‌یابد.
بدستور ماده «۱۱۹۱» ق. م: «اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری به نگاهداری یا تربیت مولی علیه و یا اداره امور او اقدام نکند یا امتناع از انجام وظایف خود نماید منعزل میشود» و برای مولی علیه از طرف دادگاه قیم تعیین میشود. همچنین است بنابر اولویت

مستنبطه از ماده «۱۱۹۱» ق. م در موردی که عدم امانت وصی در دادگاه ثابت شود و یا ثابت گردد که لیاقت ادارهٔ اموال مولی علیه را ندارد و یا مرتکب حیف و میل شده است.

بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۱۸۷» ق. م هرگاه وصی منحصر بواسطهٔ غیبت یا حبس یا بهر علتی نتواند بامور مولی علیه رسیدگی کند به پیشنهاد دادستان حوزه محل اقامت محجور، دادگاه برای تصدی و ادارهٔ اموال مولی علیه و سایر امور راجعه باو موقتاً یک نفر امین معین مینمایند و پس از رفع مانع بدرخواست وصی، دادگاه امین را عزل میکند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۸

فصل چهارم موارد سقوط حق ولایت و ضم امین

اشاره

فصل مزبور در دو مبحث بیان میشود:

مبحث اول- موارد سقوط حق ولایت

بدستور ماده «۱۱۸۲» ق. م: «هرگاه طفل هم پدر و هم جد پدری داشته باشد و یکی از آنها محجور یا بعلتی ممنوع از تصرف در اموال مولی علیه گردد ولایت قانونی او ساقط میشود». و بجای او کسی تعیین نمیگردد و دیگری بتنهائی امور ولایت را انجام میدهد، زیرا پدر و جد پدری هر یک در عرض یکدیگر مستقلا دارای ولایت بر مولی علیه میباشد و تکالیف ولایت را همانگونه که میتوانسته تصدی نماید انجام خواهد داد و احتیاج بتعیین کسی بجای دیگری نخواهد بود، چنانکه در مورد موقوفاتیست که دو یا چند نفر بطور استقلال برای تولیت قرار داده شده و یکی از آنها بمیرد. (قسمت اول ماده «۷۷» ق. م)

بنابر صریح مادهٔ بالا در دو مورد زیر حق ولایت پدر یا جد پدری ساقط میگردد:

الف- در صورتی که یکی از پدر یا جد پدری محجور شود و یا بعلتی ممنوع از تصرف گردد، حق ولایت او ساقط میگردد و پس از آنکه رفع حجر و ممنوعیت از او شد حق ولایت عودت می‌یابد، زیرا از نظر تحلیلی بنظر میرسد که چون ولی مزبور نمیتواند قانوناً وظائف خود را انجام دهد حق اعمال آن را نخواهد داشت و پس از رفع حجر و ممنوعیت وضعیت سابق خود را دارا میگردد، چه ولایت در اثر رابطهٔ ابوت پیدا

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۱۹

شده و آن منشأ اجتماعی عمیق و طبیعی دارد و حجر امری عرضی میباشد و موجب زوال حق ذاتی از ولی نمیگردد.

ب- در صورتی که یکی از پدر و جد پدری مجنون شود یا بعلتی ممنوع از تصرف گردد، مانند خیانت یا عدم لیاقت در اداره کردن یا آنکه در اثر بیماری یا ضعف دماغی و با لاابالیگری نتواند دارائی مولی علیه را اداره نماید، نیز طبق صریح ماده حق ولایت او ساقط میگردد و پس از آنکه بیماری و یا ضعف دماغی او رفع گردید، سمت اولیه او عودت می‌یابد. از نظر تحلیلی بنظر میرسد که سمت ولایت از آثار ابوت است و چنانکه گذشت دارای منشأ اجتماعی و طبیعی میباشد. بدین جهت است که بدستور ماده «۱۱۸۴» ق. م:

هرگاه ولی طفل، منحصر باشد و مرتکب حیف و میل گردد، حاکم یک نفر امین بولی منضم مینماید. بنابراین در مورد مزبور

ولایت ساقط نشده است و پس از بهبودی از بیماری، حق ولایت خود را اعمال خواهد نمود.
تذکر- رسیدگی بسقوط ولایت پدر و یا جد پدری در موارد بالا بوسیله دادگاه شهرستانی خواهد بود که محجور در حوزهٔ آن اقامت دارد. دادگاه بموجبات آن رسیدگی نموده و حکم میدهد، همچنانی که هرگاه موجب سقوط حق ولایت مرتفع گردد بدرخواست ذی‌نفع، دادگاه شهرستانی که حکم بسقوط داده رسیدگی نموده و اعلام برفع موجب سقوط مینماید.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۰

مبحث دوم ضم امین بولی

اشاره

در مواردی که ولی، منحصر بپدر یا جد پدری باشد و او بجهتی از جهات قادر باداره اموال مولی علیه نباشد یا بر خلاف وظائف خود رفتار نماید، بوسیلهٔ دادگاه ضم امین میشود که مشترکاً با موافقت یکدیگر اموال او را اداره کنند. در این امر فرقی نمینماید که پدر و جد پدری هر دو موجود باشند و حق ولایت یکی قبلًا ساقط شده باشد یا آنکه یکی از آن دو فوت نموده باشد.

قسمت اول- موارد ضم امین

اشاره

در موارد زیر بولی قهری منحصر، ضم امین میشود:

۱- عدم لیاقت ولی

بدستور مادهٔ «۱۱۸۴» ق. م هرگاه ولی منحصر طفل، لیاقت اداره کردن اموال مولی علیه را نداشته باشد یک نفر امین ضم میگردد. منظور از عدم لیاقت ولی، بی‌حالی یا عدم قدرت او در اثر بی‌اطلاعی است که در نتیجهٔ آن دارائی مولی علیه در معرض تلف و یا مشرف بخرابی و نقصان عایدات گردد.

۲- ارتکاب حیف و میل از طرف ولی

بدستور ماده «۱۱۸۴» ق. م هرگاه ولی منحصر طفل، در اموال مولی علیه مرتکب حیف و میل شود یک نفر امین بولی منضم میشود. حیف و میل ولی در اموال مولی علیه در صورتی است که ولی خیانت کند، مانند آنکه عایدات دارائی مولی علیه را مصرف شخصی بنماید و یا قسمتی را بفروش رسانده و از ثمن آن استفاده کند و یا بمال الاجاره ناچیزی آن را بیکی از دوستان خود باجاره واگذار نماید و یا آن را بنام خود ثبت کند.

۳- کبر سن یا بیماری ولی

بدستور ذیل مادهٔ «۱۱۸۴» ق. م هرگاه ولی
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۱
منحصر، در اثر کبر سن یا بیماری نتواند اموال مولی علیه را اداره کند یک نفر امین منضم بولی میشود. کبر سن ولی، زمانی موجب

ضم امین میشود که ولی در نتیجهٔ زیادی سن مبتلا بضعف و ناتوانی اعصاب دماغی و یا ضعف جسمانی گردد و نتواند دارائی مولی علیه را آنگونه که شایسته است اداره نمایـد. همچنین است هرگـاه ولی منحصـر در اثر اعتیـاد بمـواد مخـدرهماننـد الکـل، مرفین و کوکائین دچار ضعف دماغی شود، و توانائی اداره دارائی مولی علیه را نداشته باشد.

کلمـهٔ انحصـار اگر چه در مـادهٔ «۱۱۸۴» قیـد نگردیـده ولی حکـم آن در مـوردی اسـت که ولی منحصـر بفرد باشـد یـا هر دو آنـان شایستگی ادارهٔ دارائی مولی علیه را نداشته باشند.

۴– عدم امانت ولی

بدستور ماده «۱۱۸۶» ق. م در صورت عـدم امانت ولی منحصـر، ضم امین باو میشود. مادهٔ «۱۱۸۶» ق. م: «در مواردی که برای عـدم امانت ولی قهری نسبت بدارائی طفل امارات قویه موجود باشد، مدعی العموم مکلف است از محکمه ابتدائی رسیدگی بعملیات او را بخواهد. محکمه در این مورد رسیدگی کرده در صورتی که عدم امانت او معلوم شد مطابق مادهٔ «۱۱۸۴» رفتار مینماید». منظور از عـدم امـانت ولی با آنکه در مادهٔ «۱۱۸۴» ق. م حکم مورد ارتکـاب حیف و میـل را بیـان نموده آنست که ولی تعـدی و تفریـط در اموال مولی علیه روا دارد، بـدون آنکه مرتکب حیف و میـل شود، چنانکه ماده «۹۵۱» ق. م میگویـد: «تعدی تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت بمال یا حق دیگری». و ماده «۹۵۲» ق. م میگوید:

«تفریط عبارت است از ترک عملی که بموجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است».

۵– غیبت یا حبس بودن ولی

بدستور مادهٔ «۱۱۸۷» ق. م: «هرگاه ولی قهری منحصر، بواسطه غیبت یا حبس یا بهر علتی که نتواند بامور مولی علیه رسیدگی کند و کسـی را هم از طرف خود معین نکرده باشـد، حاکم یک نفر امین به پیشـنهاد مـدعی العموم برای تصدی و ادارهٔ اموال مولی علیه و سایر امور راجعه باو موقتاً معین خواهد کرد». منظور از قید (منحصر) مذکور در ماده آنست که هرگاه حق ولایت یکی از پدر یا جد پدری ساقط

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۲

شـده باشـد و یا در اثر کبر سن و یا بیماری نتوانـد اموال مولی علیه را اداره کند و یا فوت کرده باشد و ولی دیگر (منحصـر) چنانچه غائب یا محبوس باشـد یا بعلت دیگری نتواند باداره امور مولی علیه برسد، امین تعیین میگردد. در صورتی که پدر و جد پدری زنده باشـند ولی یکی از آنها در اثر غیبت یا حبس یا علت دیگری نتوانـد رسـیدگی بامور مولی علیه بنمایـد ولی دیگر رسـیدگی خواهد نمود. این امر را میتوان بسادگی از مادهٔ «۱۱۸۲» ق. م استنباط کرد.

تعیین امین در مورد غیبت یـا حبس و یـا وجود علت دیگری که ولی نتوانـد بـادارهٔ اموال مولی علیه بـپردازد، در صورتیست که ولی مزبور وکیلی از طرف خود برای ادارهٔ اموال مولی علیه تعیین ننموده باشد و الا وکیل مزبور بانجام امور مذکور اقدام خواهد نمود.

قسمت دوم– طریق تعیین امین

درخواست ضم امین

چنـانکه از مواد «۱۱۸۴» و مـادهٔ «۱۱۸۷» ق. م مـذکور در بالاـ معلوم میگردد، بتقاضـای اقربای طفل و یا بتقاضای دادسـتان در موارد پنجگانه (۱– ۲– ۳– ۴– ۵) در دادگـاه شهرسـتانی که ولی در حوزهٔ آن سـکونت دارد رسـیدگی میشود. رسـیدگی در موارد بالا با حضور دادستان بعمل می‌آید و پس از اثبات مورد ادعا دادگاه یک نفر را بعنوان امین منصوب و معرفی مینماید.

تـذکر- پس از آنکه موجب ضم امین زائـل گردیـد، ذی‌نفع که نوعـاً ولی منحصـر است از دادگـاهی که امین را تعیین نموده اسـت درخواست عزل امین را مینمایـد، دادگـاه پس از رسـیدگی چنـانچه محرز دانست که موجب تعیین امین برطرف شـده است، امین را عزل مینماید و از آن پس ولی منحصر مستقلًا اموال مولی علیه را اداره میکند.

تبصره- تعیین قیم با بودن ولی

اشاره

تعیین قیم با بودن ولی در دو مورد زیر بعمل می‌آید:

۱- در موردی که ولی قهری منحصر محجور شود

بدستور مادهٔ «۱۱۸۵» ق. م: «هرگاه ولی قهری طفل محجور شود مدعی العموم مکلف است مطابق مقررات
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۳
راجعه بتعیین قیم، قیمی برای طفـل معین کنـد». حکم مـاده بالاـ در موردی است که ولی، منحصـر بپـدر یـا جـد پـدری باشـد (خواه دیگری فوت نموده یـا حق ولایت او بدسـتور ماده «۱۱۸۲» ق. م ساقط شـده باشـد) و الا با محجور شـدن یکی از پدر یا جد پدری، دیگری وظائف خود را مستقلًا انجام میدهد و احتیاج بتعیین قیم ندارد.
از نظر وحدت ملاک حکم ماده در مورد ولی منحصر کسی که جنون یا سفه‌اش متصل بصغر باشد نیز جاری میشود. بنابراین هرگاه ولی منحصـر کسی که جنون یا سفه‌اش متصل بصغر باشد محجور شود دادستان مکلف است مطابق مقررات راجعه بتعیین قیم، قیمی برای مجنون یا سفیه نامبرده معین نماید.

۲- قیم اتفاقی

بدسـتور مـادهٔ واحـدهٔ قانون راجع به تعیین قیم اتفاقی مصوب ۳۶ اردیبهشت «۱۳۱۶»: «در مواردی که تعقیب جرم موقوف بشـکایت متضرر از جرم است، اگر متضرر از جرم صغیر باشد و ولی یا قیم ندارد، مدعی العموم مکلف است موافق قانون برای صغیر قیم معین کند و هرگاه تعیین قیم موجب فوت وقت یا توجه ضـرر و زیان نسـبت بصـغیر باشد تا تعیین قیم، مدعی العموم موقتاً کسی را بعنوان قیم اتفاقی تعیین مینمایـد و در مواقع ضـرورت قبل از تعیین قیم اقدامات فوری را که برای حفظ آثار و دلائل جرم و تعقیب آن لازم است دستور میدهد، ولی ادامهٔ تعقیب منوط است باینکه قیم مصلحت صغیر را در تعقیب امر تشخیص کند و شکایت نماید.
در مواردی که صـغیر، ولی یا قیم دارد و ولی یا قیم او شـخصاً مرتکب عمل شده و یا مداخله در جرم داشته و موافق قانون مدنی قیم اتفاقی هنوز معین نشده است نیز بهمین ترتیب عمل خواهد شد و اگر قیم اتفاقی تعیین شده وظیفهٔ اقدام بر عهدهٔ او است».
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۴

فصل پنجم پایان ولایت ولی

طبق ماده «۱۱۹۳» ق. م: «همین‌که طفل (صـغیر) کبیر و رشـید شد از تحت ولایت خارج میشود و اگر بعداً سفیه یا مجنون شود قیمی برای او معین میشود».
یعنی پس از آنکه صـغیر به ۱۸ سال تمام شمسـی رسـید بخودی خود ولایت ولی خاتمه میپذیرد، مگر اینکه در اثر رسیدگی دادگاه

ثابت شود که او مجنون و یا سفیه است و جنون و سفه او متصل بزمان صغر میباشد که در این صورت کشف میگردد ولایت ولی خاتمه نپذیرفته است و دادگاه حکم بقاء حجر او را میدهد.

چنانکه گذشت اموال مولی علیه تا زمان رشد او نزد ولی امانت است و مانند وکیل باید بصلاح و غبطه مولی علیه آن را اداره و نگاهداری نماید و پس از زمان رشد تسلیم مولی علیه سابق کند. در صورتی که مولی علیه سابق مطالبه محاسبه نماید ولی باید حساب دوران ولایت خود را باو بدهد، زیرا یکی از وظایف نماینده، خواه قانونی باشد مانند ولی و قیم، و خواه قراردادی باشد مانند وکیل، دادن صورت عملیات دورهٔ تصدی خود است. وحدت ملاک مادهٔ «۱۲۴۵» ق. م: «قیم باید حساب زمان تصدی خود را پس از کبر و رشد یا رفع حجر بمولی علیه سابق خود بدهد. هرگاه قیمومت او قبل از رفع حجر خاتمه یابد حساب زمان تصدی باید بقیم بعدی داده شود».

و ماده «۶۶۸» ق. م: «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را بموکل بدهد و آنچه را که بجای او دریافت کرده است باو رد کند». و هرگاه ولی در دارائی مولی علیه حیف و میل نموده و یا در اثر اهمال و یا بی‌لیاقتی زیانی متوجه او شده است ضامن میباشد و باید جبران کند و برای اثبات آن مولی علیه میتواند پس از رشد در دادگاه بر علیه ولی

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۵

سابق خود اقامهٔ دعوی نموده و مطالبهٔ خسارات را بنماید.

در صورتی که مولی علیه مدعی بطلان یکی از معاملاتی که ولی نموده باعتبار عدم رعایت غبطه و مصلحت شود، میتواند آن را بوسیله هر گونه دلیلی در دادگاه ثابت نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۶

کتاب نهم- در الزام بانفاق

اشاره

نفقه در اصطلاح حقوقی عبارت از چیزهائی است که شخص برای زندگانی احتیاج بآن دارد از قبیل: خوراک، پوشاک، و مسکن و اثاث منزل. در اصطلاح حقوقی کسی که عهده‌دار نفقه میباشد منفق و کسی که نفقه باو داده میشود منفق علیه گویند.

اصولًا نفقهٔ هر شخصی بعهدهٔ خود او است، مگر آنکه کسی تعهد بر انفاق او نموده باشد و یا قانون بجهتی از جهات کسی را ملزم بانفاق او کرده باشد.

قانون در دو مورد زیر نفقهٔ افرادی را بعهدهٔ دیگری گذارده است:

مبحث اول- نفقهٔ زوجه

شرح نفقهٔ زوجهٔ در قسمت تکالیف زوجین در کتاب جلد چهارم حقوق مدنی گذشت. مادهٔ «۱۱۹۵» ق. م میگوید: «احکام نفقهٔ زوجه همان است که بموجب فصل هشتم از باب اول از کتاب هفتم مقرر شده و بر طبق همین فصل مقرر میشود». و موادی که در این قسمت راجع بنفقه زوجه ذکر گردیده نیز شرح داده شده است (بجلد چهارم رجوع شود).

مبحث دوم- نفقهٔ اقارب

اشاره

اقارب عبارت از خویشاوندان شخص هستند اعم از نسبی، سببی و رضاعی که اقسام آن در کتاب حقوق مدنی جلد چهارم گذشت. سبب و درجهٔ خویشاوندی اقارب با یکدیگر یکسان نیست، سبب در بعضی خون و بعضی ازدواج و بعضی شیر دادن میباشد، همچنانی که بعضی نزدیکتر از بعض دیگر بشخص هستند و باین اعتبار حقوق و تکالیف آنان نسبت بیکدیگر فرق مینماید. قرابت دارای آثار و احکامی است، چنانکه نکاح بین بعض از آنان ممنوع است، و بعضی از اقارب از بعض دیگر بطریقی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۷

در کتاب ارث شرح آن گذشت ارث میبرند. همچنین بعضی از خویشاوندان باید بعض دیگر را در صورت احتیاج انفاق بنماید و این امر منحصر ببعضی از اقارب نسبی میباشد مادهٔ «۱۱۹۶» ق. م میگوید: «در روابط بین اقارب فقط اقارب نسبی در خط عمودی اعم از صعودی یا نزولی ملزم بانفاق یکدیگرند».

موضوعاتی که در نفقهٔ اقارب مورد گفتگو قرار میگیرد:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۸

باب اول خویشاوندانی که ملزم بانفاق یکدیگرند

اشاره

چنانکه مادهٔ «۱۱۹۶» ق. م تصریح مینماید، اقارب نسبی در خط عمودی فقط ملزم بانفاق یکدیگر میباشند. در کتاب قرابت گذشت که خویشاوندان خط عمودی بر دو دسته‌اند:

۱- کسانی که شخص از آنان متولد شده که آنان را اقارب و خویشاوندان عمودی صعودی آن شخص نامند.

۲- کسانی که آنان از شخص متولد شده‌اند که آنان را خویشاوندان نزولی آن شخص گویند.

بنابر صریح مادهٔ بالا فقط خویشاوندان عمودی، اعم از صعودی یا نزولی که عبارتند از اولاد و ابوین و اجداد بشرحی که ذیلًا بیان میگردد حق انفاق بر یکدیگر دارند. اما خویشاوندان اطراف مانند برادر، خواهر، عمو و عمه، دائی و خاله و اولاد آنها چنین حقی را بر شخص ندارند. قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیه است و دعوی اجماع بر آن نموده‌اند. قول دیگری که علامه در قواعد آن را نقل کرده بر آنست که وراث احتمالی از مستحقین انفاق هستند.

قسمت اول- نفقهٔ اولاد

اشاره

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۵، ص: ۲۲۸

چنانکه مادهٔ «۱۱۹۹» ق. م متذکر است: «نفقهٔ اولاد بر عهدهٔ پدر است، پس از فوت پدر یا عدم قدرت او بانفاق، بعهدهٔ اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب.

در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهدهٔ مادر است.
هرگاه مادر هم زنده و یا قادر بانفاق نباشد با رعایت الاقرب فالاقرب بعهدهٔ اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۲۹
از حیث درجهٔ اقربیت مساوی باشند نفقه را باید بحصهٔ متساوی تادیه کنند» در مادهٔ مزبور پنج امر باید مورد توجه قرار گیرد:

۱- نفقهٔ اولاد بر عهدهٔ پدر است

منظور ماده از کلمهٔ اولاد کسانی هستند که از شخص بلافاصله متولد شده‌اند، خواه ذکور باشند یا اناث. اولاد اگر چه صغیر باشند چنانکه از خود دارائی دارند از آن ارتزاق مینمایند. یعنی ولی یا قیم یا وصی از مال آنها که تحت اختیار دارد نفقهٔ لازم را میپردازد. مثلا هرگاه کودک بسببی از اسباب مانند وصیت وارث دارائی داشته باشد از دارائی خود ارتزاق میکند و الا پدر و اجداد ملزم است باو انفاق بنماید.

۲- در نبودن پدر یا عدم قدرت او نفقهٔ بعهدهٔ اجداد پدری است

منظور ماده از اجداد پدری، جد، پدر جد و جد جد هرچه بالا رود میباشد. چنانکه ماده تصریح مینماید در صورتی که پدر مرده باشد و یا بجهتی از جهات قادر بدادن نفقه نباشد، نفقهٔ شخص در حدود شرائط لازم بعهدهٔ جد پدری او است و هرگاه جد پدری او مرده باشد و یا بجهتی از جهات قدرت بدادن نفقه را نداشته باشد، نفقهٔ او بعهدهٔ پدر جد است.
هر یک از اجداد پدری که از حیث درجه نزدیکتر بشخص است در دادن نفقه مقدم بر جدی است که در درجه از شخص دورتر میباشد، زیرا نزدیکی او بیشتر است. این امر را ماده بعبارت (الاقرب فالاقرب) بیان نموده است.

۳- در نبودن پدر و اجداد پدری یا عدم قدرت آنها نفقه بعهدهٔ مادر است

مادهٔ بالا- مادر را در نبودن پدر و اجداد پدری یا عدم قدرت آنها، مکلف بدادن نفقه نموده است و این روش از بقایای روش پاتریارکا میباشد که اساس و پایه بسیاری از قوانین ملل قدیمه بوده و آثار آن کم و بیش در عدهٔ از موارد در قوانین ملل کنونی دیده میشود.

۴- در نبودن مادر یا عدم قدرت او نفقه بعهدهٔ اجداد و جدات مادری و جدات پدری میباشد

ماده بالا با آنکه به پیروی از روش پاتریارکا، پدر و خویشاوندان پدری را بر مادر مقدم داشته است، در قسمت اخیر بر خلاف روش خود جدات پدری را
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۰
در ردیف اجداد و جدات مادری قرار داده است. علت این امر آنست که زنان از خویشاوندان پدری در عادات ملل مزبور در ردیف خویشاوندان مادری محسوب می‌شدند.

قسمت دوم- نفقهٔ ابوین و اجداد

اشاره

چنانکه ماده «۱۲۰۰» ق. م میگوید: «نفقهٔ ابوین با رعایت الاقرب فالاقرب بعهده اولاد و اولاد اولاد است». منظور ماده از کلمهٔ ابوین پدر و مادر میباشند. در مادهٔ مزبور انفاق کنندگان بابوین را اولاد قرار داده، خواه ذکور باشند و خواه اناث، بدون آنکه یکی را بر دیگری مقدم دارد.
منظور ماده از کلمهٔ (با رعایت الاقرب فالاقرب بعهدهٔ اولاد و اولاد اولاد است) آنست که هر یک از ابوین که مستحق انفاق باشند، در مرحلهٔ اول اولاد بلافصل عهده‌دار نفقه آنان میباشد. در صورت فوت یا عدم قدرت آنها، نوه ملزم بانفاق است بهمین ترتیب اولاد هرچه پائین رود عهده‌دار نفقهٔ آنها خواهند بود و نتیجهٔ هر شخص عهده‌دار نفقه ابوین جد، جده هر چه در خط عمودی بالا رود میباشد بترتیبی که ذکر گردید.

تبصره ۱– در مورد تعدد منفق یا تعدد منفق علیه

۱– تعدد منفق

اشاره

هرگاه کسانی که ملزم بانفاق شخص هستند متعدد باشند، چنانکه کسی محتاج بانفاق باشد و دارای چند فرزند است و تمامی آنان قادر بدادن نفقه میباشند، آنها نفقهٔ لازم را بحصهٔ متساوی خواهند پرداخت. در این امر چنانکه ذیلًا دیده میشود فرق نمینماید که انفاق کنندگان در یک خط باشند، یا در دو خط صعودی و نزولی.

الف– تعدد انفاق کنندگان در یک خط

طبق صریح مادهٔ «۱۱۹۹» ق. م اگر چند نفر از اجداد یا جدات شخص از حیث درجهٔ اقربیت مساوی باشند نفقه را باید بحصه متساوی تادیه کنند، مثلا چنانچه کسی که باید باو انفاق شود دارای جدهٔ پدری و جد و جدهٔ مادری میباشد، در این صورت نفقهٔ اولاد مزبور بعهده آن سه نفر خواهد بود که هر یک ثلث آن را خواهند پرداخت، زیرا قانون آنان را در یک ردیف عهده‌دار نفقهٔ اولاد خود شناخته است. همچنین است در مورد خط نزولی چنانکه ابوین مستحق بانفاق،
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۱
دارای چند فرزند باشند.

ب– تعدد انفاق کنندگان در دو خط صعودی و نزولی

بدستور ماده «۱۲۰۱» ق. م: «هرگاه یک نفر هم در خط عمودی صعودی و هم در خط عمودی نزولی اقارب داشته باشد، که از حیث الزام بانفاق در درجه مساوی هستند، او را باید اقارب مزبور بحصهٔ متساوی تأدیه کنند. بنابراین اگر مستحق نفقه، پدر و مادر و اولاد بلافصل داشته باشد، نفقهٔ او را باید پدر و اولاد او متساویاً تأدیه کنند، بدون اینکه مادر سهمی بدهد و همچنین اگر مستحق نفقه، مادر و اولاد بلافصل داشته باشد، نفقهٔ او را باید مادر و اولاد متساویاً بدهند»، بنابراین هرگاه کسی مستحق نفقه گردد و پدر و مادر و سه فرزند دارد، هر یک از پدر و اولادان یک چهارم نفقه او را عهده دارند و مادر چون در طبقه بعد قرار دارد از تأدیه نفقه معاف خواهد بود.

۲– تعدد منفق علیه

بدستور ماده «۱۲۰۲» ق. م: «اگر اقارب واجب النفقه متعدد باشند و منفق نتواند نفقهٔ همهٔ آنها را بدهد، اقارب در خط عمودی نزولی مقدم بر اقارب در خط عمودی صعودی خواهند بود». مثلًا هرگاه کسی دارای پدر و مادر و فرزندی میباشد که تمامی مستحق انفاق میباشند، و او قادر بانفاق تمامی آنان نیست، در این صورت انفاق فرزند را باید مقدم دارد و چنانچه بتواند، سپس بپدر و مادر خود نفقه بدهد. فلسفهٔ تقدم اقارب در خط عمودی نزولی در انفاق، بر اقارب، در خط عمودی صعودی آنست که منفق سبب ایجاد آنان بوده است.

در صورتی که کسی دارای چندین فرزند باشد و نتواند تمامی را انفاق کند و فقط بمقدار انفاق یک نفر بیشتر ندارد، آن مقدار را بین تمامی آنان تقسیم خواهد نمود، زیرا موجبی برای برتری دادن یکی بر دیگری موجود نیست.

تبصره ۲– نفقهٔ خود شخص مقدم بر نفقهٔ زوجه است

نفقه خود شخص مقدم بر نفقهٔ دیگری است، زیرا حب ذات که یک حس طبیعی است مانع خواهد بود که بتوان شخص را وادار نمود رفع احتیاج دیگری را مقدم

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۲

بر رفع احتیاج خود دارد. بنابراین هرگاه کسی فقط بمقدار نفقهٔ شخص خود دارد، قانون نمیتواند او را الزام نماید که آن را بزوجه دائمه خود بدهد و خود گرسنه و بی‌پوشاک و مسکن بگذراند. بنابراین شخص پس از برداشت نفقهٔ خود از آنچه میماند نفقه زوجه دائمه خود را خواهد داد. منظور از نفقهٔ شخص که مقدم بر نفقهٔ زوجه است غذای یک روز و یک شب و کسوه و سکنی است که شایسته با وضعیت اجتماعی او باشد و همچنین است رختخواب و وسائل زندگانی و چنانچه بیش از آن بماند بابت نفقهٔ زوجه داده خواهد شد.

فرع– در صورتی که جوانی غیر متأهل پس از کنار گذاردن نفقهٔ خود قادر بر نفقهٔ اقارب خود نیز باشد، ولی وضعیت مزاجی او را ناچار نماید که تأهل اختیار کند، بطوری که بدون آن در ناراحتی و حرج قرار گیرد، زناشوئی را بر نفقهٔ اقارب مقدم میدارد، اگر چه برای انفاق اقربای واجب النفقه چیزی باقی نماند، زیرا زناشوئی در مورد مزبور از احتیاجات زندگی منفق بشمار می‌آید و بنابر مستنبط از ذیل ماده «۱۱۹۸» ق. م که تصریح مینماید: در صورتی شخص ملزم بانفاق دیگری است که متمکن از دادن نفقه باشد، بدون اینکه از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد، خودداری از زناشوئی او را دچار ناراحتی شدید مینماید. اما هرگاه خودداری از زناشوئی او را در ناراحتی شدید و حرج قرار ندهد، فقها دارای اختلاف عقیده میباشند، بنظر میرسد که بنابر مستفاد از ماده «۱۱۹۸» ق. م شخص مزبور نمیتواند ازدواج نماید و ملزم بتأدیهٔ نفقهٔ اقارب خود میباشد.

تبصره ۳– نفقهٔ زوجهٔ دائمه مقدم بر نفقهٔ اقارب است

بدستور ماده «۱۲۰۳» ق. م: «در صورت بودن زوجه و یک یا چند نفر واجب النفقهٔ دیگر، زوجه مقدم بر سایرین خواهد بود». مثلا هرگاه کسی زوجهٔ دائمه و پدر و مادری دارد که مستحق انفاق میباشند و شخص مزبور کارگر ساده‌ای است که از دست رنج خود فقط قادر بنفقهٔ دو نفر بیش نیست، در این صورت باید نفقهٔ خود را بر دارد و آنچه باقی میماند بزوجه انفاق کند،

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۳

زیرا خود او و زوجه‌اش مقدم بر پدر و مادر میباشند.

تذکر– موجب تقدم نفقهٔ زوجه دائمه بر نفقهٔ اقارب آنست که نفقهٔ زوجه بتبع نکاح، مورد تعهد شوهر قرار گرفته است و شوهر پس

از اداء دیون و تعهدات خود چنانچه قادر بانفاق اقارب باشد ملزم بآن است و همچنین نفقهٔ زن منقطعه که شوهر تعهد بانفاق او نموده است یا عرف و عادت اقتضاء انفاق کند، مقدم بر نفقهٔ اقارب است، زیرا کلمهٔ زوجه در ماده «۱۲۰۳» ق. م مطلق میباشد و شامل زوجهٔ دائمه و منقطعهٔ که تعهد بانفاق او شده یا عرف و عادت اقتضاء آن را بنماید میگردد، از طرف دیگر پس از تعهد شوهر بدادن نفقهٔ زن منقطعه و یا اقتضاء عرف و عادت که بمنزلهٔ تعهد است آن نفقه در ردیف دیون شوهر قرار میگیرد و مدیون ملزم بتأدیه آن خواهد بود و پس از تأدیه آن، استطاعت شخص برای دادن نفقه اقارب مورد نظر قرار میگیرد.

چنانکه ذیلا دیده میشود، الزام انفاق باقارب مانند الزام بانفاق در زوجیت دائم، بدون قید و شرط نیست، بلکه مشروط باستطاعت میباشد و همیشه استطاعت پس از اداء دیون و تعهدات باید در نظر گرفته شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۴

باب دوم در شرائط منفق علیه و منفق

۱- شرائط منفق علیه

اشاره

منفق علیه کسی است که باو انفاق میشود. طبق مادهٔ «۱۱۹۷» ق. م: «کسی مستحق نفقه است که ندار بوده و نتواند بوسیلهٔ اشتغال بشغلی وسائل معیشت خود را فراهم سازد». بنابراین هر یک از خویشاوندان عمودی (صعودی یا نزولی) شخص در صورتی مستحق نفقه است که دارای دو شرط زیر باشد:

الف- ندار باشد

منظور از نداری آنست که شخص فاقد باشد آنچه را که برای زندگانی فعلی خود احتیاج بآن دارد. بنابراین کسی که فعلًا زندگانی خود را بنحوی از انحاء اداره می‌نماید، اگر چه قوت سال خود را ندارد (و مستحق زکاهٔ است) مستحق نفقه نمیباشد. اما کسی که بتواند بوسیلهٔ قرض نمودن و خواستن کمک و مساعدت از دیگری زندگانی خود را بگذراند مستحق انفاق است. هرگاه چنین شخصی که میتواند بوسیله استقراض زندگانی خود را بگذراند، قرض بکند و مساعدت از دیگری بگیرد مستحق انفاق نمیباشد.

ب- نتواند بوسیلهٔ اشتغال بکار وسیلهٔ معیشت خود را فراهم سازد

اشاره

عدم توانائی بر اشتغال را مادهٔ بالا شرط استحقاق نفقه دانسته، زیرا نفقه برای جلوگیری از گرسنگی و حفظ حیات میباشد و کسی که قادر بر اشتغال است محتاج نمیباشد. عدم توانائی از اشتغال ممکن است در اثر کمی سن باشد مانند صغیر هفت‌ساله، و ممکن است در اثر کبر سن یا بیماری یا نقص خلقت از قبیل کوری، فلج و امثال آن باشد.

همچنین است هرگاه در اثر نبودن کار شخص نمیتواند شغلی بدست آورد، تا بوسیلهٔ اجرت آن زندگانی بنماید، اگر چه موجب این امر خود او شده باشد، مانند داشتن سوء

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۵

پیشینه و امثال آن. همچنین است کسی که میتوانسته با آموختن دانش و حرفهٔ بکار اشتغال پیدا کند، ولی در اثر تنبلی آن را

نیاموخته و بیکار مانده است. اشخاص مزبور مستحق انفاق میباشند.

مادهٔ «۱۱۹۷» ق. م اگر چه مطلق است و توانائی اشتغال بهر کاری که برای شخص پیدا شود مانع از استحقاق نفقه میداند، ولی از روح قانون و رعایت عدالت قضائی بنظر میرسد که منظور ماده اشتغال بکاری است که متناسب با شئون او باشد. بنابراین چنانچه مرد دانشمندی و یا سیاستمداری که در اثر گردش روزگار محتاج شده است و کاری که در خور او باشد نمییابد و اشتغال بکارهائی که یافت میشود برای او دشوار و شاق نیست و قدرت بر انجام آن را نیز دارد ولی بر خلاف شئون اجتماعی او است مانند عملگی، سپوری و امثال آن هرگاه امتناع نماید، مستحق انفاق است. در صورتی که کسی بتواند بوسیلهٔ اشتغال بکاری که متناسب با وضعیت و شئون اجتماعی او است و قدرت بر انجام آن را نیز دارد، بکار نپردازد و به تن‌پروری روزگار بگذراند مستحق انفاق نمیباشد، ولی چنانچه روز بر او بگذرد و نفقهٔ خود را تهیه ننماید و محتاج معاش آن روز خود گردد، باید باو انفاق آن روز و روزهائی که بدین نحو میگذرد بشود، اگر چه عجز در اثر اهمال و تنبلی خود او بوده است.

نقص عضو مانند کوری و زمین‌گیری و یا جنون شرط استحقاق نفقه نمیباشد، بلکه اشخاص مزبور چنانکه بتوانند بوسیلهٔ اشتغال بکاری که متناسب با شئون اجتماعی آنها باشد زندگانی خود را تأمین نمایند و بآن کار نپردازند مستحق نفقه نخواهند بود.

مگر این که روز بگذرد و محتاج بمعاش خود شوند.

مسأله- در صورتی که دختری دارای قابلیت صحی برای ازدواج باشد

که هرگاه شوهر بنماید (دائم یا منقطع) شوهرش ملزم بدادن نفقهٔ او میگردد و آن را میدهد. دختر با خواستگاری مردی که از هر جهت شایستگی زناشوئی با او را دارا است امتناع از ازدواج نماید، عده‌ای از فقهاء بر آنند که دختر مزبور در حکم کسی است که میتواند بوسیلهٔ اشتغال بکار، معیشت خود را تأمین کند و چون مایل بازدواج

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۶

نمیباشد مانند کسی میباشد که امتناع از کار مینماید و مستحق انفاق نخواهد بود.

از نظر قضائی بنظر میرسد که از مفهوم مادهٔ «۱۱۹۷» ق. م استنباط میشود کسی که بتواند بوسیلهٔ اشتغال بکار، وسیلهٔ معیشت خود را فراهم آورد مستحق انفاق نمیباشد و ازدواج شغل نیست تا امتناع دختر را اگر چه از هر جهت ازدواج مناسب باشد، مانع از استحقاق نفقه دانست.

۲- شرایط منفق

اشاره

منفق کسیست که بدیگری انفاق میکند. بدستور مادهٔ «۱۱۹۸» ق. م «کسی ملزم بانفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد، یعنی بتواند نفقه بدهد، بدون اینکه از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد. برای تشخیص تمکن باید کلیه تعهدات و وضع زندگانی شخصی او در جامعه در نظر گرفته شود».

چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید (کسی ملزم بانفاق است که متمکن از دادن نفقه دیگری باشد.) شرط الزام بانفاق بدیگری تمکن از دادن نفقه میباشد و چون کلمهٔ (تمکن از دادن نفقه) مبهم و درجهٔ آن معلوم نبوده و احتمال داده میشد که مورد اختلاف نظر قضائی قرار گیرد، ذیل مادهٔ حدود آن را بیان نموده میگوید، «... بدون اینکه از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد ...» بنابراین کسی که فقط بمقدار قوت روز و شب و همچنین لوازم دیگر زندگانی خود را مانند منزل و فرش، رختخواب و امثال

آن دارد و اگر بخواهد از آن بدیگری بدهد در سختی و دشواری می‌افتد ملزم بدادن نفقه باقربای مستحق خود نمیباشد و الا هرگاه در مضیقه و سختی زندگانی دچار نمیشود، مانند آنکه با گذراندن زندگانی خود بطور عادی قوت چند روز را دارد، مکلف بانفاق باقربای مستحق خود میباشد.

بدستور ذیل مادهٔ «۱۱۹۸» ق. م: «برای تشخیص تمکن باید تعهدات و وضع زندگانی شخصی او در جامعه در نظر گرفته شود» چنانکه مادهٔ تصریح مینماید برای تشخیص تمکن دو امر در نظر گرفته میشود:

الف– تعهدات منفق

منظور از تعهدات منفق دیونیست که حال و یا موقع

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۷

پرداخت آن رسیده است از هر سببی که موجود شده باشد، زیرا تعهد مزبور قابل مطالبه از طرف دائن میباشد و باید پرداخت گردد و با تأدیهٔ آن از موجودی منفق کسر میشود. بنابراین وضعیت تمکن شخص با احتساب دیون مزبور در نظر گرفته میشود و دیونی که مؤجل میباشد و مدت تأدیهٔ آن هنوز نرسیده است و دائن حق مطالبهٔ آن را ندارد مورد نظر قرار نمیگیرد.

ب– وضعیت اجتماعی

منظور ماده از در نظر گرفتن وضع زندگانی شخص منفق در جامعه برای تشخیص تمکن، آنست که در کیفیت نفقه منفق باید رعایت موقعیت اجتماعی او در محیطی که زندگانی مینماید مطابق عرف و عادت بشود. مثلا هرگاه منفق از اشخاصی است که همردیفان او اتومبیل شخصی دارند و معمول او نیز سوار شدن اتومبیل شخصی است، نمیتوان آن را در نفقهٔ منفق در نظر نگرفت و همچنین است نوکر و خدمتکار و امور دیگری که همردیفان منفق دارا هستند و منفق نیز دارا بوده است.

ولی هرگاه همردیفان منفق بوسیلهٔ اتوبوس یا تاکسی ایاب و ذهاب مینمایند در تشخیص تمکن منفق اتومبیل شخصی نباید در نظر گرفته شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۸

باب سوم مقدار نفقهٔ اقارب

اشاره

قانون مقدار نفقهٔ اقارب را تعیین ننموده است، زیرا سبب لزوم انفاق باقارب احتیاج آنان برای جلوگیری از گرسنگی و حفظ و بقاء حیات است، لذا اقارب بمقداری که رفع حاجت آنها میشود مستحق نفقه میباشند. این است که مادهٔ «۱۲۰۴» ق. م.

میگوید: «نفقهٔ اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت بقدر رفع حاجت با در نظر گرفتن درجهٔ استطاعت منفق» چنانکه ماده تصریح مینماید در نفقهٔ اقارب استطاعت انفاق‌کننده در نظر گرفته میشود، لذا هرگاه انفاق‌کننده قادر بدادن نفقه اقارب بمقدار احتیاج آنان باشد آن را باید بپردازد و هرگاه قدرت رفع تمام احتیاجات آنان را ندارد هر مقداری را که پس از وضع نفقهٔ خود و زوجه دائمه یا منقطعه که تعهد بانفاق او نموده است دارا میباشد، باقارب مستحق میدهد. مقدار نفقهٔ اقارب باید بطور متعارف باشد و آن باعتبار زمان و مکان و وضعیتهای مختلف فرق میکند. مقداری که عموماً برای رفع احتیاج کافی است عبارت از

خوراک و پوشاک و مسکن و رختخواب و امثال آن از اثاثیه منزل است و چنانچه هوا سرد باشد وسیله برای گرم کردن، و هرگاه بیمار گردند داروی لازم برای مداوا و چنانچه عمل جراحی لازم داشته باشند، هزینهٔ آن باید بآنها داده شود و همچنین است هزینهٔ لازم برای نظافت از قبیل حمام و سلمانی و امثال آن. باری آنچه منفق علیه برای زندگانی خود احتیاج بآن دارد که بدون آن در ناراحتی شدید و حرج دچار میشود منفق باید باو بدهد.

چنانکه گذشت بدستور مادهٔ «۱۱۰۷» ق. م نفقهٔ زوجه دائمه باید بطور متعارف

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۳۹

مناسب با وضعیت زن باشد، ولی نفقهٔ اقارب چنانکه از عبارت مادهٔ «۱۲۰۴» ق. م استظهار میشود باید بقدر رفع حاجت آنها بطور متعارف داده شود بدون اینکه در این امر وضعیت اجتماعی آنها در نظر گرفته شود، زیرا نفقهٔ اقارب برای رفع احتیاج و حفظ و بقاء حیات آنان است و در این امر وضعیت اجتماعی تأثیری ندارد. بنظر میرسد که در نفقهٔ اقارب نیز باید رعایت وضعیت اجتماعی اقارب بشود و ماده «۱۲۰۴» ق. م هم خلاف آن را نمیرساند، زیرا منافات ندارد که نفقهٔ اقارب بمقدار رفع حاجت باشد، ولی در همان مقدار وضعیت اجتماعی اقارب در نظر گرفته شود، مثلًا هرگاه پدری از مردمان آبرومند محل خود میباشد و سالها حیثیات خود را در جامعه آنگونه که معمول میباشد حفظ کرده است با در نظر گرفتن زندگانی گذشتهٔ او، پسر باید احتیاجات او را بدهد. بلی آنچه از امور تجملی بشمار میرود پسر ملزم بدادن آن نخواهد بود، زیرا از مواد مربوطه لزوم دادن بیش از مقدار احتیاج استنباط نمیشود.

تبصرهٔ ۱- آنچه از بابت نفقه باقارب داده میشود آنها مالک نمیگردند و حق انتفاع از آن را دارند،

اگر چه خوراکی باشد. علت این امر آنست که لزوم انفاق اقارب برای جلوگیری از گرسنگی و رفع حاجت میباشد و آن جز انتفاع امر دیگری نیست. این است که فقهای امامیه بر آنند که نفقه اقارب امتاع است. بنابراین هرگاه اقارب نفقهٔ خود را قبلا دریافت کرده باشند و بعداً در اثر اشتغال بکار احتیاج آنها رفع گردد، باید آن را به انفاق‌کننده مسترد نمایند. همچنین هرگاه نزد کسی مهمان شوند و چندین روز در مهمانی بسربرند استحقاق نفقهٔ آن ایام را نخواهند داشت.

بدین جهت هرگاه نفقهٔ آیندهٔ اقارب نزد آنها تلف گردد منفق باید آن را جبران کند، زیرا احتیاج آنان رفع نشده و باقی است و همچنین است هرگاه اقارب آن را اتلاف نمایند و یا سبب تلف آن گردند، اگر چه از نظر اتلاف و تسبیب ضامن بدل آن در مقابل منفق خواهند بود. بر خلاف آنچه در نفقهٔ اقارب گفته شد، زوجه نسبت بخوردنیهای از نفقه مالک میگردد، و نسبت باشیاء دیگر از قبیل البسه و اثاث البیت دارای حق انتفاع میباشد و چنانچه ناشزه گردید و یا نکاح بجهتی از جهات منحل

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۰

شد حق بهره‌برداری را نخواهد داشت، بدین جهت هرگاه زوجه قبلًا نفقهٔ خود را گرفته باشد و نزد او تلف شود و یا اتلاف نماید شوهر ضامن جبران آن نخواهد بود، زیرا زوج در اثر عقد نکاح تعهد بتأدیه نفقه زوجه خود نموده و با پرداخت آن از طرف زوج دین او ساقط گردیده است،

فرع- در صورتی که شوهر از زن خود طلبکار باشد و سپس زن از بابت نفقه گذشته خود طلبکار گردد، بدستور مادهٔ «۲۹۵» ق. م بین آن دو دین تا اندازه‌ای که با هم معادله نمایند قهراً تهاتر میشود. اما نسبت بنفقهٔ آینده فقهاء بر آنند که هرگاه زن موسر (قادر بنفقه خود) باشد و امتناع از تأدیهٔ دین بشوهر خود نماید، شوهر میتواند روز بروز تقاص کند و از بابت طلب خود احتساب نماید، یعنی شوهر ابتداء هر روز نیت میکند که نفقه آن روز زن بابت طلب او است، و الا هرگاه زن امتناع از تأدیه دین خود ننماید شوهر

نمیتوانـد تقاص کنـد، زیرا طبق قاعـده مدیون میتواند از هر یک از اموال خود دین را اداء نماید و تشـخیص آن بعهدهٔ دائن نمیباشد. هرگاه زن معسـر باشـد شوهر نمیتوانـد تقاص بنماید، زیرا اداء دین پس از برداشت قوت لازم میباشد، بدین جهت است که اداء دین در مورد معسر و ورشکسته پس از کنار نهادن مستثنیات دین است.

تبصره ۲– اقارب نمیتوانند نفقهٔ گذشته را مطالبه نمایند

انفاق باقارب چنانکه گذشت برای رفع احتیاج و حفظ حیات آنان میباشد، لذا آنها نمیتوانند نفقهٔ گذشـتهٔ خود را مطالبه نمایند، زیرا اقارب بهر گونه که بوده زندگانی خود را گذرانیده‌اند و احتیاج خود را رفع نموده‌اند و بنفقه گذشته نیازی ندارند.
در صورتی که اقارب بوسـیلهٔ اسـتقراض زنـدگانی خود را گذرانیـده باشـند، انفاق‌کننده ملزم بتأدیه آن نیز نخواهد بود، زیرا پس از قرض، دین اقـارب میگردد و انفاق‌کننـده ملزم بتأدیه دیـون اقـارب خـود نیست از هر سـببی که بوجود آمـده باشـد، مگر آنکه آنها باجازهٔ حاکم برای نفقه خود استقراض نموده باشند که در این صورت باید منفق آن را بپردازد، زیرا حاکم ولایت عامه دارد و مانند آنست که شخص منفق
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۱
اجازهٔ اسـتقراض برای نفقه داده باشد. اینست که ماده «۱۲۰۶» ق. م میگوید: «زوجه در هر حال میتواند برای نفقهٔ زمان گذشـتهٔ خود اقامهٔ دعوی نماید و طلب او از بابت نفقهٔ مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما خواهد بود، ولی اقارب فقط نسـبت بآتیه میتوانند مطالبهٔ نفقه نمایند». چنانکه از عبارت ذیل مادهٔ مزبور که میگوید. (ولی اقارب فقط نسـبت بآتیه میتوانند مطالبه نفقه نمایند) استنباط میشود که آنان نمیتوانند نفقهٔ زمان گذشتهٔ خود را بخواهند.
امـا مطـالبه نفقه زمان آینـده بوسـیلهٔ اقارب بـدین نحو بعمل می‌آیـد که خویشاونـد مسـتحق نفقه، دادخواستی بپیوست دلیل قرابت و احتیاج خود بدادگاه تقدیم میدارد و مبلغی بعنوان نفقهٔ زمان آیندهٔ خود مطالبه میکند که در دسترس گذارده شود بطوری که بتواند در مواقع لزوم از آن بهره‌منـد گردد. مثلًا پـدر میتوانـد از دادگاه بخواهـد که پسـر را ملزم نمایـد نفقـهٔ او را قبل از زمان اسـتفاده در دسترس او بگذارد تا در موقع احتیاج بهره‌مند شود. در این صورت دادگاه با احراز قرابت و احتیاج، چنانچه توافق در مقدار نفقه بین طرفین نباشـد، بوسـیله کارشـناس مقدار آن را معین نموده و حکم کلی بدادن نفقهٔ آینده میدهد و مقرر میدارد که نفقهٔ مدت معینی را مرتباً قبل از رسـیدن زمان احتیاج در اختیار مـدعی بگـذارد و یا در محلی بسـپارد که قبل از آن موقع بمنفق علیه داده شود. مدتی که دادگـاه در نظر میگیرد همچنانی که بایـد مناسب با وضـعیت مالی انفاق‌کننـده باشـد بایـد متناسب با نوع نفقه و وضـعیت زمان و محل سـکونت منفق علیه نیز باشد که بتواند از آن بهره‌مند گردد، مثلًا منفق باید پوشاک و مسـکن را برای مدت چند ماه و خوراک را برای مدت چند روز قبلًا آماده و در دسترس کسـی که باو انفاق میشود بگذارد. بنظر میرسد که بنابر مسـتنبط از روح مواد مربوطه بنفقهٔ اقارب، دادگاه بتواند در مدت دادرسی تا اجراء حکم، باقارب اجازه دهد استقراض از کسی بنمایند و سپس آن را مورد حکم قرار دهد که منفق بپردازد.
در مورد بالاـ حکم دادگـاه طبق مقررات مربوطه بـاجراء احکـام اجراء میگردد و در صورت امتناع منفق از اجراء حکم، بدرخواسـت منفق علیه بازداشت و یا از اموال او استیفاء میشود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۲

کتاب دهم– در حجر و قیمومت

فصل اول – در حجر

باب اول – تعریف محجورین و مسئولیت آنان

اشاره

حجر بفتح حاء و سکون جیم مصدر است و بمعنی منع میباشد و در اصطلاح حقوقی حجر عبارت از ممنوع بودن شخص از تصرف در اموال و حقوق مالی خود از طرف قانون میباشد.

چنانکه در اهلیت مفصلًا بیان گردید طبق مادهٔ «۹۵۸» ق. م: «هر انسان، متمتع از حقوق مدنی خواهد بود، لیکن هیچ‌کس نمیتواند حقوق خود را اجرا کند، مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد». کسی اهلیت قانونی برای اجرای حقوق مدنی دارد که محجور از تصرف در اموال و حقوق مالی خود نباشد.

طبق مادهٔ «۱۲۰۷» ق. م. «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند:

۱- صغار.

۲- اشخاص غیر رشید.

۳- مجانین».

تعریف هر یک از محجورین و حدود ممنوعیت آنان از تصرف در اموال و حقوق مالی خود، در سه مبحث گفتگو میشود:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۳

مبحث اول صغار

قسمت اول – تعریف صغیر

اشاره

صغار جمع صغیر است و در اصطلاح حقوقی صغیر بکسی گفته میشود که از نظر سن بنمو جسمانی و روحی لازم برای زندگانی اجتماعی نرسیده باشد. قانون مدنی صغیر را تعریف ننموده و دوران آن را بیان نکرده است، ولی چنانکه از قسمت اول مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م: فهمیده میشود، دوران صغر از زمان تولد شروع میگردد و به هیجده سال تمام خاتمه می‌یابد. مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است ...»

تشخیص سن افراد از روی شناسنامه خواهد بود و تاریخ تولدی که در آن ضبط شده معتبر است. در احتساب ۱۸ سال تمام، روز و ساعت نیز مورد نظر قرار میگیرد، (اگر چه هنوز در ایران معمول نشده که در شناسنامه‌ها ساعت تولد دارنده شناسنامه ذکر شود).

چنانکه از ماده «۶۱۲» قانون آئین دادرسی مدنی استنباط میشود، سال شمسی است. مادهٔ «۶۱۲» قانون آئین دادرسی مدنی: «سال دوازده ماه است. ماه مطابق با ماه شمسی است و کسری آن از قرار ماهی سی روز حساب میشود. هفته هفت روز تمام و روز بیست و چهار ساعت است». بنابراین کسی که در ساعت ۶ صبح، هشتم خرداد «۱۳۲۰» تولد یافته است در روز هشتم خرداد ماه «۱۳۳۸» ساعت ۶ صبح هیجده سال تمام خواهد داشت. سن مزبور را در حقوق ایران باید سن بلوغ دانست و کسی که بسن مزبور برسد او را بالغ نامند.

تبصره– صغیر در حقوق امامیه

قانون مدنی اگر چه در قسمت احوال شخصیه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۴

و خانواده سعی داشته از مقررات حقوق امامیه پیروی نماید، ولی در چند مورد که یکی از آنها سن بلوغ است از روش حقوق اروپا پیروی کرده است. برای دانستن این امر لازم است مختصراً بنظریه فقهای امامیه توجه شود تا مبنای حقوقی آن معلوم گردد.

صغیر کسی است که بالغ و رشید نشده باشد و هر یک از آن دو وصف برای خارج شدن صغیر از محجوریت لازم میباشد. اکنون شرح هر یک از بلوغ و رشد ذیلًا بیان میگردد.

اول– بلوغ

بلوغ در لغت بمعنی رسیدن بامری است و در اصطلاح بلوغ زمانی میباشد که قوای جسمی صغیر نمو نموده و آماده برای توالد و تناسل میگردد و آن امری طبیعی است. بلوغ بیکی از سه امر دانسته میشود:

۱– روئیدن موهای خشن بر پشت آلت تناسلی (ذکور باشد یا اناث).

۲– خروج منی از مخرج معتاد بهر وسیله که باشد (ذکور باشد یا اناث)

۳– سن، و آن پانزده سال تمام قمری در پسر و نه سال تمام قمری در دختر میباشد. قول مزبور مشهور نزد فقهای امامیه است و بعضی از فقهاء کمتر از آن سن را در پسر و دختر گفته‌اند.

هر یک از سه امر بالا که در صغیر موجود گردد بالغ شناخته میشود. حیض و حمل در زن بلوغ نمیباشند، بلکه کاشف از آنست که قبلا او بالغ شده است.

دوم– رشد

دومین شرطی که برای پایان یافتن صغر قرار داده شده، رشد است. رشد در لغت بمعنی هدایت میباشد و آن کیفیت نفسانی است در انسان که مانع میشود از فاسد نمودن مال و صرف کردن آن در راههائی که شایستگی عقلا را ندارند. بعضی دیگر بر آنند که لزومی ندارد این امر ملکهٔ نفسانی باشد، بلکه کافی است که شخص مال خود را ضایع نکند و تصرفی که شایستگی حال او را ندارد ننماید. اشتباه شخص در بعضی موارد و گول خوردن بطور نادر منافات با رشد ندارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۵

باری رشد در اثر نمو قوای دماغی در شخص موجود میگردد. تشخیص رشد در هر فرد بوسیلهٔ آزمایش در اموری که مناسب با وضعیت اجتماعی او میباشد بعمل می‌آید تا قدرت و استعداد او در حسن اداره و تصرف او در اموالش، دانسته شود که از حیلهٔ شیادان آسوده میماند. در مقابل رشد سفه است و بدین جهت سفیه را غیر رشید نامند.

در صورتی که دو شرط بالا که یکی راجع بنمو جسمانی و دیگری راجع بنمو قوای دماغی و روحی است با یکدیگر در کسی جمع شوند معلوم میگردد که دوران صغر خاتمه پذیرفته است.

آنچه از بیان فوق معلوم میگردد آنست که رشد اگر چه بر مبنای نمو قوای روحی و دماغی است و تا اندازه‌ای بستگی بنمو جسمانی انسان دارد، ولی همواره تربیت محیط و معاشرت تأثیر بسزائی در آن مینماید، بدین جهت همیشه کسی که بالغ میشود یعنی نمو جسمانی خود را نموده رشید نمیباشد، زیرا ممکن است بنمو روحی و دماغی کافی نرسیده باشد، لذا گاه پسر که بسن بلوغ میرسد

دارای رشد نیز میشود و گاه دیگر چند سال پس از بلوغ رشید میگردد. بنابراین هر فرد را باید جداگانه اختبار نمود و بلوغ و رشد او را دانست تا از محجوریت خارج گردد. چون این امر اشکال عملی در برداشت، لذا حقوقیین اروپا که پیروی از حقوق رومی نموده‌اند سن معینی را سن رشد و بلوغ قرار داده‌اند، بدین جهت مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م هر کس را که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید دانسته است. بنابراین اشخاصی که بسن ۱۸ سال تمام شمسی رسیده‌اند فرض میشود که بکمال نمو جسمانی و نمو دماغی رسیده‌اند.

تبصره ۱– ممکن است صغیر در دوران صغر مجنون و سفیه باشد،

تشخیص این امر از نظر حقوقی بی‌اثر است زیرا حکم آنان یکسان میباشد و وضعیت مزبور را پس از پایان صغر ادامه دهد. ولی فرض قانونی پس از رسیدن به «۱۸» سال تمام دورهٔ محجوریت صغیر خاتمه پذیرفته است مگر آنکه در دادگاه جنون یا عدم رشد او ثابت گردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۶

تبصره ۲– قانون مدنی در سن رشد فرقی بین ذکور و اناث نگذارده است،

بر خلاف سن برای قابلیت صحی ازدواج که بدستور مادهٔ «۱۰۴۱» ق. م آن را در اناث پانزده سال تمام و در ذکور «۱۸» سال تمام قرار داده است، زیرا سن مزبور از نظر قابلیت و استعداد جسمی برای روابط جسمی و توالد و تناسل میباشد و آن در زن و مرد مختلف است.

خروج صغیر از حجر قبل از ۱۸ سالگی

کشورهائی که در قوانین خود برای رشد سن معینی را فرض نموده‌اند عموماً ناچار شده‌اند کسانی را که قبل از رسیدن بسن معین بکمال نمو دماغی لازم نائل میگردند و همه گونه آمادگی را برای اجرای حقوق مدنی دارا میشوند و عدهٔ آنها نادر است، استثناء رشید بشناسند و از حجر خارج گردند.

قانون مدنی ایران نیز بپیروی از قوانین مزبور در ذیل مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م مقرر داشته: «.. در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود». چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید این نمو دماغی در اشخاص فقط پس از پانزده سال تمام شمسی امکان‌پذیر است. بنابراین کسی که سن او کمتر از پانزده سال تمام باشد بهر درجه‌ای از نمو قوای دماغی برسد قانون او را غیر رشید میداند.

اثبات رشد صغیر قبل از ۱۸ سال- چنانکه در ذیل مادهٔ بالا تصریح شده رشد کسی که پانزده سال او تمام است باید در دادگاه ثابت شود. دعوی مزبور از طرف شخص صغیر با کسی که صغیر تحت ولایت یا قیمومت او است در دادگاه شهرستان حوزهٔ اقامتگاه او اقامه میشود و چنانچه در خارج از ایران اقامت داشته باشد در دادگاه شهرستان تهران اقامه میگردد (مستنبط از مادهٔ «۴۸» و «۴۹» قانون امور حسبی)

در صورتی که صغیر تحت ولایت پدر یا جد پدری یا وصی یا قیم می‌باشد دعوی رشد اقامه کند بطرفیت ولی یا وصی یا قیم اقامه مینماید. صغیر رونوشت شناسنامهٔ و ادلهٔ رشد خود را از گواهی گواهان و امثال آن پیوست دادخواست نموده بدادگاه تقدیم میدارد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۷

دادگاه در جلسهٔ رسیدگی که بدادستان شهرستان نیز اطلاع داده میشود بأدلهٔ خواهان رسیدگی مینماید و چنانچه لازم بداند آزمایش لازم بوسیلهٔ پرسشهای گوناگون و استماع گواهان مینماید. چنانچه از نظر قوای روحی رشد صغیر را محرز دانست حکم برشد او میدهد. حکم مزبور مانند احکام مذکور در مادهٔ «۶۶» قانون امور حسبی نظر بوحدت ملاک ماده «۶۵» قانون مزبور قابل پژوهش است.

صغیر میتواند از رد درخواست حکم رشد پژوهش بخواهد. پس از قطعیت حکم رشد، صغیر از تحت ولایت و یا قیمومت خارج میگردد و میتواند آزادانه در دارائی خود تصرف نماید. صغیر در اثر صدور حکم رشد با آنکه از تحت قیمومت خارج میگردد قابلیت صحی برای ازدواج پیدا نمینماید، زیرا حکم رشد باعتبار قوای دماغی است و قابلیت صحی برای ازدواج باعتبار وضعیت مزاجی و ساختمان بدنی است. بنابراین ذکوری که بیشتر از ۱۵ سال تمام دارد هرگاه بخواهد ازدواج بنماید با آنکه بوسیلهٔ رسیدگی دادگاه رشید شناخته شده است باید انتظار مدت هیجده سالگی تمام را بکشد تا بتواند ازدواج نماید.

تبصره- پرسشی که ممکن است پیش آید آنست که آیا خروج صغیر ۱۸ ساله از محجوریت، محتاج بحکم دادگاه است یا آنکه هیجده سال شمسی او که تمام گشت بخودی خود از تحت قیمومت خارج میگردد؟ پاسخ پرسش مزبور آنست که صغیری که تحت ولایت است بدستور مادهٔ «۱۲۰۹» و «۱۲۱۰» ق. م پس از تمام شدن ۱۸ سال بخودی خود از تحت سرپرستی خارج میگردد. اما نسبت بصغیری که تحت قیمومت قیم است عملا در دادگاهها اختلاف نظر است. بعضی معتقدند که محتاج بتصمیم دادگاه است و استناد باطلاق مادهٔ «۱۲۵۴» ق. م مینمایند. مادهٔ «۱۲۵۴» ق. م: «خروج از تحت قیمومت را ممکن است خود مولی علیه یا هر شخص ذی‌نفع دیگری تقاضا نماید.

تقاضانامه ممکن است مستقیماً یا توسط مدعی العموم حوزه‌ای که مولی علیه در آنجا سکونت دارد یا نمایندهٔ او بمحکمهٔ ابتدائی همان حوزه داده شود». آنچه بنظر میرسد آنست که بنابر مستفاد از مادهٔ «۱۲۰۹» و «۱۲۱۰» ق. م صغیر مزبور نیز بخودی خود

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۸

بعد از هیجده سال تمام از تحت قیمومت خارج میگردد. و استناد بمادهٔ «۱۲۵۴» ق. م برای اثبات عقیدهٔ بالا بی‌مورد است، زیرا مادهٔ مزبور ناظر بموردی است که حجر بوسیلهٔ حکم دادگاه بعمل آمده است که در این صورت رفع حجر نیز باید بحکم دادگاه باشد و آن در مورد جنون و سفه است. اما در مورد صغیری که بدون صدور حکم بر محجوریت او بوسیلهٔ دادگاه نصب قیم بعمل می‌آید، احتیاج برسیدگی و صدور حکم بر رفع محجوریت نخواهد داشت و طبق مستنبط از مادهٔ «۱۲۱۰» ق. م که میگوید:

«هیچ‌کس را نمیتوان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام بعنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد». بخودی خود از تحت سرپرستی قیم خارج میگردد.

قسمت دوم- آثار افعال صغار

اشاره

قبل از آنکه آثار افعال صغار بیان گردد خود را محتاج بذکر مقدمه‌ای میدانیم که ذیلا متذکر میگردد:

افعال صغار بر دو قسم است: افعال قضائی، افعال مادی.

قسم اول- افعال قضائی

اشاره

منظور از افعال قضائی چنانکه گـذشت اعمالی دماغی است که دارای اعتبار قانونی میباشـد و از اسـباب تعهد و انتقال قرار داده شده است ماننـد عقود و ایقاعات. چنانکه در تعهـدات گذشت عقود و ایقاعات بوسـیلهٔ اراده محقق میگردد. اراده مرکب از قصد و رضـا میباشد.

ماده «۱۹۱» ق. م میگویـد: «عقد محقق میشود بقصد انشاء بشـرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». اکنون باید دید که آیا صغیر میتواند موضوع حقوقی را اراده کند و بوسیلهٔ آن عقد یا ایقاع واقع سازد یا آنکه قدرت بر آن ندارد؟

برای پاسخ به پرسش بالا دو امر باید تحقیق شود:

امر اول – کدام اراده مولد افعال قضائی است؟

اشاره

چنانکه در جلد اول حقوق مدنی گذشت اراده فعالیت اعصاب دماغی است که پس از سنجش سود و زیان بوسیلهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۴۹

میـل شدیـد نسبت بموضوعی ایجـاد میگردد. هر انسانی در هر روز هزاران اراده مینمایـد و اعمالی را بوجود می‌آورد: مثلًا مینشـیند، برمیخیزد، راه میرود، میخورد و می‌آشامد.

تمـامی این افعـال در نتیجـهٔ ارادهٔ پیـدا میشود. این اعمـال موضوعـات اراده و یا بعبارت دیگر هـدف اراده میباشـند. موضوعات اراده انسان بر دو نوع است:

الف – افعال خارجی

و آنها اعمالی هسـتند که انسان بوسـیلهٔ حرکات اعصاب و عضلات در خارج بوجود می‌آورد، مانند برخاستن، نشستن، حرف زدن و امثال آن.

در اینگونه اعمال، دماغ موضوع را تصور مینمایـد، سپس میل بایجاد آن پیـدا میکنـد، چون سود و زیان آن را سـنجید و سود آن را برتر میبینـد میل شدیـد پیدا میشود، در این هنگام اعصاب دماغی بوسـیلهٔ فعالیت خود باعصاب عضو مربوطه فرمان میدهد تا موضوع اراده را ایجاد نماید.

ب – افعال قضائی

افعـال قضـائی دارای موضوعـاتی میباشـند که وجـود آنـان در خـارج تصور میشود و قـانون آن را معتـبر شـناخته است. ماننـد ایجـاد زوجیت، انحلال آن بوسـیلهٔ طلاق، تملیک، ایجاد حق، انتقال و امثال آن. موضوعات مزبور وجود مادی در خارج ندارنـد و بـدین جهت ایجـاد آنها احتیاج باعمال جوارحی نـدارد ولی، دارای آثار مادی میباشـند که قانون آن را معتبر شـناخته است. معتبر شـناختن قـانون حمـایت از آثار مادی آنها است. این موضوعات تصوری را حرکات اعصاب دماغی در صـفحه تصور ایجاد مینمایـد، مثلا در مورد فروش کتاب فروشـنده ملکیت کتاب خود را در خارج تصور مینمایـد و سـپس آن را از ملکیت خود خارج و بملکیت خریدار انتقال میدهـد، یعنی ملکیت کتاب را برای او در عالم تصور ایجاد مینمایـد. اراده کسـی میتوانـد مولـد موضوعی از موضوعات افعال قضـائی قرار گیرد که بتوانـد موضوع اراده خود را تشـخیص داده و آثار و احکام مهم آن را بدانـد و الا هرگاه موضوع اراده خود را نتوانـد تشـخیص دهـد و آثار و احکام آن را ندانـد چنین ارادهٔ دارای هیـچ اعتباری نخواهـد بود، زیرا اراده زمانی میتوانـد حاکم در روابط افراد قرار گیرد که آنان را بمنظور و مقصود خود راهنمائی کند و الا وبالی بیش نیست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۰

امر دوم- آیا ارادهٔ صغیر میتواند مولد افعال قضائی باشد؟

اشاره

برای پاسخ باین امر باید وضعیت روحی صغیر را مورد نظر قرار داد. صغیری که به هیجده سال تمام نرسیده بر دو دسته است: صغیر ممیز و صغیر غیر ممیز.

الف- صغیر غیر ممیز

و آن صغیری است که قوه تشخیص سود و زیان و آثار و احکام مهم عقد و ایقاعات را ندارد مانند، کودکان شیرخوار و بچه‌های هشت و نه‌ساله که نمیتوانند معنی هبه، بیع و معاوضه را بفهمند و بین آنها فرق گذارند و سود و زیان آن اعمال را بدانند.

ب- صغیر ممیز

و آن کسی است که میتواند عقود و ایقاعات را از یکدیگر تشخیص بدهد و سود و زیان و همچنین آثار و احکام مهم آن را بداند. قوهٔ تشخیص صغیر نسبت باموری که در زندگانی اجتماعی با او برخورد میکند مختلف است. چنانکه صغیر سود و زیان و آثار و احکام بعضی از آنها را در سن پائین‌تر درک میکند، مانند بسیاری از اعمال کیفری (از قبیل سرقت، قتل، جرح، ضرب و امثال آنها) و بعض امور دیگر را در سن بالاتر میفهمد، مانند عقود و ایقاعات. مثلا صغیر در سن پائین میتواند مقتضا و آثار بیع و هبه را که واگذاری مال با عوض یا بدون عوض باشد بفهمد و در آن سن نمیتواند مقتضاء نکاح و طلاق و آثار آن را متوجه گردد. همچنین قوهٔ تشخیص صغار در سن معین متفاوت است، بعضی در سن معین امری را تشخیص و سود و زیان و آثار و احکام آن را میدانند و بعضی دیگر در همان سن آن را نمیدانند. این است که بعضی از فقهای امامیه تصریح نموده‌اند که صغیر ممکن است نسبت بامری ممیز باشد و نسبت بامر دیگری غیر ممیز و آنکه صغیری امری را تمیز دهد و دیگری در همان سن از تمیز آن محروم باشد. بنابراین از نظر مدنی نمیتوان سن معینی را سن تمیز دانست، اگر چه از نظر کیفری قانون سن معینی را در نظر گرفته است، زیرا اطفال عموماً موضوعات متداول کیفری را مانند ضرب، جرح، قتل و سرقت و امثال آن را در سن پائین‌تر تشخیص میدهند. مادهٔ «۳۴» قانون مجازات عمومی: «اطفال غیر ممیز را نمیتوان جزاء محکوم نمود. در امور جزائی هر طفلی که دوازده سال تمام نداشته

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۱

باشد حکم غیر ممیز را دارد. بنابراین هر صغیری غیر ممیز محسوب میگردد تا ممیز بودن او ثابت گردد، زیرا اصل عدم آنست.

هر فعل قضائی را که صغیر بتواند تشخیص دهد و سود و زیان و آثار و احکام آن را بداند میتواند آن را اراده نماید. یعنی موضوع قصد انشاء خود قرار دهد. چنانکه از ذیل مادهٔ «۱۲۱۲» ق. م که اجازه تملک بلاعوض بصغیر ممیز میدهد، مسلم است قصد انشاء بخودی خود مولد موضوع است، مگر قانون صریحاً آن را بجهت خارج مؤثر نداند و یا آنکه موجب تصرف در اموال و حقوق مالی گردد که در این صورت باید اراده‌کننده اهلیت آن را دارا باشد. بنابراین بنظر میرسد که صغیر ممیز میتواند عقود و ایقاعاتی را واقع سازد که موجب تصرف در اموال و حقوق مالی او نگردد، خواه مستقیم باشد مانند تعهد بپرداخت مال یا غیر مستقیم باشد مانند فسخ معامله و امثال آن. ماده «۱۲۱۲» ق. م:

«اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط باموال و حقوق مالی او باشد باطل و بلا اثر است، مع ذلک صغیر ممیز میتواند تملک بلاعوض کند مثل قبول هبه و صلح بلا عوض و حیازت مباحات».

علت آنکه قبول هبه و صلح بلا عوض از طرف صغیر ممیز صحیح میباشد آنست که او میتواند اراده کند، زیرا قبول عقد بوسیلهٔ قصد انشاء بعمل می‌آید، و این امر موجب تصرف در اموال و حقوق مالی او نمیگردد. ولی عقود و ایقاعات صغیر ممیز که موجب تصرف در اموال و حقوق مالی او میشود منوط باجازه ولی یا قیم است که عهده‌دار ادارهٔ امور مالی او میباشد. این امر از مفهوم مادهٔ «۱۲۱۲» ق. م فهمیده میشود و وحدت ملاک مادهٔ «۱۲۱۴» ق. م بسهولت استنباط بالا را تأیید مینماید. مادهٔ «۱۲۱۴» ق. م:

«معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست. مگر با اجازهٔ ولی یا قیم او اعم از اینکه این اجازه قبلا داده شده باشد یا بعد از انجام عمل. مع ذلک تملکات بلا عوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است».

قانون مدنی بجهات خارج از ماهیت ایقاع، چنانکه مادهٔ «۱۱۳۶» تصریح مینماید، در طلاق بلوغ را شرط میداند، بنابراین طلاق صغیر ممیز صحیح نمیباشد. بهمین

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۲

جهت است که در جلد دوم حقوق مدنی (در اجارهٔ اشخاص) گفته شد که صغیر ممیز میتواند منافع خود را بغیر واگذار نماید، زیرا منافع آزاد از اموال او محسوب نمیگردد و میتواند وکالت در ادارهٔ امور دارائی دیگری را قبول کند و ودیعه و عاریه بگیرد.

قسم دوم- اعمال مادی

اشاره

اعمال مادی یا اعمال غیر قضائی اعمالی میباشند که از شخص در خارج محقق میگردد، مانند اتلاف و تسبیب در تلف مال غیر و امثال آن. اکنون باید دانست حدود مسئولیت اعمال مادی صغیر چیست؟

طبق قاعدهٔ عقلی که حدیث نبوی (لا ضرر و لا ضرار) آن را بیان فرموده: هر کس بنحوی از انحاء زیان بغیر وارد آورد مانند آنکه مال کسیرا تلف نماید و یا سبب تلف آن شود چنانکه با سنگ شیشهٔ پنجره را بشکند و یا پای خود را جلوی کسی نگهدارد و او بزمین بخورد و لباسش پاره شود، زیان متضرر را باید جبران کند. ماده «۳۲۸» ق. م میگوید: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آنست و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است». ماده «۳۳۱» ق. م:

«هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن بر آید» (شرح دو ماده مزبور در باب اتلاف و تسبیب در جلد اول حقوق مدنی گذشت مراجعه شود) بنابر عموم دو ماده و مفاد مادهٔ «۱۲۱۶» ق. م زیانی که در اثر اتلاف یا تسبیب از طرف صغیر بغیر وارد میشود باید جبران گردد. ماده «۱۲۱۶» ق. م: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر غیر شود ضامن است». فلسفهٔ این امر آنست که از نظر حفظ نظم اجتماع هیچ‌کس نباید موجب زیان دیگری گردد و او را بدون جبران بگذارد. در این امر فرقی بین صغیر و کبیر نیست، زیرا ضعف قوای دماغی صغیر نمیتواند موجب شود که زیان متضرر بدون جبران بماند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۳

از نظر تحلیلی چنانکه ذیلا دیده میشود باید بین افعال مادی صغیر غیر ممیز و صغیر ممیز فرق گذارد.

الف- صغیر غیر ممیز

صغیر غیر ممیز ناچار تحت سرپرستی کسی قرار دارد که باید از او نگاهداری کند (خواه ولی، قیم، وصی باشد یا مؤسسه مانند کودکستان، مدرسه، دار الایتام و امثال آن) زیرا سرپرستی و نگاهداری صغیر منحصر بحفظ از آسیب باو و پرستاری نیست، بلکه

جلوگیری از وارد آوردن زیان بدیگران نیز میباشد.

بنابراین هرگاه صغیر غیر ممیز در اثر عدم مواظبت و نگاهداری کسی که عهده‌دار نگاهداری و سرپرستی او است زیانی بدیگری وارد آورد سرپرست مزبور مقصر است و مسئول جبران خسارت خواهد بود، زیرا عملی که موجب زیان گردیده اگر چه بوسیله صغیر غیر ممیز انجام شده است، ولی در اثر عدم مواظبت سرپرست بوده و تقصیر نموده و سبب مزبور اقوی از مباشر (صغیر غیر ممیز) است که تمیز و تشخیص آثار اعمال خود را نمیدهد. ماده «۳۳۲» ق. م: «هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود مباشر مسئول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد بنحوی که عرفاً اتلاف مستند باو باشد» مثلا هرگاه پرستار، طفل ۶ ساله‌ای را که باو سپرده شده رها کند و او بوسیلهٔ پراندن سنگ شیشهٔ پنجره را بشکند پرستار عهده‌دار زیان مزبور است، زیرا صغیر غیر ممیز در حکم حیوان است و پرستار مسئول اعمال او میباشد. وحدت ملاک مادهٔ «۳۳۴» ق. م مثبت مدعا میباشد. ماده «۳۳۴» ق. م:

«مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیهٔ آن حیوان وارد میشود مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان بواسطهٔ عمل کسی منشأ ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود». مادهٔ «۷» لایحه قانونی مسئولیت مدنی، باین مسئولیت تصریح نموده است: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد بعهدهٔ او میباشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۴

و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده از ناحیه مجنون و صغیر را نداشته باشد از مال مجنون یا صغیر زیان وارده جبران خواهد شد، و در هر صورت جبران زیان باید بنحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده زیان نباشد». مسئولیت تضامنی در مادهٔ مزبور بر خلاف قاعده مسئولیت است، زیرا هرگاه زیان وارده در اثر تقصیر ولی و سرپرست باشد و سبب شناخته شود مباشر مسئولیتی نخواهد داشت. اما در صورتی که بدون تقصیر سرپرست صغیر غیر ممیز زیانی بدیگری وارد آورد صغیر مسئول خواهد بود.

ب- صغیر ممیز

در صورتی که صغیر ممیز بکسی زیانی در اثر اتلاف یا تسبیب وارد آورد، شخصاً مسئول زیان وارده میباشد، زیرا با داشتن صغیر قوهٔ تمیز، کسانی را که عهده‌دار حفاظت و نگاهداری او هستند نمیتوان مسئول دانست، چون مباشر اقوی از سبب است. این امر از مفهوم اولویت مادهٔ «۱۲۱۵» ق. م: استنباط میگردد.

بنابر قول بتفضیل که فرق بین مسئولیت صغیر ممیز و عدم مسئولیت صغیر غیر ممیز که مبتنی بر تحقیق تحلیلی است ناچار باید مادهٔ «۱۲۱۶» ق. م را ناظر بمورد صغیر ممیز دانست.

تذکره- بدستور ماده «۱۲۱۵» ق. م: «هرگاه کسی مالی را بتصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود». زیرا مجنون و صغیر غیر ممیز قدرت بر تشخیص افعال و اعمال خود را نمیدهد و چنانکه کسی مال خود را باو بدهد اقدام بضرر خود نموده است و سبب اقوی از مباشر است، بر خلاف آنکه کسی مال خود را بدست صغیر ممیز بدهد و او آن را تلف یا ناقص یا معیوب نماید که در این صورت صغیر ضامن است، زیرا صغیر ممیز بدستور ماده «۳۲۸» و «۳۳۱» ق. م: موجب زیان گردیده و باید آن را جبران نماید و با ممیز بودن صغیر یعنی قدرت بر تشخیص آثار و افعال خود نمیتوان سبب یعنی دهندهٔ مال را مسئول دانست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۵

مبحث دوم اشخاص غیر رشید

قسمت اول – تعریف غیر رشید

قانون مدنی در مادهٔ «۱۲۰۸» غیر رشید را تعریف نموده میگوید: «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلائی نباشد». غیر رشید کسی است که «۱۸» سال تمام شمسی دارد و با داشتن عقل دارای شعور لازم و قوهٔ دماغی کافی برای ادارهٔ امور دارائی و حفظ منافع خود در اجتماع نمیباشد. غیر رشید را سفیه نیز مینامند.
چنانکه گذشت بعضی از فقهاء گفته‌اند: سفیه کسی است که اموال خود را در راههائی که همانند اعمال عقلا نمیباشد مصرف نماید. سفیه در مقابل رشید است و رشد کیفیت نفسانی است در انسان که از افساد مال و صرف کردن آن در راههائی که شایستگی اعمال عقلا را ندارد جلوگیری میکند.
اشتباه انسان در بعضی موارد و همچنین گول خوردن بطور نادر منافات با رشد ندارد، زیرا بسیاری از عقلا دیده شده‌اند که دچار آن در زندگانی پرپیچ‌وخم اقتصادی میشوند. بنابراین تعریف سفه عبارت از کیفیت نفسانی است در انسان که اموال و حقوق مالی خود را در راههائی که شایستگی اعمال عقلا را ندارد مصرف مینماید، از قبیل مصرف نمودن دارائی خود در خوراك و پوشاك و یا مسافرتهائی که شایسته مقدار دارائی و وضعیت اجتماعی او نمیباشد. بطوری که عرف او را تخطئه میکند و ایراد و
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۶
اعتراض مینماید. آنچه از گفتار فقهاء فهمیده میشود مصرف اموال در گناهانی که موجب اضرار بخود میشود مانند استعمال هروئین و کوکائین و تریاك و امثال آن از اعمال سفهی محسوب میگردد. مثلاـ جوانی که پس از فوت پدر شروع بفروش دارائی خود مینماید و آن را مصرف عیاشی میکند و دوستانش دورش را میگیرند و مال او را می‌خورند و اعتنائی بآن ندارد غیر رشید است. همچنین کسی که تمامی دارائی خود را در امور خیریه مصرف میکند و خود برای زندگانی روزانه بتکدی میگذراند سفیه میباشد. بنابراین غیر رشید شخص عاقلی است که شعور ادارهٔ اموال خود را ندارد.
چنانکه از مادهٔ بالا فهمیده میشود تشخیص سفیه بودن شخص بوسیلهٔ مقایسهٔ اعمال او با اعمال عقلائی دیگران بعمل می‌آید، بدین معنی که اعمال آن شخص از نظر عرف مورد سنجش قرار داده میشود چنانچه عرف افعال او را همانند افعال عقلا بداند آن شخص رشید است و الا سفیه میباشد. مسلم است که بدستور مادهٔ «۳۰» ق. م هر مالکی نسبت بما یملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد و هر کس آزاد است که دارائی خود را در مقابل عوض یا مجاناً بهر کس بخواهد واگذار کند و یا آن را وقف نماید و خویشاوندان و ورثهٔ احتمالی او نمیتوانند اعتراضی بر آن بنمایند و یا بر اداره کردن دارائی او خورده بگیرند، ولی هرگاه شخص عملیات غیر عقلائی کند و یا سستی و بی‌قیدیهائی در اداره دارائی از خود نشان دهد که عرف آن را کاشف از عدم شایستگی او در ادارهٔ اموالش بداند، معلوم میگردد که سفیه است. بنابراین سفاهت یک نوع عارضه‌ای است که بعضی از افراد بآن دچار میگردند، بدین جهت بدستور مادهٔ «۱۲۱۰» ق. م «هیچ‌کس را نمیتوان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام بعنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

قسمت دوم – آثار افعال غیر رشید

اشاره

افعال غیر رشید باعتبار آثار بر دو قسم است:

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۷

قسم اول – افعال قضائی

منظور از افعال قضائی اعمال ارادی دماغی میباشد که قانون آنها را معتبر شناخته و از آن حمایت مینماید. افعال قضائی بر دو نوعند. افعالی که موجب تصرف در اموال و حقوق مالی میگردد، افعالی که موجب تصرف در اموال و حقوق مالی نمیشود.

الف- سفیه از نظر آنکه وضعیت روحی او بنحوی است که تصرفات غیر عقلائی در اموال و حقوق مالیش مینماید، بدستور مادۀ «۱۲۰۸» ق. م از تصرف در اموال و حقوق مالیش ممنوع میباشد، زیرا قانون عهده‌دار حفظ نظم اجتماع است و تصرفات آزادانه سفیه مستقیماً در دارائی خود، نظم اقتصادی اجتماع را بر هم میزند.

جلوگیری قانون از عملیات سفیه، کمک و مساعدت بسفیه است که دارائیش باقی بماند و غیر مستقیم منافع ورثه و خانواده او حفظ میشود. بنابراین کلیه تصرفات او در اموال و حقوق مالی اگر چه همانند افعال عقلاء باشد از قبیل فروش و خرید بقیمت عادله خواه عین باشد یا در ذمه نافذ نیست مگر باجازه ولی یا قیم او. در صورتی که سفیه معامله‌ای کند و قبل از رد ولی یا قیم، رشید گردد، میتواند با دادن اجازه آن معامله را تنفیذ نماید.

سفیه نمیتواند بدون اجازه ولی یا قیم عقود و ایقاعاتی که مستقیم یا غیر مستقیم موجب تصرف در اموال و حقوق مالی او میشود واقع سازد. بنابراین سفیه میتواند با اجازۀ ولی یا قیم معامله بنماید و یا آنکه قصد انشاء بیع، معاوضه، اجاره و امثال آن را کند و ولی یا قیم از نظر مالی بعداً آن را اجازه دهد. این است که ماده «۱۲۱۴» ق. م میگوید: «معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست، مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از اینکه این اجازه قبلا داده شده باشد یا بعد از انجام عمل. مع ذلک تملکات بلا عوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است». چنانکه از قسمت اول مادۀ مزبور معلوم میگردد معنی عدم نفوذ معاملات سفیه مستقل نبودن او در انجام آنها میباشد و مانند صغیر غیر ممیز و مجنون نیست که هیچگونه افعال قضائی آنها صحیح نباشد، زیرا صغیر غیر ممیز و مجنون نمیتوانند قصد انشاء معامله را بنمایند و در

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۸

مواردی هم که میتوانند، در اثر آنکه تشخیص آثار و احکام مهمه آن را نمیدهند قانون آن را معتبر نمیشناسد.

ب- افعال قضائی دیگر سفیه که مربوط باموال و حقوق مالی او نباشد صحیح است، زیرا سفیه میتواند کاملا اراده نماید و مقتضاء و آثار هر عقد و ایقاعی را ایجاد کند. این است که ذیل مادۀ «۱۲۱۴» ق. م میگوید: «... مع ذلک تملکات بلا عوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است». زیرا تملک بلا عوض بوسیله حیازت مباحات، احیاء اراضی موات و یا قبول هبه و صلح احتیاج باراده دارد. بنابراین غیر رشید میتواند زن خود را طلاق بدهد اگر چه بطلاق خلع و مبارات باشد، زیرا در طلاق خلع و مبارات اضافه بر طلاق، شوهر فدیه را که زن باو میدهد قبول مینماید و بنابر مستفاد از روح ذیل مادۀ «۱۲۱۴» ق. م سفیه میتواند فدیه را در مقابل طلاق بپذیرد زیرا با توجه بآنکه شوهر سفیه میتواند زن خود را طلاق دهد، گرفتن عوض را در این مورد در حکم آنست که مالی باو مجاناً داده شده باشد. همچنین سفیه میتواند نسبت باموری که خود میتواند انجام دهد وکالت بدیگری بدهد، یا مطلقاً وکالت از دیگری قبول نماید و در اموال و حقوق مالی او تصرف کند، همچنانی که میتواند ودیعه و عاریه بپذیرد. بدستور مادۀ «۱۲۶۳» ق. م: «اقرار سفیه در امور مالی مؤثر نیست». عده‌ای از فقهاء بر آنند که سفیه میتواند اقرار بنسب ولد بنماید، ولی بنظر میرسد که چون اقرار بنسب غیر مستقیم مستلزم انفاق بعنوان قرابت میگردد پذیرفتن آن مشکل میباشد. بعضی برای فرار از اشکال مزبور بر آن شده‌اند که اقرار او بنسب پذیرفته میشود ولی آن، نسبت بانفاق مؤثر نخواهد بود. رد اشکال با تفکیک بین لازم و ملزوم ضعیف بنظر میرسد

قسم دوم – افعال مادی

افعال مادی اعمالی است که شخص بوسیلهٔ جوارح خود بجای می‌آورد. چنانچه غیر رشید بوسیلهٔ اعمال خود تجاوز بحقوق دیگران کند و خسارتی بآنان وارد آید سفیه باید جبران کند مانند: شکستن در و پنجره و تصادم با اتومبیل دیگری در اثر بی‌مبالاتی، زیرا سفیه عاقل است و ولی و قیم مسئولیت اعمال او را ندارند و فقط نمایندهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۵۹

مالی او میباشند بالعکس آنچه در صغیر غیر ممیز و مجنون است که اولیاء و مستحفظین نگاهداری آنها را عهده‌دار میباشند که هرگاه در نگاهداری آنها تقصیر کنند و در اثر آن صغیر غیر ممیز و مجنون خسارتی بدیگران وارد آورند مسئول خواهند بود. این است که ماده «۱۲۱۶» ق. م میگوید: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر غیر شود ضامن است». بنابراین هرگاه سفیه مال کسی را تلف کند یا سبب تلف آن گردد ضامن میباشد. همچنین هرگاه کسی مالی را بجهتی از جهات بسفیه بسپارد و او آن مال را تلف کند و یا سبب تلف آن شود سفیه ضامن است، زیرا سفیه دارای عقل و تمیز میباشد که تشخیص مسئولیت میدهد و عهده‌دار تکلیف میباشد. بدین جهت مباشر اقوی از سبب خواهد بود، بالعکس آنچه در مورد صغیر غیر ممیز و مجنون میباشد که سبب اقوی از مباشر است. این امر از بیان حکم صغیر غیر ممیز و مجنون در ماده «۱۲۱۵» ق. م و سکوت حکم نسبت بسفیه با آنکه در مقام بیان میباشد مستفاد میگردد. ماده «۱۲۱۵» ق. م: «هرگاه کسی مالی را بتصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۰

مبحث سوم مجانین

قسمت اول – تعریف مجنون

مجنون کسی است که دارای اختلال اعصاب دماغی میباشد و نمیتواند در اجتماع وضعیت خود را حفظ و از حقوق خود دفاع نماید. مطالعات عمیقی که امروزه از طرف متخصصین بیماریهای روحی و پزشکان روانی بعمل آمده با اقسام مختلفه جنون برخورد نموده‌اند که دانستن آنها مانند دانستن علل جنون از موضوع علم حقوق خارج است و تأثیر در بحث حقوقی ندارد.

مجانین را نمیتوان در اجتماع بدون حمایت آزاد گذارد، زیرا از طرفی شخص آنان باید مورد مواظبت و نگاهداری قرار گیرند تا موجب زیان خود و دیگران نگردند و از طرف دیگر جلوگیری از تصرف آنها در اموال و حقوق مالی خود نمود و دارائی آنها را اداره کرد تا اعمالی ننمایند که بضرر آنان خاتمه پذیرد و خود و خانواده خود را در پریشانی و فقر قرار دهند. این نوع حمایت از دارائی مجانین مستقیماً بنفع شخص آنان و غیر مستقیم بنفع خانواده آنها و اجتماع است. حمایت مجنون بوسیلهٔ قرار دادن او تحت سرپرستی ولی و قیم بعمل می‌آید. این است که مادهٔ «۱۲۱۷» ق. م: میگوید: «ادارهٔ اموال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید بعهدهٔ ولی یا قیم آنان است، بطوری که در باب سوم از کتاب هشتم و مواد بعد مقرر است».

بدستور مادهٔ «۱۲۱۱» ق. م: «جنون بهر درجه که باشد موجب حجر است».

جنون دارای درجات مختلف است، بعضی از آنها چندان شدید میباشد که مجنون ببدن خود زخمهای عمیقی میزند و گاه انتحار میکند و یا بدیگران آزار و اذیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۱

میرساند و گاه مرتکب جنحه و جنایت میگردد و هیچ توجهی بدارائی خود ندارد و بعضی از آنها چندان خفیف است که با معاشرت ساده معلوم نمیگردد. و گاه جنون شخص در نوع عمل خاصی است، چنانکه فقط دیوانگی او در آنست که تصور مینماید دسته مخصوصی با او دشمنی دارند و مترصد سوء قصد او هستند و همیشه هراسان و بیمناک میباشد و یا خود را دانشمندترین اشخاص و برتر از دیگران میداند ولی اموال خود را کاملا نگهداری میکند و در معاملات خود رعایت مصلحت خود را مینماید. قانون مدنی چنانکه مادهٔ بالا تصریح میکند فرقی بین درجات جنون نگذارده و بهر درجه که جنون در شخص یافت شود آن را موجب حجر میداند.

تشخیص جنون در بعضی از موارد آسان و سهل است و دادگاه خود میتواند بوسیلهٔ پرسشهائی آن را بداند و در مواردی دشوار میباشد که پزشکان روانی میتوانند آن را تشخیص دهند. بنظر میرسد ملاک حکم محجوریت کسی که بعنوان جنون مورد رسیدگی دادگاه قرار میگیرد عدم قابلیت او در اداره اموال شخص خود میباشد، بنابراین نمیتوان کسی را که بدین درجه از جنون نرسیده محجور دانست. ماده اگر چه مطلق است و شامل تمامی اقسام جنون بهر درجه که باشد میگردد ولی بجهاتی که در بالا ذکر گردید باید آن را منصرف بمورد خاصی نمود که در بالا بیان گردید.

ماده «۱۲۱۳» ق. م: «مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمیتواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید و لو با اجازهٔ ولی یا قیم خود، لیکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه مینماید نافذ است، مشروط بر آنکه افاقهٔ او مسلم باشد». اینک شرح مادهٔ بالا:

جنون بر دو قسم است: جنون دائمی، جنون ادواری.

الف- جنون دائمی که آن را اطباقی (بکسر همزه) نیز گویند جنونی است که همیشه در شخص موجود است، یعنی گاه موجود و گاه معدوم نمیشود و شخص بحالت عادی عقل بر گردد، خواه مدت آن طولانی باشد مانند همه عمر یاسی، یا چهل سال و خواه مدت آن کوتاه باشد مانند چند روز و چند ماه، یک سال و امثال آن.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۲

ب- جنون ادواری (بکسر همزه) جنونی است که همیشگی نیست، بلکه هر چند زمانی برای مدتی مانند چندین ساعت یا چندین روز یا چندین ماه در شخص پیدا میشود و سپس بحالت عادی برمی‌گردد و عاقل میشود و این وضعیت تکرار میگردد. عودت جنون گاه مرتب و گاه دیگر غیر مرتب میباشد.

قسمت دوم- آثار افعال مجانین

اشاره

افعال مجانین بر دو قسم است: افعال قضائی، افعال مادی یا غیر قضائی.

قسم اول- افعال قضائی

چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید مجنون (خواه جنون او دائمی باشد و خواه ادواری در حالت جنون) نمیتواند در اموال و حقوق مالی خود تصرف بنماید اگر چه ولی یا قیم آن را اجازه دهد، زیرا مجانین قادر نیستند که اراده بنمایند و قصد انشاء کنند و آثار و احکام آن را بدانند. هرگاه درجه جنون در بعضی از اشخاص خفیف باشد بطوری که بتواند اراده بنمایند چون تشخیص آثار و عواقب آن را نمیتوانند بدهند، قانون آن را معتبر نشناخته است. افعال قضائی مجنون ادواری در حال افاقه صحیح است، زیرا در آن موقع در کمال عقل میباشد و جنون قبل و بعد او تأثیر در وضعیت افاقهٔ او ندارد. این امر در صورتیست که مجنون ادواری در حال افاقه،

حالت عادی عقل را دارا شود و الا هرگاه بحالت گیجی و بلاهت باشد، افعال قضائی او مانند حالت جنون باطل است.

پرسشی که پیش می‌آید آنست که هرگاه عمل قضائی را مجنون ادواری انجام دهد و تردید شود که آن عمل در حال جنون بوده و یا در حال افاقه اصل کدام است؟

مثلًا کسی که حکم جنون ادواری او از دادگاه صادر گردیده است، خانهٔ خود را بفروشد و خریدار دعوی اقامه نماید و تسلیم خانه را بخواهد، قیم محجور حاضر شده و اعلام دارد که بر طبق حکم حجر و قیم نامه که در دست دارد مولی علیه او بجنون ادواری مبتلا است و معامله او باطل میباشد و خریدار پاسخ دهد که فروشنده در حال افاقه خانه خود را فروخته و معامله صحیح است. همچنین هرگاه دعوی بالعکس باشد یعنی

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۳

قیم باستناد آنکه بیع در حال افاقه بوده از خریدار مطالبهٔ ثمن خانه را نماید و خریدار باستناد آنکه فروشنده طبق حکم دادگاه مجنون ادواری است و در حال جنون معامله واقع شده مدعی بطلان آن معامله گردد.

پاسخ آنست که از عبارت مادهٔ بالا که میگوید (اعمال حقوقی که مجنون ادواری مینماید نافذ است مشروط بر آنکه افاقهٔ او مسلم باشد) معلوم میگردد، اصل وقوع معامله در حال جنون است و معامله‌ای که مجنون ادواری نموده باطل است تا آنکه مدعی صحت (خواه ولی یا قیم باشد یا طرف دیگر معامله) بوسیلهٔ ادله‌ای که ابراز مینماید ثابت کند که معامله در حال افاقه واقع شده است. مبنای این امر بر آنست که با سابقهٔ جنون و محجوریت چنانچه تردید شود که در زمان انعقاد معامله جنون زائل شده بوده یا باقی بوده است، باستناد اصل عقلی، بقاء آن استصحاب میگردد تا خلاف آن ثابت شود.

چنانچه اشکال شود که مورد مزبور از موارد اجراء قاعدهٔ اصالهٔ الصحهٔ مذکور در ماده «۲۲۳» قانون مدنی میباشد، زیرا تردید در صحت عقدی میباشد که منعقد شده است. در رد آن گفته میشود اصالهٔ الصحهٔ در موردی جاری میگردد که در یکی از ارکان صحت معامله اصل عقلی معارضی جاری نشود که با عمل بآن حکم بفقدان آن رکن گردد، چنانکه در مورد بالا میباشد که موجب تردید در صحت معامله، شک در وجود اهلیت یکی از متعاملین میباشد که سابقاً مجنون بوده است که با استصحاب جنون، حکم بجنون او در حین معامله میشود و محلی برای جریان اصالهٔ الصحهٔ باقی نمیماند.

بنابراین اصل، بطلان معامله با مجنون ادواری است تا مدعی صحت ثابت نماید که عقد در زمان افاقه واقع شده است.

در صورتی که سابقه جنون در متبایعین نباشد و ذی‌نفع دعوی بطلان عقد را باستناد جنون خریدار یا فروشنده بنماید، اصل صحت جاری میگردد تا مدعی، خلاف آن را ثابت نماید.

قسم دوم – افعال مادی

بدستور ماده «۱۲۱۶» ق. م هرگاه مجنون باعث ضرر غیر شود ضامن است، زیرا هر کس موجب زیان دیگری گردد باید آن را جبران نماید. این امر در صورتیست که زیان وارده از طرف مجنون در اثر تقصیر مستحفظین او نباشد که عهده‌دار نگهداری از او هستند و الا مستحفظین آن زیان را باید جبران کنند زیرا مجنون مباشر و مستحفظین آنها سببند و در این صورت سبب اقوی از مباشر است.

ماده «۷» لایحه قانونی مسئولیت مدنی مؤید این امر است. ماده «۷» ق.

مسئولیت مدنی «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد بعهدهٔ او میباشد در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر میباشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید بنحوی صورت گیرد که

موجب عسرت و تنگدستی جبران کنندهٔ زیان نباشد» مسئولیت تضامنی مجنون در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت از او بر خلاف اصول حقوقی است.

هرگاه کسی مالی را بتصرف مجنون بدهد و مجنون آن مال را تلف کند و یا سبب تلف آن گردد او ضامن نخواهد بود، زیرا دهندهٔ مال اقدام بزیان خود کرده است و، با ضعف مباشر سبب اقوی میباشد. ماده «۱۲۱۵» ق. م: «هرگاه کسی مالی را بتصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود».

تبصره – محجورین چگونه شناخته میشوند؟

اشاره

محجورین بر دو دسته‌اند: محجورین طبیعی، محجورین عرضی

۱– محجورین طبیعی

محجورین طبیعی یا صغار کسانی هستند که سن آنها کمتر از هیجده سال تمام باشد. مشخص سن در اشخاص شناسنامهٔ آنها میباشد که سند رسمی محسوب است و تاریخ ولادتی که در آن نوشته شده سن دارندهٔ آن میباشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۵

و هیچ یک از دادگاهها و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی نمیتوانند آن را معتبر ندانسته و بقیافه و یا گفتار شهود بر خلاف مفاد آن عمل نمایند. چنانچه ذی‌نفع، سن مذکور در شناسنامه را کمتر یا بیشتر از آن میداند که در شناسنامه ذکر شده است، باید در دادگاه شهرستان حوزه‌ای که شناسنامه گرفته شده اقامهٔ دعوی کند و طبق مقررات مربوطه شناسنامه تصحیح گردد.

طبق مادهٔ «۱۲۰۹» ق. م هرکس هیجده سال تمام نداشته باشد در حکم غیر رشید است، مگر آنکه حکمی را ارائه دهد که دادگاه او را رشید شناخته باشد. در این صورت طبق حکم صادر عمل میشود. ماده «۱۲۰۹» ق. م: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است، مع ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود».

۲– محجورین عرضی

آنها کسانی هستند که بیش از هیجده سال دارند و مبتلاء بجنون یا سفه میباشند که شرح آن گذشت.

بدستور ماده «۱۲۱۰» ق. م: «هیچ‌کس را نمیتوان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام بعنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

سفه و جنون دو وضعیت روحی هستند که بر انسان عارض میگردند و بدین جهت نمیتوان بدون رسیدگی دادگاه کسی را سفیه یا مجنون دانست و از تصرف در اموال و حقوق مالیش او را محروم نمود. بنابراین کسی که هیجده سال شمسی او تمام است باید او را رشید شناخت، مگر اینکه از طرف دادگاه حکم بر جنون یا سفه او صادر و قطعی شده باشد. ماده «۷۰» امور حسبی: «اثر حجر از تاریخ قطعیت حکم مترتب میشود، لیکن اگر ثابت شود که علت حجر قبل از تاریخ حکم حجر وجود داشته، اثر حجر از تاریخ وجود علت حجر مترتب میشود». در این امر فرق نمینماید که سفه و جنون او متصل بسن صغر باشد یا آنکه پس از گذشتن مدتی از سن مزبور سفیه یا مجنون گردد، همچنانی که فرق نمینماید که ولی خاص (پدر، جد پدری، وصی)

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۶

داشته باشد یا نداشته باشد.

بنـابر آنچه ماده «۱۱۲۰» ق. م تصـریح مینمایـد که (هیـچ‌کس را پس از هیجـده سال تمام نمیتوان بعنوان جنون یا عـدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد) مسـلم است کسـی که در اثر تشـخیص پزشک روانی مجنون شـناخته شده و در تیمارستان نگاهداری میشود نمیتوان محجور دانست مگر آنکه پس از رسیدگی بوسیلهٔ دادگاه حکم جنون او صادر شده باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۷

باب دوم در حفظ اموال محجورین قبل از تعیین قیم

اشاره

ماده «۱۲۲۴» ق. م: «حفظ و نظارت در اموال صـغار و مجانین و اشـخاص غیر رشید مادام که برای آنها قیم تعیین نشده بعهدهٔ مدعی العموم خواهد بود. طرز حفظ و نظارت مدعی العموم بموجب نظامنامهٔ وزارت عدلیه معین خواهد شد».

دادسـتان پس از اطلاع بر وجود محجوری بایـد فوراً بوسائل لازمه از اموال او صورت‌برداری کنـد و جلوگیری از حیف و میل شدن آن بنماید چنانکه بدست امینی بسپارد و یا در محلی نگاهداری کند تا پس از رسیدگی و تعیین قیم باو تحویل داده شود.

طبق ماده «۱۶» قانون اصول تشـکیلات دادگستری، دادسـتان شهرسـتان دارای وظایف اداری نیز میباشـد که عبارتنـد از حفظ حقوق صغـار و مجـانین و غـائب مفقود الاـثر و حفـظ ترکـهٔ متوفی در صورت غیبت و یـا معلوم نبودن ورثه یـا بعضـی از آنهـا. برای اجراء وظائف اداری دادستان، در پارکه‌ها شعبهٔ مخصوصی بنام دفتر محجورین و تحریر ترکه تشکیل میگردد که کارکنان آن ممکن است از غیر مستخدمین دولت انتخاب شوند.

تشـکیل و ادارهٔ امور دفـتر مزبور و تـأمین حق الزحمه کارکنـان غیر مسـتخدم آن بموجب نظامنامـهٔ هیئت وزراء معین میشود. هرگـاه دادستانها بخواهند در خارج از مقر مأموریت خود وظایف اداری خود را بوسیلهٔ امنای صلح یا حکام یا یکی از مأمورین شهرداری یا شهربانی انجام نمایند، مأمورین مزبور مکلف هستند دستور دادستان را بموقع اجرا گذارند.

نظامنامهٔ دفتر امور محجورین و تحریر ترکه مصوب ۱۳ مرداد ماه ۱۳۱۶

ماده ۱-:

«در حوزهٔ هر محکمه بـدایت، دفـتر محجورین و تحریر ترکه در پـارکه و بمسؤلیت مـدعی العموم بـدایت تشـکیل میشود. ادارهٔ دفتر مزبور بر حسب مورد و

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۸

اقتضاء محل، ممکن است بیک نفر از اعضاء قضائی یا اداری وزارت عدلیه برگزار شده و بدستور مدعی العموم انجام وظیفه کند».

ماده ۲-:

«دفتر مزبور بچهار قسمت تقسیم میشود:

۱- دفتر حفظ حقوق صغار.

۲- دفتر حفظ حقوق مجانین و سفهاء.

۳- دفتر حفظ حقوق غائبین مفقود الاثر.

۴- دفتر حفظ ترکهٔ متوفی بلاوارث و ترکهٔ متوفی در صورت غیبت یا مجهول بودن بعضی ورثه یا تمام آنها».

مادهٔ ۳-:

«امور مذکور در ماده قبل بوسیلهٔ مستخدمین قضائی یا اداری پارکه و یا کارکنان غیر مستخدم دولت انجام میشود».

ماده ۴-:

«همین‌که مدعی العموم بهر طریق به وجود صغیری اطلاع حاصل کرد بوسیلهٔ نمایندگان قانونی خود از قبیل کلانتریها، امناء و مأمورین صلح و غیره دستور لازم برای بازجوئی در امور ذیل میدهد:

۱- تعداد صغار ۲- میزان دارائی.

۳- وجود یا عدم ولی خاص.

۴- اقارب و بستگان یا کسان شایسته قیمومت.

۵- میزان در آمد سالیانه و هزینهٔ آنها».

ماده ۵-:

«هر زمان مدعی العموم بوجود مجنون اطلاع پیدا کند بطریق فوق بازجوئیهای لازم بعمل آورده کسب نظر پزشک قانونی یا در صورت نبودن او پزشک دیگر خواهد نمود».

ماده ۶-:

در صورتی که مدعی العموم بوجود سفیهی مطلع شود بازجوئیهای لازم نموده در صورت احراز سفه اقدام مقتضی قانونی بعمل خواهد آورد».

ماده ۷-:

«در مورد غیبت تمام یا بعض ورثه یا غائبین مفقود الاثر مدعی العموم

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۶۹

علاوه بر بازجوئیهای لازم اقدام مقتضی در تأمین اموال آنها خواهد کرد».

ماده ۸-:

«کارکنان غیر مستخدم دولت ممکن است ثابت باشند یا موقت، کارکنان ثابت دستمزد ماهیانه خواهند داشت. کارکنان موقت فقط برای مورد خاص انتخاب و مستحق دستمزد کار میشوند».

ماده ۹-:

«کارکنان غیر مستخدم دولت که برای دفتر محجورین و تحریر ترکه انتخاب میشوند عبارت خواهند بود از: حسابدار، ارزیاب، معمار، حراجچی، منشی و سایر اهل خبره».

ماده ۱۰-:

«عده کارکنان ثابت و انتخاب و تغییر و عزل آنها به پیشنهاد مدعی العموم محل و تصویب وزارت عدلیه است و طرز انتخاب کارکنان غیر موقت را وزارت عدلیه بموجب نظامنامه مقرر خواهد کرد».

ماده ۱۱-:

«کارکنان غیر مستخدم دولت باید خبرویت و اطلاع کامل برای کاری که استخدام میشوند داشته و مشهور بفساد اخلاق نباشند».

ماده ۱۲-:

«دستمزد کارکنان ثابت به پیشنهاد مدعی العموم و تصویب وزارت عدلیه است».

ماده ۱۳-:

«دستمزد کارکنان موقت بنظر مدعی العموم بدایت تعیین میشود و در این مورد در صورت اختلاف بین مدعی العموم و کارکنان مزبور نظر رئیس محکمه بدایت قاطع خواهد بود.
تبصره- در صورتی که صغیر یا محجور درآمد مستقیمی داشته باشد، دستمزد مذکور در فوق از درآمد او بوسیلهٔ امین یا قیم مطابق نظامنامهٔ وزارت عدلیه پرداخته خواهد شد».

ماده ۱۴-:

«همین‌که دفتر تحریر ترکه محجورین بوجود صغیر یا مجنون یا سفیه یا غائب مفقود الاثر و یا از فوت مورثی که تمام یا بعض از ورثه او غائب باشند اطلاع پیدا کند وسائل لازمه برای صورت‌برداری اموال و جلوگیری از تفریط و حیف و میل شدن آنها مطابق مقررات وزارت عدلیه خواهد بود».

ماده ۱۵-:

«از اموال مذکور آنچه ضایع شدنی و یا نگاهداری آنها مستلزم هزینهٔ بی‌تناسب است یا اموال کم قیمتی که حمل و نقل و نگاهداری آنها مستلزم
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۰
زحمت و اشغال مکان وسیعی است بامر مدعی العموم بموجب صورت مجلس بطور مزایده بفروش میرسد»،

ماده ۱۶-:

«مدعی العموم بدایت هر حوزه با موافقت رئیس محکمهٔ بدایت بودجه هر سال دستمزد کارکنان غیر مستخدم دولت و هزینهٔ غیر مترقبهٔ آن را تنظیم و تا پانزدهم بهمن ماه بپارکه استیناف مقر خود میفرستد و پارکهٔ استیناف بودجهٔ مزبور را با ذکر نظر خود تا اول

اسفند بوزارت عدلیه ارسال میدارد که پس از پیشنهاد وزارت عدلیه و تصویب هیئت وزراء از اول سال بموقع اجراء گذارده شود».

ماده ۱۷-:

«بودجه مذکور در فوق از وجوه حاصل از ترکه بلا وارث و اموال مجهول المالک و صدی چهارده درآمد موقوفات از محل مذکور در شق سوم ماده ۴۵ نظام‌نامهٔ قانون اوقاف تأمین، خواهد شد.

تبصره- عایدات اوقافی بمصرف نگاهداری و تربیت صغار بی‌بضاعت خواهد رسید».

ماده ۱۸-:

«اداره کـل اوقاف مکلف است همه‌ساله درآمـد مـذکور در ماده قبل را در بودجه‌های اوقافی هر محل منظور و صورت آن را بادارهٔ حسابداری وزارت عدلیه تسلیم نماید».

ماده ۱۹-:

«ادارهٔ حسابـداری وزارت عـدلیه وجوه مـذکور در مـاده قبـل را مطـابق دسـتور وزارت عـدلیه در دسـترس پارکه‌هـای بـدایت کشور میگـذارد که بحـواله مـدعی العمـوم در حـدود اعتبـارات مقرره پرداخت شـود. ادارهٔ حسابـداری وزارت عـدلیه مکلف است بودجه مـذکور در ماده «۱۶» را پس از تصویب و صورت هزینه‌هـائی که مطـابق آن میشود هر شـش مـاه یک بار بـدیوان محاسـبات ارسال دارد».

ماده ۲۰-:

«بودجه سال «۱۳۱۶» دفتر مزبور استثناء باید تا دو ماه بعد از تصویب این نظامنامه تهیه و بموقع اجراء گذارده شود».

ماده «۱۲۲۹» ق. م میگویـد: «وظـائف و اختیـاراتی که بمـوجب قوانین و نظامـات مربوطه در مورد دخـالت مـدعیان عمومی در امور صغار و مجانین و اشخاص

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۱

غیر رشـید مقرر است در خارج ایران بعهدهٔ مأمورین قنسولی خواهد بود». مأمورین قنسولی در مورد بالا مسـتقلا وظائف دادسـتان را انجام میدهند و سمت نمایندگی از طرف او را دارا نمیباشند.

ماده «۱۲۳۰» ق. م: «اگر در عهود و قراردادهای منعقـده بین دولت ایران و دولتی که مأمور قنسولی مأموریت خود را در مملکت آن دولت اجرا میکننـد، ترتیبی بر خلاـف مقررات دو مـادهٔ فوق اتخـاذ شـده باشـد مـأمورین مـذکور مفاد آن دو ماده را تا حـدی که با مقررات عهدنامه یا قرارداد مخالف نباشد اجرا خواهند کرد»: زیرا بدسـتور مادهٔ «۹» ق. م: «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۲

باب سوم رسیدگی بحجر

اشاره

طبق ماده «۱۲۱۰» ق. م: «هیچ‌کس را نمیتوان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام بعنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد». دادگاه مستقیماً بدون درخواست نمیتواند رسیدگی بحجر بنماید و چنانکه از مواد مربوطهٔ که در بیان مطالب بعداً دیده خواهد شد مشهود است، دادگاه فقط بدرخواست دادستان میتواند حکم جنون و سفه صادر بنماید. دادستان برای آنکه از جنون و سفه کسی آگاه باشد تا بتواند از دادگاه درخواست حکم حجر بنماید، کسانی که از وجود مجنون یا سفیهی که حکم بر جنون و سفه او صادر نگردیده آگاه شوند، باید بدادستان دادگاه شهرستان حوزهٔ محل اقامت آنها اطلاع بدهند. امر بالا در سه قسمت بیان میگردد.

قسمت اول – اطلاع دادن بدادستان از وجود محجور

اشاره

اشخاص ذیل باید پس از اطلاع بر وجود محجور امر را بدادستان حوزهٔ خود اطلاع دهد.

۱– هر یک از ابوین محجور

– بدستور مادهٔ «۱۲۱۹» ق. م: «هر یک از ابوین مکلف است در مواردی که بموجب مادهٔ قبل باید برای اولاد آنها قیم معین شود مراتب را بمدعی العموم بدایت حوزهٔ اقامت خود و یا بنماینده او اطلاع داده و از او تقاضا نمایند که اقدام لازم برای نصب قیم بعمل آورد».
نظر بآنکه ابوین عموماً زودتر از دیگران بر احتیاج فرزند خود بداشتن قیم اطلاع پیدا مینمایند و از طرف دیگر ممکن است آنها با محجوریت طفل سوء استفاده
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۳
از دارائی او بنمایند این است که قانون ماده را اختصاص بابوین داده و آنها را مکلف نموده است که مراتب را بدادستان اطلاع دهند.

۲– اقربای محجور

ماده «۱۲۲۰» ق. م: «در صورت نبودن هیچ‌یک از ابوین یا عدم اطلاع آنها، انجام تکلیف مقرر در مادهٔ قبل بعهدهٔ اقربائی است که با شخص محتاج بقیم در یک جا زندگی مینمایند». منظور از اقرباء خویشاوندان نسبی و سببی و رضاعی محجورند در هر طبقه و درجه که باشند. چنانکه در مادهٔ بالا تصریح شده است در صورتی که یکی از ابوین محجور موجود میباشند و از حالت روحی او اطلاع دارد اقرباء هیچ‌گونه تکلیفی در اطلاع دادن از وجود محجور بدادستان ندارند.

۳– زن یا شوهر محجور

بدستور مادهٔ «۱۲۲۱» ق. م: «اگر کسی بموجب مادهٔ «۱۲۱۸» باید برای او نصب قیم شود زن یا شوهر داشته باشد زوج یا زوجه نیز مکلف بانجام تکلیف مقرر در مادهٔ «۱۲۱۹» خواهند بود». و باید از وجود محجور دادستان را آگاه نماید. تکلیف هر یک از زوجین در اطلاع دادن بدادستان از محجوریت دیگری تکلیف مستقل است، بنابراین با بودن ابوین و اطلاع داشتن آنها به محجوریت اولاد

خود، هر یک از زوجین عهده‌دار میباشند که وضعیت روحی دیگری را بدادستان اطلاع دهد.

۴– قیم صغیر

بدستور مادهٔ «۵۹» قانون امور حسبی: «هرگاه صغیری که ولی خاص ندارد در زمان رسیدن بسن رشد سفیه یا مجنون باشد قیم باید بدادستان جنون یا سفه او را اطلاع دهد و دادستان پس از اطلاع باین امر مکلف است در موضوع جنون و سفاهت تحقیق نموده و دلائل آن را اعم از نظریات کارشناس و اطلاعات مطلعین و غیره بدادگاه بفرستد و دادگاه پس از رسیدگی و احراز جنون یا سفه حکم باستمرار و بقاء حجر صادر مینماید. در این صورت ممکن است قیم سابق را هم بقیمومت ابقاء نمود».
همچنانی که ممکن است قیم دیگری را برای او تعیین کنند.

۵– شهربانی و شهرداری

بدستور ماده شصت و نهم قانون اصول تشکیلات دادگستری: «هر یک از ادارات نظمیه و بلدیه محل که مطلع بوجود مجنونی شوند
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۴
مکلف هستند فوراً اطلاعات لازمه را بپارکهٔ بدایت حوزهٔ خود داده و مدعی العموم پس از کسب نظر اهل خبره بترتیب مرقوم در ماده فوق رفتار خواهد نمود».
ماده «۵۵» ق امور حسبی «علاوه بر اشخاص مذکور در مادهٔ ۱۲۱۹ و ۱۲۲۰ و ۱۲۲۱ قانون مدنی، شهرداری و اداره آمار و ثبت احوال و مأمورین آنها و دهبان و بخشدار در هر محل مکلفند پس از اطلاع بوجود صغیری که محتاج بتعیین قیم است بدادستان شهرستان حوزهٔ خود اطلاع دهد».

۶– دادگاه

بدستور ماده ۵۶ امور حسبی «هر یک از دادگاهها که در جریان دعوی مطلع بوجود محجوری شود که ولی یا وصی یا قیم نداشته باشد باید بدادستان برای تعیین قیم اطلاع دهد».
منظور از آنچه در موارد ششگانه گذشت آگاهی دادستان بر وجود محجور میباشد.
بنابراین بدستور مادهٔ «۱۲۲۲» ق. م: «در هر موردی که مدعی العموم بنحوی از انحاء بوجود شخصی که مطابق مادهٔ «۱۲۱۸» باید برای او نصب قیم شود مسبوق گردید باید بمحکمه شرع رجوع و اشخاصی را که برای قیمومت مناسب میداند بمحکمهٔ مزبور معرفی کند».
قسمت مربوط بصلاحیت محکمهٔ شرع در نصب قیم بوسیلهٔ مادهٔ «۴۸» قانون امور حسبی نسخ گردیده و امور قیمومت راجع بدادگاه شهرستانی میباشد که اقامتگاه محجور در حوزهٔ آنست. ماده «۴۸» قانون امور حسبی: «امور قیمومت راجع بدادگاه شهرستانی است که اقامتگاه محجور در حوزهٔ آن دادگاه است و اگر محجور در ایران اقامتگاه نداشته باشد دادگاهی که محجور در حوزهٔ آن دادگاه سکنی دارد برای امور قیمومت صالح است».
منظور ماده «۱۲۲۲» ق. م که مطلقاً مقرر داشته دادستان پس از اطلاع بر وجود محجور برای تعیین قیم اقدام بنماید آنست که، دادستان در مورد جنون و سفه قبل از تعیین قیم باید از دادگاه شهرستان چنانکه مادهٔ «۱۲۲۳» ق. م متذکر است درخواست حکم حجر نماید و پس از قطعی شدن حکم حجر درخواست نصب قیم کند و در مورد صغار که احتیاج برسیدگی دادگاه و صدور حکم حجر ندارد مستقیماً از دادگاه درخواست تعیین قیم بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۵

قسمت دوم- درخواست حکم حجر از طرف دادستان

دادستان چنانچه در حوزهٔ خود بنحوی از انحاء بر وجود مجنون آگاه گردید بدستور ماده «۱۲۲۳» ق. م قبلًا رجوع بپزشک روانی مینماید، هرگاه پزشک مزبور او را مجنون یافت، نظریهٔ پزشک را بپیوست درخواست حکم حجر بدادگاه شهرستان حوزهٔ خود میفرستد. همچنین هرگاه بر وجود سفیهی آگهی یافت از مطلعین اطلاعات کافی بدست آورده چنانچه سفاهت او را مسلم دید، آن ادله را پیوست درخواست حکم سفاهت بدادگاه شهرستان حوزهٔ خود میفرستد. «مادهٔ ۱۲۲۳» ق. م: «در مورد مجانین مدعی العموم باید قبلًا رجوع بخبره کرده نظریات خبره را بمحکمهٔ ابتدائی ارسال دارد. در صورت اثبات جنون مدعی العموم بمحکمهٔ شرع رجوع میکند تا نصب قیم شود.

در مورد اشخاص غیر رشید نیز مدعی العموم مکلف است که قبلا بوسیله مطلعین اطلاعات کافیه در باب سفاهت او بدست آورده در صورتی که سفاهت را مسلم دید در محکمه بدایت اقامهٔ دعوی نماید و پس از صدور حکم عدم رشد برای نصب قیم بمحکمه شرع رجوع نماید».

راجع بغیر رشید ماده هفتادم اصول تشکیلات دادگستری مقرر میدارد: «از هر طریقی بمدعی العموم سفاهت شخصی اطلاع داده شود مشار الیه مکلف است بوسیلهٔ مطلعین اطلاعات کافیه بدست آورده در صورتی که، سفاهت را مسلم دید در محکمه بدایت اقامهٔ دعوی کرده، هرگاه محکمه سفاهت مدعی علیه را تصدیق نمود مدعی العموم دوسیهٔ امر را برای تعیین تکلیف قطعی و نصب قیم بمحکمه شرع خواهد فرستاد».

در خواست حکم حجر کسی که جنون یا سفه او متصل بزمان صغر است و ولی خاص دارد بوسیله ولی بعمل می‌آید و مستقیماً دادخواست بدادگاه تقدیم مینماید.

صلاحیت محکمه شرع برای نصب قیم در مورد صغیر و مجنون و سفیه بوسیلهٔ ماده «۴۸» قانون امور حسبی نسخ شده است.

قسمت سوم- دادگاه صالح و رسیدگی بحجر

اشاره

دادگاه شهرستانی که محجور در حوزه آن سکونت دارد صالح برای رسیدگی بدعوی حجر میباشد. بنابراین دادستان درخواست حجر را بدادگاه شهرستانی که خود در حوزهٔ او انجام وظیفه مینماید میدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۶

در صورتی که محجور در خارج از کشور باشد دعوی حجر بوسیلهٔ دادستان تهران در دادگاه شهرستان تهران اقامه میگردد (مستنبط از مواد مربوطه بتعیین قیم از ماده «۴۸- ۵۵» قانون امور حسبی). پس از رسیدن درخواست حکم حجر از طرف دادستان بدفتر دادگاه شهرستان، دادگاه وقتی را خارج از نوبت برای رسیدگی معین مینماید وقت مزبور بدادستان و کسی که درخواست حجر او شده است اخطار میشود تا در دادگاه حاضر شوند. در جلسهٔ مقرر دادگاه شروع برسیدگی مینماید و چنانچه مجنون یا سفیه با اخطار وقت حاضر نگردیدند دادگاه چنانچه ادله ابرازی را کافی برای صدور حکم حجر دانست حکم خواهد داد و الا تحقیقات لازم را خواهد نمود. دادگاه در رسیدگی خود مانند رسیدگی بدعاوی عادی اکتفا بادلهٔ ابرازی نمینماید، بلکه خود میتواند در موردی که محتاج

بداند بپزشک روانی رجوع نماید و یا از کسانی که لازم میداند تحقیقات بنماید. این است که مادهٔ «۵۷» قانون امور حسبی میگوید: «در رسیدگی بدرخواست حجر دادگاه نسبت باشخاصی که مجنون یا سفیه معرفی شده‌اند هر گونه تحقیقی که لازم بداند بعمل می‌آورد و میتواند اشخاصی که اطلاعات آنها را قابل استفاده بداند احضار نموده و یا برای تحقیق از اشخاص نامبرده نماینده بفرستد ...».

بدستور ماده «۵۸» قانون امور حسبی: «هرگاه دادگاه لازم بداند از کسی که محجور شده تحقیق کند و آن شخص نتواند در دادگاه بواسطهٔ عذر موجه حاضر شود، دادرس دادگاه شخصا یا بوسیلهٔ نماینده در خارج از دادگاه از او تحقیق مینماید». این امر در صورتیست که محجور بستری و یا در بیمارستان تحت مداوا باشد و هرگاه بخواهند او را خارج نموده بدادگاه آورند موجب زحمت خود و یا دیگران باشد.

دادرس پس از بازجوئی و رسیدگی بدستور ماده «۲۴» قانون امور حسبی باید منتها در ظرف دو روز تصمیم خود را اعلام دارد. چنانکه ذیل مادهٔ «۵۷» قانون امور حسبی متذکر است دادگاه هرگاه احراز حجر کسی را نمود که درخواست حجر او شده است حکم بحجر میدهد و در صورت عدم احراز حجر درخواست حجر را رد مینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۷

چنانکه از گفتار مادهٔ بالا- که دادگاه را برای تشخیص حجر بتحقیقات لازم از اشخاصی که اطلاعات آنها قابل استفاده است راهنمائی نموده و همچنین اجازه داده تحقیق از شخص محجور بشود، معلوم میگردد، قانون متابعت نظر پزشک روانی را که موجب درخواست حجر از طرف دادستان بوده برای صدور حکم حجر لازم ندانسته است، علاوه بر آنکه طبق ماده «۴۶۰» قانون آئین دادرسی مدنی: «در صورتی که عقیدهٔ کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مسأله موافقت نداشته باشد، دادگاه متابعت آن عقیده را نمی‌نماید». بنابراین ملاک صدور حکم حجر از طرف دادگاه:

الف- در مورد سفیه آنست که بر دادگاه ثابت گردد تصرفاتی که خوانده تا کنون در دارائی خود نموده غبطه را آنگونه که متعارف عقلا است رعایت نکرده و در راههائی که وضعیت او و دارائی او اقتضا میکرده مصرف ننموده است.

ب- در مورد مجنون آنست که نزد دادگاه مسلم شود که خوانده در اثر اختلال اعصاب دماغی قابلیت ادارهٔ اموال شخصی خود را آنگونه که متعارف مردمان زمان و مکان است دارا نمیباشد.

موضوعی که دادرس در رسیدگی بحجر مورد توجه باید قرار دهد تعیین ابتدای زمان حجر است، زیرا تعیین آن موجب تشخیص وضعیت حقوقی معاملات و عقودی است که محجور قبل از تاریخ صدور حکم نموده است. این امر را مادهٔ «۷۱» ق. امور حسبی تصریح کرده است. ماده «۷۱» ق. امور حسبی: «در مواردی که علت حجر بعد از رشد حادث شده باشد، دادگاه باید ابتدای تاریخ حجر را که بر او معلوم شده است در حکم خود قید نماید». اما در صورتی که حجر متصل بسنّ رشد باشد احتیاج بذکر ابتدای تاریخ آن نیست، زیرا دانستن ابتدای تاریخ جنون قبل از سن رشد (۱۸ سالگی) عموماً اثر حقوقی را در بر ندارد و شخص مزبور باعتبار صغر در حکم غیر رشید میباشد. اما در صورتی که جنون صغیر ممیز قبل از سن «۱۸» سالگی مورد اختلاف قرار گیرد چنانکه از مادهٔ بالا مستفاد میشود مستقیماً مورد رسیدگی دادگاه قرار نمیگیرد بلکه بتبع دعوای اصلی رسیدگی میشود. مثلًا هرگاه کسی درخواست

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۸

بطلان هبهٔ را که صغیر ممیز پذیرفته است از دادگاه بنماید باستناد آنکه در تاریخ قبول هبه، صغیر مزبور مجنون بوده است و گواهی پزشک معالج او را پیوست نماید. دادگاه از باب مقدمات رسیدگی بمورد درخواست، ناچار است رسیدگی بوضعیت روحی او در زمان انعقاد عقد هبه بنماید. بنابراین، قید ماده بلزوم تعیین ابتدای تاریخ حجر در صورتی که علت حجر بعد از رشد باشد اختصاص

بموردی دارد که حکم حجر مستقلا از دادگاه درخواست شود.

۱- تعیین امین موقت از طرف دادگاه

چون ممکن است جریان رسیدگی بحجر کسی که درخواست حجر او از دادگاه شده تا قطعیت حکم و تعیین قیم و اقدام قیم باداره اموال او بطول انجامد و محجور در دارائی خود تصرفاتی بنماید و یا بوسیلهٔ دیگران حیف و میل شود و یا در اثر عدم مواظبت ضایع گردد و از این راه زیان متوجه محجور شود، بدستور مادهٔ «۶۴» قانون امور حسبی: «دادگاه میتواند شخصی را که درخواست حجر او شده است قبل از صدور حکم و یا بعد از صدور حکم و قبل از قطعی شدن آن از بعض یا تمام تصرفات در اموال موقهٔ ممنوع نماید و در این صورت دادگاه امینی موقهٔ برای حفظ اموال و تصرفاتی که ضرورت دارد معین مینماید». تعیین امین در مورد بالا منوط بدرخواست دادستان یا یکی از اقربای محجور نمیباشد و مستقیماً بنظر دادگاهی است که بدرخواست حجر رسیدگی مینماید که هرگاه وضعیت محجور را از حیث ادارهٔ دارائی او طوری تشخیص دهد که ممکن است تا قطعیت حکم حجر و تعیین قیم و اقدام او زیانی بمحجور وارد آید کسیرا که صلاح بداند بسمت امین موقت معین میکند. اختیارات امین مزبور فقط حفظ دارائی و تصرفاتی است که نگاهداری آن ضرورت دارد. تصرفات مزبور اعم است از تأدیه هزینه لازم محجور و هزینه نگاهداری اموال از هر قبیل که باشد.

۲- قابل پژوهش بودن تصمیم دادگاه

تصمیم دادگاه بکسی که درخواست حجر او شده است ابلاغ میگردد همچنین بدستور مادهٔ «۶۹» قانون امور حسبی:

«دادگاه در تمام امور تصمیمات خود را بهر طریقی که مقتضی بداند بدادستان اطلاع

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۷۹

میدهد». زیرا قانون دادستان را مکلف بحفظ و نظارت اموال و دارائی محجور نموده و درخواست حجر از دادگاه بوسیلهٔ او بعمل آمده است. بنابراین پس از ابلاغ تصمیم دادگاه، چنانچه دادستان، محجور یا قیم با تصمیم دادگاه موافق نبود میتواند پژوهش بخواهد. طبق مادهٔ «۶۶» قانون امور حسبی: «دادستان و محجور و قیم محجور نسبت بتصمیمات دادگاه در موارد زیر میتوانند پژوهش بخواهند. اگر قیم متعدد باشد هر یک از آنها حق پژوهش دارند».

۱- حکم حجر- و آن در موردی است که دادستان درخواست حکم حجر کسی را بعنوان جنون یا سفه از دادگاه بنماید و دادگاه حکم حجر او را صادر کند.

۲- بقاء حجر- و آن در موردی است که دادستان یا ولی درخواست حکم بقاء حجر کسی را از دادگاه بنماید و دادگاه حکم بر بقاء جنون و سفه او متصل بزمان صغر است صادر نماید.

۳- رفع حجر- و آن در موردی است که درخواست رفع حجر از مجنون و سفیهی شده و دادگاه طبق درخواست حکم رفع حجر صادر نموده است.

۴- رد درخواست حجر- و آن در موردی است که درخواست دادستان بر حجر کسی بعنوان جنون یا سفه از طرف دادگاه پذیرفته نشود و رد گردد.

۵- رد درخواست بقاء حجر- و آن در موردی است که درخواست دادستان یا ولی بر بقاء حجر کسی بعنوان آنکه جنون و سفهش متصل بزمان صغر است از طرف دادگاه رد شود.

۶- رد درخواست رفع حجر- و آن در صورتیست که درخواست رفع حجر کسی که از طرف دادگاه قبلا محجور شناخته شده است

پذیرفته نشود و رد گردد.

۳– اجراء حکم دادگاه

احکام بطور کلی پس از قطعیت قابل اجرا میباشد و اقداماتی که برای اجراء حکم لازم است شروع میشود. مادهٔ «۵۹۹» ق. اصول محاکمات حقوقی مصوب «۱۳۲۹» قمری میگوید: «هیچ حکم از احکام محاکم

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۰

عدلیه بموقع اجرا گذارده نمیشود مگر اینکه قطعی شده یا قرار اجرای موقت آن در مواردی که قانون معین میکند از محکمه‌ای که صلاحیت دارد صادر شده باشد».

بنابراین بدستور مادهٔ «۶۵» قانون امور حسبی: «بعد از قطعی شدن حکم حجر بواسطه انقضاء مدت پژوهش یا صدور حکم پژوهشی بحجر، اقدام بتعیین قیم میگردد».

قسمت چهارم– اثر حجر

اثر حجر که ممنوع بودن محجور از تصرف در اموال و حقوق مالی خود باشد از تاریخی است که در حکم دادگاه تعیین شده است. چنانچه در حکم دادگاه ابتداء تاریخ حجر معین نشده باشد، بلکه بطور مطلق رسیدگی بحجر نموده و اعلام محجوریت کرده است، ابتداء آن از تاریخ قطعی شدن حکم دادگاه خواهد بود. ماده «۷۰» قانون امور حسبی: «اثر حجر از تاریخ قطعیت حکم مترتب میشود، لیکن اگر ثابت شود که علت حجر قبل از تاریخ حکم حجر وجود داشته اثر حجر از تاریخ وجود علت حجر مترتب میشود». و اعمال حقوقی که محجور از تاریخ محجوریت خود نموده بلا اثر میگردد.

قسمت پنجم– ثبت نام محجورین و اعلان آن

در ادارهٔ دفتر محجورین و تحریر ترکه دفتر مخصوصی برای ثبت نام محجورین موجود است که بدستور مادهٔ «۱۲۲۶» ق. م: «اسامی اشخاصی که بعد از کبر و رشد بعلت جنون یا سفه محجور میگردند باید در دفتر مخصوص ثبت شود. مراجعه بدفتر مزبور برای عموم آزاد است». زیرا دانستن وضعیت حقوقی اشخاص در روابط اجتماعی لازم است.

بدستور مادهٔ «۱۲۲۵» ق. م: «همین‌که حکم جنون یا عدم رشد یک نفر صادر و بتوسط محکمه شرع برای او قیم معین گردید، مدعی العموم میتواند حجر آن را اعلان نماید. انتشار حجر هر کسی که نظر بوضعیت دارائی او ممکن است طرف معاملات بالنسبه عمده واقع گردد الزامی است». تا همگی از جنون و سفه او آگاه شوند و

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۱

معاملاتی با او ننمایند و خود را دچار اشکال نکنند (چنانکه گذشت مرجع صالح برای رسیدگی بجنون یا عدم رشد دادگاه شهرستان است).

تبصره– رسیدگی بحجر یکی از متعاقدین در جریان رسیدگی بدعوی بطلان عقد

اشاره

چنانکه ممکن است دادگاه مستقیماً بدرخواست دادستان رسیدگی بحجر کسی بنماید، ممکن است در جریان رسیدگی بدعوی دیگری ذی‌نفع مدعی گردد که خود یا طرف او در زمان انعقاد عقد یا ایقاع محجور (مجنون یا سفیه) بوده است.
دعوی مزبور در هر مرحله از مراحل دادرسی که باشد و در هر حوزهٔ قضائی که رسیدگی باصل دعوی بعمل می‌آید قابل رسیدگی میباشد و نباید رسیدگی بدعوی حجر بدادگاه شهرستانی که محجور در آن است ارجاع شود، مثلاـ در دعوی که بایع بطرفیت مشتری بر تسلیم ثمن اقامه مینماید هرگاه مشتری در مقام دفاع مدعی گردد که چون بایع در زمان عقد مجنون و یا سفیه بوده معاملهٔ با او باطل میباشد و دلیل هم بر ادعای خود ابراز دارد، دادگاهی که رسیدگی بدعوی اصلی مینماید ناچار باید بحجر کسی که دعوی جنون یا سفه او شده است قبلا رسیدگی نماید. در این صورت حکم جنون یا سفه مستقلا داده نمیشود، بلکه با احراز حجر، دادگاه حکم ببطلان معامله را صادر مینماید.
طبق مادهٔ «۷۲» ق. امور حسبی: «حکم حجر یا رفع حجر مانع نیست که اگر اهلیت یا عدم اهلیت یکی از متعاملین در دادگاهی قبل از حکم حجر و یا بعد از رفع حجر ثابت شود دادگاه بآنچه نزد او ثابت شده است ترتیب اثر دهد».
شرح مادهٔ بالا- مادهٔ بالا دو امر زیر را بدادگاهها در رسیدگی بدعوی حجر ضمن رسیدگی بدعوی اصلی تذکر میدهد:

الف- اثبات اهلیت یکی از متعاملین قبل از تاریخ حکم حجر

چون ممکن بود احتمال داده شود که رسیدگی باهلیت یکی از متعاملین در صورتی که حکم حجر او از طرف دادگاه صادر شده باشد بر خلاف مفاد حکم مزبور است، مادهٔ بالا متذکر گردیده که چنانچه بر دادگاه در دعوائی که رسیدگی مینماید ثابت گردید که

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۲

در تاریخ مقدم بر تاریخی که حجر کسی مورد حکم مستقل دادگاه قرار گرفته او دارای اهلیت بوده است، بر آنچه بر دادگاه ثابت شده ترتیب اثر میدهد. مثلا هرگاه فروشنده، تسلیم ثمن را از مشتری بخواهد و قیم مشتری مدعی گردد که مولی علیه او در حین معامله مجنون بوده و معامله باطل میباشد و برای اثبات این امر حکم جنون مشتری را ابراز دارد و بایع اظهار کند که تاریخ حکم حجر پس از معامله میباشد و در تاریخ معامله مشتری اهلیت داشته است، دادگاه میتواند باهلیت مشتری رسیدگی نماید، زیرا رسیدگی مزبور منافات با حکم حجر ندارد و حکم حجر شامل زمان انعقاد معامله نمیشود، ولی بنظر میرسد که هرگاه تاریخ معامله پس از صدور حکم حجر باشد دادگاه مکلف است طبق مفاد حکم مزبور مشتری را محجور بداند و نمیتواند رسیدگی باهلیت او کند، زیرا حجر کسی که حکم دادگاه نسبت باو صادر شده مادام از طرف دادگاه شهرستانی که حکم مزبور را صادر نموده رفع نگردد، محجور شناخته میشود و رسیدگی دادگاه دیگر بر خلاف مفاد حکم صادره است.

ب- اثبات حجر یکی از متعاملین پس از تاریخ حکم رفع حجر

در مورد مزبور مانند مورد بالا نیز ممکن بود احتمال داده شود که دادگاهی که رسیدگی بدعوی مینماید نمیتواند ضمناً رسیدگی بحجر یکی از متعاملین را پس از تاریخ حکم رفع حجر بنماید و این امر بر خلاف مفاد حکم صادر میباشد، ماده بالا متذکر گردیده است که چنانچه بر دادگاه در دعوائی که رسیدگی میکند ثابت شود که در تاریخ مؤخر بر تاریخی که رفع حجر از کسی شده او محجور بوده است بر آنچه بر دادگاه ثابت شده ترتیب اثر میدهد، زیرا رسیدگی دادگاه راجع بحجر زمان مؤخر میباشد که ممکن است شخص مزبور پس از رفع حجر مجدداً محجور شده باشد. در موارد بالا متضرر میتواند پژوهش و فرجام از حکم دادگاه نسبت

بـدعوی اصـلی بخواهـد و نمیتوان از تصـمیم مقـدمی دادگـاه راجع بـاهلیت یـا حجر مسـتقلا پژوهش خواست، زیرا دادگـاه مسـتقلا رسیدگی باهلیت یا حجر ننموده تا قرار یا حکمی نسبت بآن امر صادر کرده باشـد و از حکم و قرار دادگاه میتوان پژوهش و فرجام خواست نه از تصمیمات مقدماتی.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۳

فصل دوم در قیمومت

اشاره

چنانکه گذشت محجورین (صـغار، مجانین و اشخاص غیر رشید) در اثر آنکه نمیتوانند منافع مالی خود را در اجتماع حفظ بنمایند و رفع زیان از خود کنند، قانون آنها را تحت سرپرستی دیگران گذارده است. ماده «۱۲۱۷» ق. م میگوید: «اداره اموال صغار و مجانین و اشـخاص غیر رشـید بعهـدهٔ ولی یـا قیم آنـان است بطـوری که در بـاب سـوم از کتـاب هشـتم و مـواد بعـد مقرر است». سرپرسـت محجورین چنانکه شرح آن ذیلا بیان میگردد عبارتند از: ولی. وصی و قیم.

۱- ولی

چنانکه در قسمت ولایت گذشت ولی کسی است که از طرف قانون سرپرستی و ادارهٔ اموال بعضی از محجورین را عهده‌دار میباشد و آن عبارت از پدر و جد پدری است که نسبت بصـغیر تا سن بلوغ ولایت دارند و همچنین است نسـبت بمجنون و غیر رشـیدی که جنون و سفه او متصل بسن صغر باشد (مواد «۱۱۸۰» قانون مدنی ببعد که شرح آن قبلا گذشت).

۲- وصی

وصـی کسیست که از طرف ولی برای زمان پس از فوت معین میشود تا اموری را که ولی میتوانسـته انجام دهـد او بانجام آن اقـدام کنـد. ولی میتوانـد برای پس از فوت خود تربیت و اداره اموال صـغیر و کسـی را که جنون و عـدم رشـدش متصـل بزمان صـغر بوده بعهـدهٔ وصـی واگـذار نمایـد. پـدر و جد پدری و وصـی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص نامیده میشود. شـرح وصایت در کتاب وصیت در جلد سوم

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۴

مفصلًا بیان گردید و راجع بوصی محجورین بالخصوص مطالبی در فصل ولایت در این کتاب گذشت و تذکراتی چند نیز ذیلا داده میشود.

بدستور ماده «۷۳» ق. امور حسبی: «در صورتی که محجور ولی یا وصـی داشـته باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در ادارهٔ امور او ندارنـد و فقـط دادرس بعـد از رسیدگی لازم میتوانـد وصـایت وصـی را تصـدیق نمایـد». بنـابراین دادسـتان پس از اطلاع بر وجود محجوری که ولی (پدر یا جد پدری) ندارد، طبق وظیفهٔ اداری خود اقدام بحفاظت دارائی او مینماید. چنانچه کسی خود را وصی بر امور محجور میداند برای اثبات وصایت خود بدادستان مراجعه میکند. در صورتی که دادسـتان آن را پذیرفت از عملیات خودداری مینماید و الا مدعی وصایت میتواند برای صحت ادعای خود بدادگاه مراجعه کند و درخواست رسیدگی و تصدیق آن را بنماید.

دادگاه پس از رسیدگی هرگاه وصایت وصـی را تصـدیق نمود دادسـتان مداخله خود را قطع مینماید. وصیت باید طبق مواد «۲۷۶»

قانون امور حسبی ببعد باشد که شرح آن در جلد سوم گذشت.

۳– قیم

اشاره

قیم کسی است که از طرف دادگاه برای سرپرستی محجور و نگاهداری اموال او در مواردی که ولی خاص (پدر، جد پدری و وصی) نداشته باشد منصوب میگردد.

بدستور مادهٔ «۱۲۲۷» ق. م: «فقط کسی را محاکم و ادارات و دفاتر اسناد رسمی بقیمومت خواهند شناخت که نصب او مطابق قانون توسط محکمه شرع و یا از طرف محضری بعمل آمده باشد که قانوناً قائم مقام محکمه شرع محسوب میشود». مرجع صلاحیتدار طبق قانون امور حسبی چنانکه بعداً دیده میشود با دادگاه شهرستان است و صلاحیت محکمهٔ شرع که مواد قانون مدنی متذکر شده، طبق قانون امور حسبی مصوب ۲ تیر ماه «۱۳۱۹» ضمنا نسخ گردیده است. راجع بقیمومت در هفت باب گفتگو میشود:

۱- محجورینی که برای آنها نصب قیم میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۵

۲- دادگاه صالح و نصب قیم.

۳- تکالیف و اختیارات قیم.

۴- نظارت دادستان در اعمال قیم.

۵- مسئولیت قیم.

۶- عزل قیم.

۷- پایان قیمومت.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۶

باب اول محجورینی که برای آنها نصب قیم میشود

بدستور مادهٔ «۱۲۱۸» ق. م: «برای اشخاص ذیل نصب قیم میشود:

۱- برای صغار که ولی خاص ندارند.

۲- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل بزمان صغر آنها بوده و ولی خاص نداشته باشند.

۳- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل بزمان صغر آنها نباشد».

در موارد دیگر، محجورین تحت سرپرستی ولی خاص (پدر، جد پدری و وصی) میباشند.

باب دوم– دادگاه صالح و نصب قیم

اشاره

بدستور مادهٔ «۶۵» ق، امور حسبی: «بعد از قطعی شدن حکم حجر بواسطهٔ انقضاء مدت پژوهشی یا صدور حکم پژوهشی بحجر، اقدام به تعیین قیم میگردد».

دادگاه صالح و تعیین قیم در شش قسمت بیان میشود:

۱- دادگاه صالح برای نصب قیم

قانون مدنی در موارد متعددی محکمهٔ شرع را مقام صلاحیتدار برای تعیین قیم معرفی نموده و دادستان بدستور مواد مزبور درخواست خود را بمحکمهٔ شرع میفرستاده است. صلاحیت محکمهٔ شرع برای نصب قیم بوسیلهٔ قانون امور حسبی مصوب ۲ تیر ماه «۱۳۱۹» ضمنا نسخ شد و دادگاه شهرستان حوزه اقامتگاه محجور برای انتصاب قیم معین گردید. ماده «۴۸» قانون امور حسبی: «امور قیمومت راجع

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۷

بدادگاه شهرستانی است که اقامتگاه محجور در حوزهٔ آن دادگاه است.» هرگاه در اقامتگاه محجور دادگاه صلاحیتدار برای امور قیمومت نباشد بدستور مادهٔ «۵۲» قانون امور حسبی امور مزبور با نزدیکترین دادگاه صلاحیتدار باقامتگاه محجور خواهد بود. اما در صورتی که اقامتگاه محجور معلوم نباشد مانند صغیر یا دیوانهٔ که در شهری یافت شود و شعور اینکه بداند از کدام محل است نداشته باشد، طبق ماده «۵۳» قانون امور حسبی امور قیمومت او با دادگاهی است که محجور در حوزهٔ آن دادگاه یافت میشود.
بدستور ذیل مادهٔ «۴۸» قانون امور حسبی: «اگر محجور در ایران اقامتگاه نداشته باشد دادگاهی که محجور در حوزهٔ آن دادگاه سکنی دارد برای امور قیمومت صالح است». چون دادستان حفظ و نظارت در امور دارائی محجورین را عهده‌دار است، لذا دادگاهی که دادستان نزد او انجام وظیفه مینماید، صالح برای امور قیمومت میباشد. این است که دادگاه شهرستانی که اقامتگاه محجور در حوزهٔ آنست صلاحیت تعیین قیم را دارد. در صورتی که اقامتگاه محجور در خارج از ایران باشد و بجهتی از جهات بایران مسافرت نماید و در محلی سکونت کند، دادگاهی که در حوزهٔ او محجور سکونت دارد صلاحیت تعیین قیم را دارا میباشد.
مادهٔ «۴۹» قانون امور حسبی: «هرگاه محجور در خارج از ایران اقامت یا سکنی داشته باشد امور قیمومت راجع بدادگاه شهرستان تهران است، ولی چون رجوع بدادگاه شهرستان تهران برای نصب قیم و قبول قیم و اقدام او برسیدگی امور محجور بطول می‌انجامد و ماندن محجور در مدت مزبور بدون سرپرست موجب زیان او میگردد، لذا ماده «۵۰» ق امور حسبی مقرر داشته که مأمور کنسولی ایران مقیم کشوری که محجور در آن اقامت و یا سکونت دارد کسی را بعنوان قیم موقت تعیین مینماید و پس از ابلاغ قیمومت باو، بنگهداری محجور و ادارهٔ امور قیمومت میپردازد.
تعیین قیم موقت برای نگاهداری و جلوگیری از تفریط و تعدی دارائی محجور

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۸

میباشد، بدین جهت فقط اعمال لازمی را که تأخیر آن موجب زیان محجور میگردد انجام میدهد تا قیم دائم از طرف دادگاه صلاحیتدار منصوب گردد.
ماده «۵۰» قانون امور حسبی: «در صورتی که محجور در خارج ایران اقامت یا سکنی دارد مطابق مادهٔ «۱۲۲۸» قانون مدنی مأمور کنسولی ایران قیم موقت برای محجور معین مینماید، اگر دادگاه تهران تصمیم مأمور کنسولی را تنفیذ نکند، تعیین قیم با دادگاه نامبرده خواهد بود».
مأمور کنسولی پس از تعیین قیم موقت، جریان امر را با معرفی کامل قیم مزبور بدادستان دادگاه شهرستان طهران اطلاع میدهد. دادستان با ارسال گزارش مأمور کنسولی، از دادگاه شهرستان تهران درخواست تعیین قیم دائم مینماید. دادگاه مزبور میتواند قیم

موقت را بسمت قیم دائم منصوب نماید و میتواند دیگری را برای این امر منصوب کند. اعمالی که قیم موقت برای نگاهداری دارائی محجور تا تحویل آن بقیم دائم انجام میدهد نافذ است.

ماده «۵۱» قانون امور حسبی: «در صورتی که متوفی دارای صغاری باشد که اقامتگاه آنها مختلف است، دادگاهی که برای یک نفر از صغار بدواً تعیین قیم کرده است، میتواند برای صغاری هم که در حوزهٔ آن دادگاه اقامت ندارند، قیم معین نماید و اگر قیم معین نشده باشد دادگاهی که کوچکترین صغیر در حوزهٔ آن اقامت دارد برای تعیین قیم نسبت بتمام صغار صلاحیت خواهد داشت و اگر معلوم نباشد کدام یک از صغار کوچکترند هر یک از دادگاهها که صغیر در حوزهٔ آن دادگاه اقامت دارد صالح است».

۲– درخواست نصب قیم بوسیله دادستان

بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۲۲۲» ق. م دادستان شهرستانی که محجور در حوزهٔ آن اقامت دارد پس از اطلاع از وجود محجور از دادگاه مزبور درخواست تعیین قیم برای او مینماید و علاوه بر پیوست نمودن ادلهٔ که حاکی از محجوریت کسی که

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۸۹

درخواست قیم برای او شده است، اشخاصی را که برای قیمومت مناسب میداند بدادگاه معرفی مینماید.

۳– نصب قیم و ناظر بوسیله دادگاه

دادگاه شهرستان پس از وصول درخواست دادستان و تحقیقات لازم در سوابق کسانی که برای قیمومت معرفی شده‌اند یک یا چند نفر از آنها را که شایسته قیمومت بداند بسمت قیم معین مینماید. بنظر میرسد که هرگاه آنان را شایسته نداند و یا کسانی را شایسته‌تر بشناسد از بین آنان قیم انتخاب میکند. بدستور ماده «۱۲۳۴» قانون مدنی:

«در صورتی که محکمه بیش از یک نفر را برای قیمومت معین کند میتواند وظایف آنها را تفکیک نماید». چنانکه هر یک را برای قسمتی از امور محجور معین نماید که بالاستقلال آن را اداره کند. مثلا هرگاه محجور دارای اموال متعددی در نواحی مختلفی از کشور است، دادگاه میتواند چند نفر را بسمت قیمومت منصوب بنماید و هر یک از آنها را برای ادارهٔ قسمتی از دارائی محجور بگمارد و سرپرستی شخص محجور را بعهدهٔ یکی از آنها بگذارد.

دادگاه میتواند در صورت تعدد قیم مقرر دارد که آنان مجتمعاً امور محجور را اداره نمایند باین معنی که تصمیمات آنها باید با مشورت و موافقت یکدیگر اتخاذ گردد.

همچنانی که دادگاه میتواند برای هر یک از کسانی که محتاج بقیم هستند یک قیم انتخاب کند طبق ماده «۶۰» قانون امور حسبی: «برای چند نفر از اشخاص محتاج بقیم میتوان یک قیم معین نمود مگر آنکه ادارهٔ امور هر یک از آنها محتاج بقیم علی‌حده باشد».

بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۲۲۲» ق. م دادگاه میتواند برای اداره امور محجور، علاوه بر قیم یک یا چند نفر ناظر تعیین نماید که در اعمال قیم نظارت نماید. ماده «۱۲۴۷» ق. م «مدعی العموم میتواند اعمال نظارت در امور مولی علیه را کلًا یا بعضاً باشخاص موثق یا هیئت یا مؤسسهٔ واگذار نماید. شخص یا هیئت یا مؤسسهٔ که برای اعمال نظارت تعیین شده در صورت تقصیر یا خیانت مسئول ضرر و خسارت وارده بمولی علیه خواهند

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۰

بود، ناظر ممکن است استصوابی باشد یعنی قیم با موافقت قبلی او امور مربوطه را انجام دهد، همچنانی که ممکن است ناظر اطلاعی باشد یعنی قیم عملیات خود را قبلًا یا بعداً باطلاع ناظر برساند.

ماده «۶۳» قانون امور حسبی: «در مورد تعدد قیم و همچنین در موردی که ناظر معین شده است، دادگاه معین میکند که در صورت

اختلاف نظر بین قیمها یا بین قیم و ناظر بدادگاه یا شخص ثالثی رجوع نمایند و یا ترتیب دیگری را برای رفع اختلاف پیش‌بینی نماید.» زیرا چنانچه قبلًا مرجعی برای رفع اختلاف بین آنان معین نشود در صورت اختلاف ناچار بدادگاه مراجعه خواهند نمود و این امر موجب بطء جریان ادارهٔ امور محجور میگردد.

۴- کسی را که میتوان بسمت قیمومت معین نمود

دادگاه کسی را بسمت قیمومت منصوب مینماید که دارای امانت و قدرت بر اداره دارائی و نگاهداری محجور باشد و این امر بشناسائی و یا بوسیلهٔ تحقیقات در اعمال و رفتار گذشتهٔ او ممکن خواهد بود. بعضی از اشخاص از نظر رابطهٔ خویشاوندی که با محجور دارند دلسوزتر بادارهٔ دارائی محجور و نگاهداری او میباشند و هرگاه شایستگی آنان محرز گردد بر اشخاص دیگر برای قیمومت مقدم میباشند. این است که ماده «۶۱» قانون امور حسبی میگوید: «پدر یا مادر محجور مادام که شوهر ندارد با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم میباشند» هرگاه مادر شوهر داشته باشد چون تحت نفوذ روحی او قرار میگیرد و احتمال حیف و میل اموال محجور داده میشود برتری را از دست میدهد. بدین جهت ماده «۱۲۵۱» ق. م مقرر میدارد که:

«هرگاه زن بی‌شوهری و لو مادر مولی علیه که بسمت قیمومت معین شده است اختیار شوهر کند باید مراتب را در ظرف یک ماه از تاریخ انعقاد نکاح بمدعی العموم بدایت حوزه اقامت خود یا نمایندهٔ او اطلاع دهد، در این صورت مدعی العموم یا نمایندهٔ او میتواند با رعایت وضعیت جدید آن زن، تقاضای تعیین قیم جدید و یا ضم ناظر کند».

بدستور مادهٔ «۱۲۵۲» ق. م: «در مورد مادهٔ قبل اگر قیم ازدواج خود را در مدت

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۱

مقرر بمدعی العموم یا نمایندهٔ او اطلاع ندهد مدعی العموم میتواند تقاضای عزل او را بکند».

ماده «۶۲» قانون امور حسبی: «در صورت محجور شدن زن، شوهر با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم است» ازدواج شوهر با زن دیگر، مانع از ادامه قیمومت نمیباشد.

ماده «۱۲۳۲» ق. م: «با داشتن صلاحیت برای قیمومت، اقرباء محجور مقدم بر سایرین خواهند بود». نظر بملاک ماده مزبور دادگاه در تعیین قیم رعایت الاقرب فالاقرب را مینماید.

بدستور ماده «۱۲۳۳» ق. م: «زن نمیتواند بدون رضایت شوهر خود سمت قیمومت را قبول کند» زیرا این امر علاوه بر آنکه ممکن است ایجاد مسئولیتی نماید و شوهر را دچار ناراحتی کند، اوقات زن را میگیرد و مانع از انجام وظایف زناشوئی میگردد و الا قبول قیمومت حرفه و صنعتی بشمار نمیرود تا مشمول ماده «۱۱۱۷» ق. م گردد و شوهر بتواند در صورتی که منافی مصالح خانوادگی باشد او را منع نماید.

بنابر آنچه گذشت که کسانی بقیمومت منصوب میگردند که شایستگی انجام وظایف قیمومت را داشته باشند بدستور ماده «۱۲۳۱» ق. م «اشخاص ذیل نباید بسمت قیمومت معین شوند.

۱- کسانی که خود تحت ولایت یا قیمومت هستند.

۲- کسانی که بعلت ارتکاب جنایت یا یکی از جنحه‌های ذیل بموجب حکم قطعی محکوم شده باشند:

سرقت- خیانت در امانت- کلاهبرداری- اختلاس- هتک ناموس یا منافیات عفت- جنحه نسبت باطفال- ورشکستگی بتقصیر.

۳- کسانی که حکم ورشکستگی آنها صادر و هنوز عمل ورشکستگی آنها تصفیه نشده است.

۴- کسانی که معروف بفساد اخلاق باشند.

۵- کسی که خود یا اقرباء طبقه اول او دعوائی بر محجور داشته باشد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۲

۵- ابلاغ حکم قیمومت بقیم و دادستان

باری چنانکه گذشت دادگاه در اوقات اداری بدون احتیاج بدادن جلسه بدرخواست دادستان رسیدگی نموده یک یا چند نفر قیم یا ناظر تعیین میکند و حکم نصب آنان را صادر مینماید و بدستور مادهٔ «۶۷» قانون امور حسبی: «نصب قیم در صورتی که قیم در دادگاه حاضر باشد حضوراً باو اعلام و اگر در دادگاه حاضر نباشد باید فوراً باو ابلاغ گردد». و همچنین بدستور ماده «۶۹» قانون امور حسبی نصب قیم و ناظر را بهر طریقی که مقتضی میداند بدادستان اطلاع میدهد. ابلاغ حکم قیمومت و نظارت بقیم و ناظر عملا بوسیله دادستان شهرستان (ادارهٔ امور سرپرستی) بعمل می‌آید.

بدستور مادهٔ «۶۸» قانون امور حسبی: «قیم باید در ظرف سه روز پس از ابلاغ با رعایت مسافت قبول یا عدم قبول قیمومت را بدادستان اطلاع دهد و اگر در این مدت قبول خود را اطلاع نداد یا قیمومت را قبول نکرد، دادستان، دادگاه را برای تعیین شخص دیگری بسمت قیمومت مطلع میکند و هرگاه قبل از تعیین قیم جدید شخصی که قبلًا بقیمومت معین شده قبول قیمومت را بدادستان اطلاع دهد شخص دیگری معین نخواهد شد». زیرا مادام که قیم دیگری از طرف دادگاه بجای قیم مزبور معین نشده سمت قیمومت او باقی است و با قبول او تعیین قیم دیگر موردی نخواهد داشت.

۶- اخذ تضمین از قیم

ماده «۱۲۴۳» ق. م: «در صورت وجود موجبات موجه مدعی العموم میتواند از محکمه ابتدائی تقاضا کند که از قیم تضميناتی راجع بادارهٔ اموال مولی علیه بخواهد. تعیین نوع تضمین بنظر محکمه است. هرگاه قیم برای دادن تضمین حاضر نشد از قیمومت عزل میشود». منظور ماده از نوع تضمین گرفتن رهن و یا ضامن میباشد که با توجه بوضعیت قیم، دادگاه آن را در نظر میگیرد. تضمین مزبور مادام

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۳

که قیم بسمت قیمومت باقی و حساب زمان تصدی خود را تصفیه ننموده باقی میماند و پس از تصفیه بوسیله دادگاه الغاء میگردد.

تبصره- قیم موقت برای ایرانیان خارج از ایران

چنانکه قبلًا تذکر داده شد بدستور ماده «۱۲۲۸» ق. م: «در خارج ایران مأمورین قنسولی ایران حق دارند نسبت بایرانیان که باید مطابق ماده «۱۲۱۸» برای آنها قیم نصب شود و در حوزهٔ مأموریت آنها ساکن یا مقیم هستند موقتا نصب قیم کنند و باید تا ده روز پس از نصب قیم مدارک عمل خود را بوسیلهٔ وزارت امور خارجه بوزارت عدلیه بفرستند. نصب قیم مزبور وقتی قطعی میگردد که محکمهٔ شرع طهران (بوسیلهٔ قانون امور حسبی دادگاه شهرستان صلاحیت تعیین قیم را دارا است) تصمیم مأمور قنسولی را تنفیذ کند».

مفاد مادهٔ بالا با تغییراتی در مادهٔ «۵۰» قانون امور حسبی بیان گردیده است.

مادهٔ «۵۰» قانون امور حسبی: «در صورتی که محجور در خارج ایران اقامت یا سکنی دارد مطابق مادهٔ «۱۲۲۸» قانون مدنی مأمور کنسولی ایران قیم موقت برای محجور معین مینماید اگر دادگاه تهران تصمیم مأمور کنسولی را تنفیذ نکند تعیین قیم با دادگاه نامبرده خواهد بود».

بنظر میرسد عملیات قیم موقت در حدود قانون نافذ است، اگر چه دادگاه قیم دیگری را تعیین نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۴

باب سوم تکالیف و اختیارات قیم

اشاره

بدستور ماده «۷۴» قانون امور حسبی، «قیم از تاریخی که سمت قیمومت باو اطلاع داده میشود شروع باعمال قیمومت خواهد نمود». زیرا از تاریخ مزبور تکالیفی را عهده‌دار میگردد که بعداً بیان میشود.
طبق مادهٔ «۷۵» قانون امور حسبی: «هرگاه قیم پس از تاریخ نصب و قبل از ابلاغ باو عملی بعنوان قیمومت نسبت بمحجور کرده باشد نافذ است». زیرا شخص مزبور از تاریخ انتصاب بقیمومت از طرف دادگاه) دارای سمت مزبور شده است، اگر چه در آن تاریخ حکم انتصاب باو ابلاغ نشده بوده است، بدین جهت اعمال او در حدود اختیاراتی انجام یافته است که قانوناً دارا میباشد. بنابراین هرگاه قیم بنحوی از انحاء از انتصاب خود قبل از ابلاغ تصمیم دادگاه اطلاع حاصل نمود میتواند بامور محجور بپردازد و تکالیف قیمومت را انجام دهد.
چنانکه ماده «۱۲۳۵» ق. م و «۷۹» ق. امور حسبی مقرر میدارد تکالیف قیم بر دو قسم است: مواظبت شخص مولی علیه، اداره اموال و حقوق مالی او که در دو مبحث ذیل گفتگو میشود. ماده «۱۲۳۵» ق. م: «مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوطه باموال و حقوق مالی او با قیم است». ماده «۷۹» ق امور حسبی «قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید». ب- اینک شرح هر یک از دو قسم وظایف قیم.

۱- مواظبت و تربیت مولی علیه

مواظبت شخص و تربیت مولی علیه عبارت است از:
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۵
۱- نگهداری و رعایت بهداشت و جلوگیری مولی علیه از خطرات جانی که ممکن است در اعمال و بازیهای غیر صحی پیش بیاید و یا اعمالی که منافات با وضعیت اجتماعی او دارد و همچنین مواظبت او که در اثر معاشرت با اشخاص و یا مطالعه کتب و مجلات و انتشارات مختلفه دارای اعتقادات مضره و افکار ناشایست نشود. همچنین مواظبت از مولی علیه که موجب ضرر و زیان دیگران نشود و اذیت و آزار بکسی وارد نیاورد و مرتکب اعمال خلاف قانون نگردد.
۲- سعی و کوشش در بهبود وضعیت مولی علیه و چنانچه او بیمار شود قیم باید بپزشک متخصص مراجعه نموده و دواهای لازم را تهیه و باو بدهد و چنانچه مجنون است و میتوان او را مداوا نمود اگر چه در خارج از کشور باشد او را بخارج از کشور برای مداوا روانه کند.
۳- سعی و کوشش در تعلیم و تربیت صغیر که علم و صنعت و حرفه‌ای که ذوق بآن را دارد و مناسب با محیط و وضعیت خانوادگی او باشد بیاموزد و چنانچه برای تکمیل آن لازم باشد که بکشور خارج برود فرستاده شود و چنانچه محجور مجنون است و بتواند کار کند او را بحرفه و صنعت و کاری که در خور او است بگمارد و وسائل آن را آماده نماید.
آنچه در بالاـ در مواظبت شخص مولی علیه گفته شد باید متناسب با وضعیت مالی او باشد و هرگاه دارائی او اجازه نمیدهد، تا آنجائی که ممکن است قیم عمل خواهد نمود و در تمامی امور مصلحت محجور را در نظر میگیرد. این است که مادهٔ «۷۹» قانون امور حسبی میگوید: «قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید».

آنچه راجع بوظایف قیم و حفاظت صغیر معین گردید در صورتیست که تحت حضانت قرار نگرفته باشد و الا نگاهداری و تربیت او در حدود مواد «۱۱۶۸» ق. م بعهدهٔ مادر است. ماده «۱۱۷۱» ق. م: «در صورت فوت یکی از ابوین حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۶

۲- ادارهٔ اموال و حقوق مالی مولی علیه

اشاره

وظیفه دیگر قیم ادارهٔ دارائی مولی علیه میباشد. که ذیلا شرح آن بیان میگردد.

۱- صورت‌برداری از اموال مولی علیه

قیم برای آنکه بتواند دارائی مولی علیه را اداره نماید و وظائفی که قانون بعهدهٔ او گذارده انجام دهد باید آن دارائی بتصرف قیم داده شود.

دادستان برای آنکه بتواند نظارت خود را در نگاهداری دارائی مولی علیهٔ اعمال نماید بدستور ماده «۱۲۳۶» ق. م: «قیم مکلف است قبل از مداخله در امور مالی مولی علیه صورت جامعی از کلیهٔ دارائی او تهیه کرده یک نسخهٔ از آن را بامضاء خود برای مدعی العموم بدایت که مولی علیه در حوزهٔ آن سکونت دارد بفرستد و مدعی العموم یا نمایندهٔ او باید نسبت بمیزان دارائی مولی علیه تحقیقات لازمه بعمل آورد». این ماده دو وظیفه برای دادستان معین نموده: یکی نظارت در صورت تنظیمی از طرف قیم و تطبیق آن با اموال موجود محجور تا آنکه تمامی دارائی مولی علیه صورت‌برداری شود و چیزی از قلم نیفتاده باشد. دیگر تحقیقات لازم از مطلعین نسبت بمیزان دارائی محجور، زیرا ممکن است محجور اموالی داشته باشد که دیگران آن را پنهان کرده‌اند و قیم از آن آگاه نبوده است.

بدستور مادهٔ «۷۶» قانون امور حسبی: «قیم در سیاهه اموال محجور که در ابتداء دخالت خود تنظیم میکند باید برگهای بهادار و اسناد دیون و اسناد املاک و تمام برگهائی که دارای اهمیت است ذکر نماید و برگهائی که بها و اهمیتی ندارد هر نوعی از آنها را علی‌حده بایگانی و عدد برگها را در سیاهه دارائی قید کند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۷

۲- درخواست مهر و موم ترکه مورث محجور

طبق ماده «۹۱» ق.

امور حسبی: «در صورتی که پس از تعیین قیم مورث، محجور فوت نماید، قیم مکلف است در ظرف ده روز درخواست مهر و موم و تحریر ترکه متوفی را بنماید».

مثلا هرگاه محجور صغیر است و در اثر نداشتن ولی، قیم برای او تعیین شده است و مادر یا عمو یا شخص دیگری که محجور وارث او میباشد فوت کند، قیم برای جلوگیری از دست‌برد بترکه و یا تعدی و تفریط آن باید طبق مقررات مربوطه از دادگاه درخواست مهر و موم و تحریر ترکه را بنماید. (ماده «۱۶۲» قانون امور حسبی ببعد).

۳- هزینهٔ محجور

بدستور مادهٔ «۸۲» ق. امور حسبی: «قیم باید هزینهٔ زندگی محجور و اشخاص واجب النفقهٔ او و همچنین هزینهٔ معالجهٔ آنها را در بیمارستان و غیره و هزینهٔ لازم دیگر از قبیل هزینهٔ تربیت اطفال محجور را بپردازد و اگر محجور دیوانه باشد باید بحسب اقتضاء در خانه یا تیمارستان تحت معالجه قرار داده شود». هزینهٔ محجور که در مادهٔ «۸۲» ق. امور حسبی بیان گردیده بدستور مادهٔ «۱۲۳۷» ق. م بوسیلهٔ دادستان با توجه بمقدار دارائی محجور و موقعیت اجتماعی و وضعیت جسمی و روحی او معین میشود. مادهٔ «۱۲۳۷» ق. م میگوید: «مدعی العموم یا نمایندهٔ او باید بعد از ملاحظهٔ صورت دارائی مولی علیه مبلغی را که ممکن است مخارج سالیانه مولی علیه بالغ بر آن گردد و مبلغی را که برای اداره کردن دارائی مزبور ممکن است لازم شود معین نماید قیم نمیتواند بیش از مبالغ مزبور خرج کند مگر با تصویب مدعی العموم».

بنابراین چنانچه مولی علیه هزینهٔ بیشتری را احتیاج پیدا کند، پس از پیشنهاد قیم و تصویب دادستان پرداخت میشود.

منظور ماده از اطفال محجور، اطفالیست که نفقهٔ آنان طبق مقررات مربوطه بنفقه اقارب بعهده محجور میباشد. زیرا قیم نماینده امور دارائی محجور است و تعهدات

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۸

و الزامات قانونی محجور را باید از دارائی او انجام دهد.

۴- نگاهداری اموال

چون قیم نسبت باموال محجور امین محسوب میگردد باید هر یک از اموال مولی علیه را در محلی که در خور آن قبیل اموال است نگاهداری نماید، مثلا چنانچه آن اموال محتاج بمحل سرپوشیده یا صندوق باشد آن را در محل مزبور حفظ کند، و هرگاه معمول آنست که در محوطهٔ محصوری نگاهداری شود، در فضای بی‌دیوار نگاهداری نگردد. بدستور مادهٔ «۸۴» ق. امور حسبی: «اسناد و اشیاء قیمتی باید با اطلاع دادستان در محل امنی نگاهداری شود و وجوه نقدی که محل احتیاج نیست باید در یکی از بانکهای معتبر گذاشته شود».

۵- فروش اموال ضایع شدنی

بدستور ماده «۸۰» قانون امور حسبی: «قیم باید اموال ضایع شدنی محجور را بفروشد و از (پول) آن با رعایت مصلحت محجور مالی خریداری و یا بترتیب دیگری که مصلحت باشد رفتار نماید». چنانکه خرید مال و یا معاملات دیگر را بغبطه محجور نداند آن را در یکی از بانکهای معتبر موقهٔ بسپارد تا طریقی برای بهره‌برداری از آن بیابد و نمیتواند آن را برای مدت طولانی راکد نگهدارد، و الا مسئول زیان مولی علیه خواهد بود.

۶- فروش اموال منقول غیر لازم

وظیفهٔ قیم ادارهٔ اموال محجور میباشد و این امر ایجاب نمینماید که اموال آن را بفروشد، مگر آنکه مصلحت محجور آن را اقتضاء کند و آن در موردی است که نگاهداری اموال بر ضرر محجور یا فروش آن بغبطهٔ او باشد، مثلا اموال منقول محجور چنانچه از قبیل میز، فرش، مبل و لوازمی باشد که نگاهداری آنها هزینه برمی‌دارد و خود اموال بتدریج ضایع میشود و یا از بین میرود و محجور هم احتیاج بآن نداشته باشد، فروش آن بغبطه و مصلحت محجور است.

همچنین است فروش اموال منقولی که محجور احتیاجی در زندگانی خود بآن ندارد و میتوان از پول آن، مال دیگری خریداری نمود که منافع بیشتری بدهد مانند یک انگشتر برلیان ده قیراطی که هیچ‌گونه انتفاعی از آن برده نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۲۹۹

ماده «۸۱» قانون امور حسبی میگوید: «قیم میتواند با رعایت مصلحت، اموال منقوله‌ای که مورد احتیاج محجور نیست فروخته و نسبت بپول آن مطابق ماده فوق عمل نماید».

قیم نمیتواند اموال منقولی که در معرض ترقی است و بر ارزش آن افزوده میشود بفروش رساند، زیرا فروش آن بغبطهٔ محجور نمیباشد.

۷- فروش اموال غیر منقول و یا رهن آن

بدستور قسمت اول ماده «۱۲۴۱» ق. م «قیم نمیتواند اموال غیر منقول مولی علیه را بفروشد و یا رهن گذارد و یا معامله‌ای کند که در نتیجه آن، خود مدیون مولی علیه شود مگر با لحاظ غبطه مولی علیه و تصویب مدعی العموم ...» و ماده «۸۳» ق. امور حسبی: فروش اموال غیر منقول را تأکید نموده است. ماده «۸۳» ق. م امور حسبی: «اموال غیر منقول محجور فروخته نخواهد شد، مگر با رعایت غبطهٔ او و تصویب دادستان». قیم در کلیه اعمال خود باید رعایت مصلحت و غبطهٔ مولی علیه را بنماید. منظور از رعایت غبطهٔ مولی علیه جلوگیری از زیان و رعایت بهبود وضعیت مالی او میباشد. بنابراین هرگاه مال غیر منقول مولی علیه در شرف تنزل قیمت قرار گیرد و یا هیچ نفعی و عوائدی نداشته باشد، تنها فروش آن بقیمت عادله غبطهٔ محجور است. همچنین هرگاه نتوان هزینهٔ زندگانی مولی علیه را تأمین نمود مگر بفروش مال غیر منقول مولی علیه و یا رهن گذاردن آن و استقراض، فروش و یا رهن آن موافق با غبطه و مصلحت مولی علیه است. ذکر رهن در ردیف فروش از نظر آنست که رهن وثیقهٔ دین طلبکار میباشد که در صورت عدم تادیه آن از ثمن فروش عین مرهونه دین تادیه میگردد.

هرگاه قیم بر خلاف غبطهٔ محجور معاملهٔ بنماید آن معامله باطل میباشد، زیرا عمل مزبور خارج از حدود اختیارات قیم است.

قیم باید قبل از فروش و رهن غیر منقول مولی علیه، اجازه دادستان را بخواهد و چنانچه بدون اجازه آن را رهن گذارد و یا فروخت و دادستان تنفیذ ننمود، معامله باطل

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۰

است اگر چه در فروش و رهن رعایت غبطهٔ مولی علیه هم شده باشد.

۸- معامله قیم با محجور

در معاملاتی که بین قیم و محجور واقع میگردد بیم آن میرود که رعایت غبطه و مصلحت محجور نشود، لذا برای جلوگیری از هرگونه ضرر احتمالی و یا تهمت، ماده «۱۲۴۱» ق. م مقرر میدارد: «قیم نمیتواند اموال غیر منقول مولی علیه را بفروشد و یا رهن گذارد یا معاملهٔ کند که در نتیجهٔ آن خود، مدیون مولی علیه شود مگر با لحاظ غبطهٔ مولی علیه و تصویب مدعی العموم. در صورت اخیر شرط حتمی تصویب مدعی العموم ملائت قیم میباشد و نیز نمیتواند برای مولی علیه بدون ضرورت و احتیاج قرض کند، مگر با تصویب مدعی العموم».

ماده بالا شرط معامله قیم را با محجور در صورتی که عوض آن حال نباشد ملائت قیم قرار داده و بکلمه (حتمی) آن را تأکید نموده است. بنابراین بنظر میرسد که هرگاه پس از معامله کشف شود که قیم ملی نبوده است. معامله او باطل و بلا اثر است.

۹- وجوه زائد بر احتیاج محجور

چون قیم باید در ادارهٔ اموال محجور رعایت مصلحت و غبطه را بنماید، بدین جهت بدستور مادهٔ «۹۰» ق. امور حسبی: «وجوه زائد

از احتیاج صغیر را قیم در صورت امکان نباید بدون سود بگذارد و اگر بیش از شش ماه بدون سود گذاشت مسئول تأدیه خسارت بمیزان خسارت تأخیر تأدیه خواهد بود». بنابراین قیم وجوه زائد را باید در راهی که عایداتی برای محجور داشته باشد بکار برد، مانند آنکه چند سهم از سهام معتبری را خریداری نماید و یا آن را در معاملاتی که سودی بدست آید و خطر سوخت نداشته باشد. بکار اندازد همچنانی که میتواند مال غیر منقولی را که دارای عائدی متناسب باشد خریداری نماید.

۱۰- صلح دعوی بوسیلهٔ قیم

بدستور مادهٔ «۱۲۴۲» ق. م: «قیم نمیتوانـد دعوی مربوط بمولی علیه را بصلح خاتمه دهد، مگر با تصویب مدعی العموم». در این امر فرق نمینماید که صلح راجع بدعوی منقول باشد یا غیر منقول، همچنانی که فرق نمینماید که دعوی در دادگاه اقامه شده یا هنوز در دادگاه مطرح نشده باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۱

سبب آنکه قانون قیم را در صلح نمودن از طرف محجور آزاد نگذارده آنست که در صلح احتمال تهمت و همچنین سوء استفاده میرود و با نظارت و تصویب دادستان از آن جلوگیری میگردد.

۱۱- اجازهٔ اشتغال بمحجور

بسیاری از محجورین (مانند سفهاء و صغار ممیز و بعضی از مجانین که جنون آنان طوری نیست که مانع از هرگونه فعالیت اقتصادی باشد) قادرند که بوسیلهٔ اشتغال بکار یا پیشه بفعالیتهای اقتصادی مناسب با وضعیت روحی و جسمی خود بپردازند و صلاح و غبطه آنان ایجاب مینمایـد که ولی یا قیم آنها را بکار یا پیشه‌ای بگمارد، این است که ماده «۸۵» قانون امور حسبی میگویـد: «ولی یا قیم میتواند در صورتی که مقتضی بداند بمحجور اجازه اشتغال بکار یا پیشه بدهد و در این صورت اجازه نامبرده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود». در صورتی که ولی یا قیم اجازه اشتغال بکار یا پیشه بمحجور بدهد، محجور میتواند در حدود اجازهٔ آنها عمل نماید و نسبت باموری که لازمهٔ اشتغال مزبور است نیز آنان اختیار دارند. بنابراین هرگاه اجازه کسب بآنها داده شود در اموالی که تحت اختیار دارند در حدود اجازه ولی یا قیم میتوانند تصرف نمایند، و در صورت فروش ثمن آنها را از خریداران دریافت دارند. در صورتی که بعضی از محجورین نتوانند قصد انشاء بنمایند، آلت و واسطه در عمل هستند و معامله‌کننده در حقیقت ولی یا قیم است.

۱۲- اجازه ادارهٔ بعضی از اموال بمحجور

ماده «۸۶» قانون امور حسبی میگویـد: «محجور ممیز میتوانـد اموال و منافعی را که بسعی خود او حاصل شده است با اذن ولی یا قیم اداره نمایـد». در این مورد معاملاتی که محجور ممیز (صغیر ممیز یا سفیه) در حدود اذن ولی یا قیم مینماید نافذ است، زیرا چنانکه گذشت عقود و ایقاعات بوسیلهٔ اراده منعقد میگردد و محجور ممیز میتواند اراده بنماید.

۱۳- ازدواج و طلاق زن محجور

ماده «۸۸» ق. م امور حسبی: «در صورتی که پزشک ازدواج مجنون را لازم بدانـد قیم با اجازه دادستان میتوانـد برای مجنون ازدواج نماید و هرگاه طلاق زوجه مجنون لازم باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۲

دادگاه قیم طلاق میدهد».

قیم در موردی که ازدواج مجنون را از نظر تأثیر در مداوا یا بهبود کسالت و یا میل شدید جنسی لازم بداند و یا آنکه مجنون احتیاج بکسی را دارد که بعنوان زن از او نگاهداری کند، پیشنهاد خود را بدادستان میدهد. دادستان امر را بپزشک قانونی مراجعه میکند و چنانچه پزشک نظریهٔ قیم را تأیید نمود، دادستان بقیم اجازه ازدواج برای مجنون را میدهد. ممکن است قیم قبلا بپزشک مراجعه و گواهی پزشک را در لزوم ازدواج مجنون به پیوست پیشنهاد خود تقدیم دادستان نماید.

ماده اگر چه مطلق است و شامل ازدواج اناث و ذکور میگردد ولی دقت در عبارت (ازدواج برای مجنون) و با توجه بلزوم نظر پزشک در ازدواج ناظر بمجنون ذکور است، چنانکه از کلمهٔ (طلاق زوجهٔ مجنون) نیز این امر تأیید میشود. علت این امر آنست که از ازدواج مجنون ایجاب هزینهٔ از قبیل مهر و نفقه برای مجنون مینماید که در صورت عدم لزوم آن از نظر پزشکی هزینهٔ زائد و بر خلاف صلاح و غبطه او خواهد بود و اما ازدواج اناث احتیاج بنظر پزشک ندارد که آن را لازم بداند چون عموماً هیچگونه زیان مالی برای او متصور نیست، بنابراین هرگاه مصلحت ایجاب کند بشوهر داده میشود، علاوه بر آنکه منافع مادی نیز برای او همراه دارد.

اما راجع بازدواج صغیر خواه ذکور باشد یا اناث چنانکه از مادهٔ «۱۰۴۱» ق. م استنباط میشود، قیم میتواند قبل از سن هیجده سال در صورتی که غبطه و صلاح وضعیت صغیر ایجاب نماید درخواست معافیت از شرط سن نموده و برای صغیر ازدواج کند، بدین نحو که صغیر چون در سن معافیت ممیز است طرف عقد قرار میگیرد و قیم آن را تنفیذ مینماید. ولی راجع بطلاق زوجه صغیر چون قانون شرط صحت طلاق را بلوغ طلاق دهنده قرار داده، صغیری که هیجده سال تمام ندارد نمیتواند زن خود را طلاق دهد همچنانی که ولی و قیم نمیتوانند زن او را طلاق دهند، اگر چه مصلحت صغیر آن را اقتضا نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۳

۱۴- هزینهٔ ادارهٔ امور محجور

ماده «۹۵» قانون امور حسبی: «هزینهٔ حفظ و ادارهٔ اموال محجور و هزینه‌ای که برای رسیدگی بامور محجور و انجام وظایف قیمومت لازم میشود از اموال محجور تأدیه میگردد» زیرا هزینهٔ لازم برای نگاهداری اموال هر کس بعهدهٔ صاحب آنست و بدین جهت بدستور مادهٔ «۷۷» قانون امور حسبی: «قیم باید اجرت کسی که برای حفظ اموال از طرف دادستان یا دادرس معین شده است از مال محجور بپردازد» و بدستور مادهٔ «۷۸» ق. امور حسبی: «قیم میتواند هزینهٔ تهیه صورت حساب و تسلیم اموال را اگر از اموال محجور برنداشته است پس از زوال سمت خود از محجوری که رفع حجر از او شده یا کسی که بجای او بسمت قیمومت منصوب شده است مطالبه نماید».

مادهٔ «۱۲۴۶» قانون مدنی: «قیم میتواند برای انجام امر قیمومت مطالبهٔ اجرت کند. میزان اجرت مزبور با رعایت کار قیم و مقدار اشتغالی که از امر قیمومت برای او حاصل میشود و محلی که قیم در آنجا اقامت دارد و میزان عایدی مولی علیه تعیین میگردد». زیرا عمل شخص محترم است و احترام بعمل تأدیه اجرت در مقابل آن میباشد و تناسب بین اجرت و عمل امری است عقلی و انصاف و عدالت بر آن حکمفرما میباشد.

۱۵- حساب دادن سالی یک مرتبه

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۵، ص: ۳۰۳

طبق ماده «۱۲۴۴» قانون مدنی: «قیم باید لااقل سالی یک مرتبه حساب تصدی خود را بمدعی العموم یا نمایندهٔ او بدهد و هرگاه در ظرف یک ماه از تاریخ مطالبهٔ مدعی العموم حساب ندهد بتقاضای مدعی العموم معزول میشود». چنانکه انصاف قضائی ایجاب مینماید تاخیر در دادن صورت حساب از تاریخ مطالبهٔ دادستان در صورتیست که قیم در دادن صورت حساب تقصیر نموده باشد و الا هرگاه وضعیت دارائی محجور بنحوی باشد که قیم نتواند پس از اتمام سال صورت حساب تهیه نماید دادگاه نمیتواند قیم را عزل کند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۴

۱۶- دادن صورت حساب نهائی

بدستور مادهٔ «۱۲۴۵» قانون مدنی:

«قیم باید حساب زمان تصدی خود را پس از کبر و رشد یا رفع حجر بمولی علیه سابق خود بدهد، هرگاه قیمومت او قبل از رفع حجر خاتمه یابد حساب زمان تصدی باید بقیم بعدی داده شود». زیرا قیم نمایندهٔ محجور است و نماینده خواه قانونی باشد یا قراردادی باید صورت عملیات خود را بکسی که نمایندهٔ او است بدهد. مادهٔ «۶۶۸» ق. م میگوید:

«وکیل باید حساب مدت وکالت خود را بموکل بدهد و آنچه را که بجای او دریافت کرده است باو رد کند».

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۵

باب چهارم نظارت دادستان در اعمال قیم

چنانکه گذشت طبق مواد مربوطه در قانون اصول تشکیلات دادگستری مصوب «۱۳۱۵» و مواد مربوطه در قانون امور حسبی، یکی از وظائف دادستان حفظ حقوق محجورین است که ذیلا بطور اختصار بیان میگردد.

۱- درخواست حکم حجر از دادگاه.

۲- حفظ و نظارت در اموال محجورین قبل از تعیین قیم.

۳- درخواست نصب قیم از دادگاه.

۴- نظارت در عملیات قیم.

۵- درخواست عزل قیم.

شرح هر یک از مطالب بالا در جریان بیان امور قیمومت گفته شد رجوع شود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۶

باب پنجم مسئولیت قیم

اشاره

در صورتی که قیم در انجام هر یک از تکالیفی که قانون راجع بمواظبت شخص مولی علیه یا ادارهٔ دارائی او بعهدهٔ قیم گذارده

است کوتاهی نمایـد و از این راه زیانی متوجه محجور گردد مسئول جبران آن خواهـد بود. دادسـتان پس از اطلاع بر اهمال و عدم رعایت مقررات مربوطه بقیمومت از طرف قیم، تـذکرات لازم باو میدهـد و قیم بایـد طبق آن رفتار نماید. و در صورتی که دادسـتان خیـانت و یـا عـدم لیـاقت قیم را در انجـام امور قیمومت تشـخیص دهـد از دادگـاه عزل او را میخواهـد و دادگاه او را عزل میکنـد و دیگری را بجای او منصوب مینماید.

قیم نسبت بـاموال محجور که در تصـرف دارد امین است و چنـانچه بـدون تعـدی و تفریـط او تلف یـا ناقص شود ضامن نمیباشـد و بدستور ماده «۱۲۳۸» ق. م، «قیمی که تقصیر در حفظ مال مولی علیه بنماید مسئول ضـرر و خسارتی است که از نقصان یا تلف آن مال حاصل شده، اگر چه نقصان یا تلف مستند بتفریط یا تعدی قیم نباشد». زیرا در اثر تعدی و تفریط سمت امانت قیم زائل میشود و در حکم غاصب قرار میگیرد و بدسـتور ماده «۳۱۵» قانون مدنی: «غاصب مسـئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او بمال مغصوب وارد شـده باشد هر چند مسـتند بفعل او نباشد». بدسـتور ماده «۱۴» قـانون امور حسبی: «در صورتی که قیم متعـدد بوده و با شرکت یکـدیگر در اموال محجور تعـدی یـا تفریـط نماینـد هر یـک از آنها مسـئولیت تضامنی دارنـد و اگر بعضـی از قیمین بـدون شرکت دیگران تعدی یا تفریط در اموال محجور بنمایند مسئولیت متوجه بکسی خواهد بود که تعدی یا تفریط

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۷

کرده است».

ماده «۱۲۳۹» ق. م: «هرگاه معلوم شود که قیم عامـداً مالی را که متعلق بمولی علیه بوده جزو صورت دارائی او قیـد نکرده و یا باعث شـده است که آن مال در صورت مزبور قیـد نشود مسئول هر ضـرر و خسارتی خواهـد بود که از این حیث ممکن است بمولی علیه وارد شود، بعلاوه در صورتی که عمـل مزبور از روی سوء نیت بوده قیم معزول خواهـد شـد» و این امر مـانع از آن نخواهـد بود که هرگاه عمل قیم مشمول مقررات کیفری باشـد، قیم تحت تعقیب قرار گیرد. اما در صورتی که قیم بـدون تقصیر در اثر ذکر ننمودن مالی جزو صورت دارائی مولی علیه موجب زیان او گردد مسئول او نخواهد بود، زیرا شرط مسئولیت در مسبب تقصیر میباشد.

ماده «۹۳» ق. امور حسبی: «هرگاه قیم در پول محجور بسود خود تصرف نماید از تاریخ تصرف مسئول خسارت تأخیر تأدیه میباشد» علاوه بر آنکه عمل مزبور خیانت در امانت محسوب میگردد.

شکایت محجور از قیم بدادستان

مادۀ «۹۶» قانون امور حسبی: «محجور ممیز میتواند از قیم برای ندادن هزینه و کوتاهی او در تربیت و نگاهداری خود شکایت نماید. در این صورت هرگاه دادگاه شکایت را وارد دید دستوری که مناسب است میدهد و قیم باید بر طبق آن دستور عمل کند. مفاد این ماده در موردی که دادسـتان کوتاهی قیم را در تربیت و نگاهـداری محجور و دادن هزینـۀ او بدادگاه اطلاع بدهد اجرا خواهد شد». یعنی دادگاه باین امر رسیدگی نموده و دستور لازم بقیم میدهد.

هرگاه صـغیر ممیز نباشـد و کسان او تقصیری از قیم در تربیت و نگاهداری دارائی او مشاهده بنمایند، میتوانند بدادسـتان که نظارت در امور محجورین را، دارد اطلاع دهنـد و دادسـتان موظف است بـاین امر رسیـدگی نمایـد و چنانچه معلوم گردد که قیم در انجام امور قیمومت کوتاهی نموده دستور مناسب میدهد و هرگاه قیم بروش خود ادامه داد دادستان میتواند از دادگاه عزل قیم را بخواهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۸

باب ششم عزل قیم

الف– دادگاه صالح برای عزل قیم

نظر باطلاق مواد «۴۸» و «۴۹» و «۵۲» و «۵۳» قانون امور حسبی و ما بعد، دادگاه شهرستانی که تعیین قیم مینماید میتواند در موارد معینه که ذیلًا بیان میگردد او را عزل کند. ماده «۵۴» قانون امور حسبی: «عزل و تعیین قیم جدید و تعیین قیم موقت و سایر امور محجور که راجع بدادگاه است با دادگاهی است که بدواً تعیین قیم کرده است». بنابراین هرگاه دادستان بر یکی از موجبات عزل قیم آگاه گردید از دادگاه درخواست عزل او را مینماید و دادگاه پس از رسیدگی و اثبات امر او را عزل مینماید.

ب– موارد عزل قیم

دادگاه نمیتواند در غیر موارد معینه قیمی را که نصب نموده است عزل کند، زیرا سمت مزبور بوسیلهٔ حکم دادگاه بقیم داده شده و زوال آن احتیاج بحکم دادگاه و تصریح قانونی دارد و آن در موارد زیر است:

۱– در صورتی که معلوم شود قیم فاقد صفت امانت بوده و یا این صفت از او سلب شود، زیرا چنانکه از مواد مختلفه که قیم را عهده‌دار حفظ و نگاهداری اموال و حقوق مالی محجور قرار داده است محقق میباشد که شرط قیمومت امانت است (شق ۱ ماده «۱۲۴۸» ق. م).

۲– در صورتی که قیم مرتکب جنایت و یا مرتکب یکی از جنحه‌های ذیل شده و بموجب حکم قطعی محکوم گردد: سرقت– خیانت در امانت– کلاهبرداری– اختلاس هتک ناموس– منافیات عفت– جنحه نسبت باطفال– ورشکستگی بتقصیر یا تقلب (شق «۲» ماده «۱۲۴۸» ق، م).

تبصره– ماده «۱۲۵۰» قانون مدنی میگوید: «هرگاه قیم در امور مربوطه

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۰۹

باموال مولی علیه یا جنحه یا جنایت نسبت بشخص او مورد تعقیب مدعی العموم واقع شود، محکمه بتقاضای مدعی العموم موقهٔ قیم دیگری برای ادارهٔ اموال مولی علیه معین خواهد کرد». تا رسیدگی خاتمه یابد. چنانچه قرار عدم تعقیب صادر گردید و یا در رسیدگی دادگاهی تبرئه شد دادگاه قیم موقت را عزل مینماید و قیم بسمت خود باقی میماند.

۳– در صورتی که قیم بعلتی غیر از علل فوق محکوم بحبس شود و بدین جهت نتواند امور مالی مولی علیه را اداره کند مانند آنکه در اثر محکومیت سیاسی بحبس محکوم شود (شق ۳ ماده «۱۲۴۸» ق. م).

۴– در صورتی که قیم ورشکسته اعلان شود. (شق «۴» ماده «۱۲۴۸» ق. م)

۵– در صورتی که عدم لیاقت یا توانائی قیم در ادارهٔ اموال مولی علیه معلوم شود (شق ۵ ماده «۱۲۴۸» ق. م) فرقی نمینماید که عدم توانائی قیم در اثر کبر سن یا بیماری یا اعتیاد بمواد مخدره و الکل باشد یا آنکه بازداشت قانونی شده باشد مانند بازداشت اجرائی و امثال آن که در اثر این امر زیان متوجه شخص محجور یا دارائی او میشود.

۶– در صورتی که قیم عامداً مالی را که متعلق بمولی علیه بوده جزء صورت دارائی قید نکرده یا باعث شده که آن مال در صورت مزبور قید نشود، بتقاضای دادستان از طرف دادگاه عزل میشود. (ماده «۱۲۳۹» و شق «۶» ماده «۱۲۴۸» ق. م).

۷– در صورتی که بدستور ماده «۱۲۴۳» ق. م دادگاه بدرخواست دادستان از قیم تضمین بخواهد و او تضمین کافی نسپارد، بدرخواست دادستان از طرف دادگاه عزل میشود (شق «۶» ماده «۱۲۴۸» ق. م).

۸– در صورتی که قیم صورت حساب تصدی سالیانه خود را طبق ماده «۱۲۴۴» ق. م بدادستان یا نمایندهٔ او در ظرف یک ماه از تاریخ مطالبهٔ مدعی العموم ندهد بتقاضای مدعی العموم معزول میشود.

تقاضای عزل در صورتی است که قیم بدون عذر موجه تعلل و اهمال در دادن صورت حساب نماید و یا سوء نیت در آن داشته

باشد و الا هرگاه قیم در اثر مهیا نبودن صورت حساب زمان تصدی خود نتواند آن را بدادستان بدهد، دادستان اقدام بدرخواست

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۰

عزل او از دادگاه نمینماید. صورت محاسبهٔ املاک مزروعی را که قیم اداره میکند اغلب نمیتواند در موعد مقرر تسلیم دادستان نماید، زیرا جمع‌آوری و فروش و وصول قیمت آن عموماً منظم نمیباشد.

ماده «۱۰۱» قانون امور حسبی: «در مورد مادهٔ «۱۲۴۴» قانون مدنی اگر قیم قبل از تعیین شخص دیگری بجای او، صورت حساب را فرستاد یا معلوم شد که تأخیر در فرستادن صورت حساب بواسطه عذر موجه بوده است ممکن است همان شخص را بقیمومت ابقاء یا مجدداً او را بقیمومت معین نمود».

۹- در صورتی که قیم مجنون یا فاقد رشد گردد منعزل میشود. (ماده «۱۲۴۹» ق. م).

۱۰- بدستور ماده «۱۲۵۱» ق. م: «هرگاه زن بی‌شوهری و لو مادر مولی علیه که بسمت قیمومت معین شده است، اختیار شوهر کند باید مراتب را در ظرف یک ماه از تاریخ انعقاد نکاح بمدعی العموم بدایت حوزهٔ اقامت خود یا نمایندهٔ او اطلاع دهد، در این صورت مدعی العموم یا نمایندهٔ او میتواند با رعایت وضعیت جدید آن زن، تقاضای تعیین قیم جدید و یا ضم ناظر کند.» زیرا در بسیاری از موارد زن تحت نفوذ فکری شوهر خود قرار میگیرد و در زمان تعیین زن بقیمومت وضعیت زن از این جهت مورد نظر قرار نگرفته است تا دانسته شود که شایستگی قیمومت را با داشتن شوهر دارد، بدین جهت مادهٔ بالا ـ زن را مکلف نموده که از ازدواج خود دادستان دادگاه شهرستانی را که بوسیلهٔ او انتخاب شده آگاه بنماید. دادستان با توجه بوضعیت زندگانی زناشوئی، شایستگی زن را در انجام تکالیف قیمومت مورد توجه قرار میدهد و با رعایت این امر چنانچه بقاء او را بسمت قیمومت بصلاح محجور نداند از دادگاه درخواست عزل او را میکند ماده «۱۲۵۲» ق. م: «در مورد ماده قبل اگر قیم ازدواج خود را در مدت مقرر بمدعی العموم یا نمایندهٔ او اطلاع ندهد مدعی العموم میتواند تقاضای عزل او را بکند» این امر در صورتیست که قیم با سوء نیت، دادستان را از ازدواج خود آگاه ننموده باشد و الا هرگاه نمیدانسته که دادستان را باید آگاه نماید، دادستان درخواست عزل او را از دادگاه نمیکند بلکه مانند مورد ماده «۱۲۵۱» ق. م عمل مینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۱

ج- درخواست عزل قیم از دادگاه و رسیدگی بآن

بدستور ماده «۹۷» قانون امور حسبی: «محجور و هر ذی‌علاقه میتوانند بدادستان وجود سبب عزل قیم را اطلاع دهند، در این صورت اگر دادستان سبب عزل را موجود دید از دادگاه درخواست عزل قیم را مینماید». چنانکه از بیان شق «۶» ماده «۱۲۴۸» ق. م که عزل قیم را منوط بدرخواست دادستان مینماید با توجه به پنج شق ماده مزبور استنباط میشود، در موارد پنج‌گانه مذکور در ماده نام برده، دادگاه از هر طریقی که اطلاع بر موجب عزل قیم پیدا کند اقدام بعزل قیم مینماید.

دادگاه در عزل قیم طبق مقررات قانون امور حسبی رفتار میکند.

ماده «۴۷» قانون امور حسبی: «در مورد دعوی خیانت یا عدم لیاقت و سایر موجبات عزل وصی یا قیم یا امین ترتیب و رسیدگی مطابق مقررات این قانون است و حکمی که در این خصوص صادر میشود مطابق آئین دادرسی مدنی قابل پژوهش و فرجام است».

بنابراین بدستور ماده «۹۷» قانون امور حسبی: «برای رسیدگی بدرخواست عزل قیم باید قیم و در صورت لزوم دادستان، احضار شوند و حکمی که راجع بعزل صادر میشود باید مدلل و موجه باشد» یعنی اسباب عزل و ادله آن باید در رأی دادگاه ذکر شود.

بدستور ماده «۹۹» ق. امور حسبی: «قیم از تصمیم دادگاه راجع بعزل خود و دادستان از رد درخواست عزل قیم میتوانند پژوهش بخواهند و مادامی که تکلیف قطعی معین نشده امور صغیر بوسیله دادستان یا قیمی که موقتاً برای محجور معین میشود انجام خواهد

شد».

بدستور ماده «۱۰۰» ق. امور حسبی: «اعمال قیم بعد از ابلاغ حکم عزل او نافذ نیست». چنانکه از ماده مزبور و ذیل مادهٔ بالا معلوم میگردد که با ابلاغ حکم بدوی قیم نباید در امور محجور دخالت نماید و الا مسئول خسارات وارده خواهد بود، اگر چه رعایت غبطه و صلاح محجور را نموده باشد.

دادگاه پس از صدور حکم قطعی بر عزل قیم بدرخواست دادستان قیم دیگری برای محجور معین مینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۲

فصل سوم- پایان دورهٔ محجوریت

اشاره

سبب محجوریت چنانچه زایل گردید شخص استقلال خود را بدست می‌آورد و میتواند حقوق مدنی خود را استیفاء نماید و از تحت سرپرستی ولی، وصی و قیم خارج میگردد. ماده «۱۲۵۳» ق. م میگوید: «پس از زوال سببی که موجب تعیین قیم شده قیمومت مرتفع میشود».

شرح پایان محجوریت هر یک از محجورین:

الف- پایان صغر

چنانکه از مادهٔ «۱۲۱۰» ق. م استنباط میشود صغیری که بسن «۱۸» سال تمام برسد رشید شناخته میشود و بخودی خود از تحت ولایت و قیمومت خارج میگردد و احتیاج به هیچ‌گونه رسیدگی مقامات اداری یا قضائی نیست، تشخیص سن بوسیلهٔ شناسنامه خواهد بود. چنانچه در شناسنامه، روز قید نشده باشد و اکتفاء بماه شده است، آخرین روز ماه، روز تولد محسوب میگردد و چنانچه روز و ماه قید نشده است روز آخر سال روز تولد شناخته میشود، زیرا پایان دورهٔ محجوریت صغیر گذشتن هیجده سال تمام است و با اینگونه احتساب، یقین بتمام شدن هیجده سال حاصل میگردد.

ب- پایان دوران جنون یا سفه

کسی که در اثر جنون یا سفه محجور شده باشد بوسیلهٔ حکم دادگاه رفع حجر از او بعمل می‌آید، زیرا بوسیلهٔ حکم دادگاه محجور شناخته شده و آثار حکم حجر مادام که حکم رفع آن صادر نگردد باقی محسوب میگردد. این است که مادهٔ «۱۲۵۴» ق. م میگوید: «خروج از تحت قیمومت را ممکن است خود مولی علیه یا هر شخص ذی‌نفع دیگری تقاضا نماید. تقاضانامه ممکن است مستقیماً یا توسط مدعی العموم حوزه‌ای که مولی علیه در آنجا سکونت دارد یا

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۳

نمایندهٔ او بمحکمهٔ ابتدائی همان حوزه داده شود». اجازه درخواست رفع حجر مستقیماً بوسیلهٔ محجور از دادگاه در ماده «۱۰۲» قانون امور حسبی تائید شده است.

مادهٔ «۱۰۲» ق. امور حسبی: «محجور میتواند در موارد رفع حجر اعلام خروج از قیمومت را از دادگاه بخواهد ...» دادگاه وقت رسیدگی تعیین مینماید و آن را بدادستان و محجور و ولی یا قیم او اطلاع میدهد. رسیدگی برفع حجر مانند رسیدگی بحجر خواهد

بود، لـذا دادگـاه میتوانـد نظر پزشـک روانی را بخواهـد و خود نیز تحقیقات لازم از کسانی که از رفتار و کردار و گفتار و وضـعیت محجور مطلع میباشـند بعمل آورد، سپس نظر دادستان را بخواهد. بدستور مادهٔ «۱۲۵۵» ق. م: «... مـدعی العموم یا نمایندهٔ او مکلف است قبلا نسبت برفع علت، تحقیقات لازمه بعمل آورده مطابق نتیجه حاصله از تحقیقات، در محکمه اظهار عقیده نماید.

در مورد کسـانی که حجر آنهـا مطابق مادهٔ «۱۲۲۵» اعلاـن میشود رفع حجر نیز بایـد اعلان گردد». بدسـتور ذیل ماده «۱۰۲» ق. امور حسبی: «... دادگاه پس از رسـیدگی و احراز موجب رفع حجر خروج محجور را از تحت قیمومت اعلام مینماید». و الا درخواست را رد میکنـد. تصـمیم دادگـاه مبنی بر رد یـا قبول رفع حجر همچنـانی که بمحجور ابلاـغ میشود بدسـتور مـاده «۹۶» قـانون امور حسبی بدادستان نیز اعلام میگردد.

بدستور ماده «۶۶» قـانون امور حسبی محجور و دادسـتان و قیم میتواننـد از رد درخواست رفع حجر و یا رفع حجر پژوهش بخواهنـد. پس از آنکه دادرسـی بر رفع حجر منتهی بصـدور حکم قطعی گردیـد یا مدت پژوهش آن گذشت محجور از تحت قیمومت خارج میشود و بدستور مادهٔ «۱۲۵۶» قانون مـدنی: «رفع حجر هر محجور باید در دفتر مذکور در مادهٔ «۱۲۲۶» و در مقابل اسم آن محجور قید شود» و آن دفتری است که در ادارهٔ سرپرستی نگاهداری میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۴

خاتمه در تعیین امین

مبحث اول – موارد تعیین امین

اشاره

در موارد زیر امین تعیین میشود:

۱- در موردی که خیانت متولی وقف ظاهر شود، ضم امین بعمل می‌آید (ماده «۷۹» ق. م.).

۲- برای اداره سـهم الارثی که ممکن است از ترکهٔ متوفی بجنین تعلق گیرد، در صورتی که جنین ولی یا وصـی نداشته باشد (شق ۲ ماده «۱۰۳» ق. امور حسبی):

همچنین است هرگاه جنین مالی از طریق وصیت دارا شود (وحدت ملاک ماده بالا).

۳- برای ادارهٔ اموالی که بمصارف عمومی اختصاص داده شده و مدیری نداشته باشد (شق «۳» ماده «۱۰۳» ق. امور حسبی).

۴- برای ادارهٔ اموال کسـی که در اثر کبر سن یا بیماری و امثال آن از ادارهٔ تمام یا بعض اموال خود عاجز شده باشد (مادهٔ «۱۰۴» ق. امور حسبی).

۵- برای ادارهٔ اموال غایب مفقود الاثر (مادهٔ «۱۳۰» قانون امور حسبی) اینک شرح مختصری راجع بهر یک از موارد بالا:

۱- امین در مورد خیانت متولی

طبق مادهٔ «۷۹» قانون مدنی: «واقف یا حاکم نمیتواند کسـی را که در ضـمن عقد وقف متولی قرار داده شده است عزل کند، مگر در صورتی که عزل شـرط شـده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود حاکم ضم امین میکند» زیرا مالک که میتوانسته هر گونه تصـرفی در مال خود بنماید آن را وقف و شـخص معینی را با توجه بخصوصـیات متصوره بسمت متولی معین نموده است، بنابراین هرگاه در

اثر ظهور خیانت او عزل

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۵

گردد و دیگری منصوب شود بر خلاف منظور واقف عمل شده است، لذا امین از طرف دادگاه برای جلوگیری از اعمال خیانت بعدی متولی معین میشود تا اعمال او با موافقت امین انجام گیرد. ماده «۸» قانون اوقاف: «در مواردی که اداره تحقیق اوقاف خائن بودن متولی را احراز نمود، موقهٔ ناظری بر او خواهد گماشت و ادارهٔ اوقاف در محاکم صالحه اقامهٔ دعوی نموده پس از اثبات خیانت متولی برای ضم امین باداره مدعی عمومی مراجعه مینماید که مطابق مقررات برای ضم امین اقدام شود و ممکن است در این صورت خود ادارهٔ اوقاف بعنوان امین مستقیم معین گردد».

۲- امین جنین

چنانکه شرح آن در کتاب ارث گذشت، طبق دو مادهٔ «۸۷۵» و «۸۷۸» قانون مدنی: حمل هرگاه زنده متولد شود از مورث خود ارث میبرد.

ماده «۸۷۵» ق. م: «شرط وراثت، زنده بودن، در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث میبرد که نطفهٔ او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد».

ماده «۸۷۸» ق. م: «هرگاه در حین موت مورث، حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراث دیگر میگردد» تقسیم ارث بعمل نمیآید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچیک از سایر وراث نباشد و آنها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصهٔ هر یک از وراث مراعی است تا حال حمل معلوم شود» برای ادارهٔ سهم الارث خواه ترکه تقسیم شود و خواه بحال اشاعه باقی بماند کسی باید بعنوان نمایندگی از جنین باشد تا سهم الارث او را اداره نماید.

هرگاه جنین ولی و وصی داشته باشد آنها ادارهٔ سهم جنین را عهده‌دار خواهند بود و الا بدستور شق «۲» ماده «۱۰۳» ق. امور حسبی برای آن امین تعیین میشود و طبق ماده «۱۰۵» ق. امور حسبی: «تعیین امین برای جنین در دادگاه شهرستانی بعمل

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۶

می‌آید که مادر جنین در حوزهٔ آن دادگاه اقامت دارد و برای کسی که عاجز از ادارهٔ اموال خود است دادگاه شهرستانی که شخص نامبرده در حوزهٔ آن اقامت دارد و در سایر مواردی که احتیاج بتعیین امین پیدا میشود دادگاه شهرستانی صالح است که در حوزهٔ آن دادگاه احتیاج بتعیین امین حاصل شده است». درخواست امین از دادگاه بدستور ماده «۱۰۷» قانون امور حسبی بوسیلهٔ دادستان یا اقربای جنین بعمل می‌آید.

دادگاه پس از رسیدگی و احراز بآنکه جنین ولی و وصی ندارد کسی را که مورد اطمینان است بسمت امین معین مینماید تا دارائی او را اداره کند. طبق ماده «۱۰۹» ق. امور حسبی: «مادر جنین در صورت داشتن صلاحیت بر دیگران مقدم است و در صورت عدم صلاحیت یا عدم قبول او اقربای نسبی و سببی جنین بر دیگران مقدم خواهند بود». زیرا اینان عموماً دلسوزتر از دیگران بحال جنین میباشند و بدستور ماده «۱۰۶» قانون امور حسبی: «سایر امور مربوطه بامین با دادگاهی است که امین را تعیین کرده است».

پس از تولد جنین جریان بدادستان اطلاع داده میشود تا برای طفل از طرف دادگاه قیم معین گردد و چنانچه شخص دیگری را غیر از امین دادگاه بسمت قیمومت منصوب نمود، دارائی طفل باو تحویل میشود. مادهٔ «۱۲۰» قانون امور حسبی: «سمت امینی که برای جنین معین شده است پس از تولد طفل زائل میشود و در غیر این مورد نیز پس از زوال سببی که موجب تعیین امین شده است سمت

امین زائل خواهد شد».

۳- امین برای اموال مورد مصارف عمومی

در صورتی که اموالی برای مصارف عمومی اختصاص داده شده و مدیری نداشته باشد بدستور شق «۳» مادهٔ «۱۰۳» قانون امور حسبی امین برای ادارهٔ آن تعیین میشود.
معلوم است این امر در صورتی است که آن اموال وقف نباشد و الا بدستور مادهٔ «۸۱» قانون مدنی و مادهٔ «۱» قانون اوقاف مصوب دی‌ماه «۱۳۱۳» ادارهٔ آن با اوقاف است و عموماً ادارهٔ اوقاف تصدی آن را بکسی که مورد اعتماد او باشد مسپارد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۷
بدستور مادهٔ «۱۰۷» قانون امور حسبی: «در مورد مصارف عمومی دادستان و هر ذی‌نفعی میتواند از دادگاه درخواست تعیین امین نماید». منظور ماده از هر ذی‌نفع کسانی هستند که بنحوی از انحاء از مصارف عمومی منتفع میشوند، مثلًا هرگاه مصارف عایدات اموال، ببهداشت یا بیمارستان اختصاص داده شده باشد، هر بیماری میتواند درخواست تعیین امین را برای ادارهٔ اموال مورد مصارف مزبور بنماید. دادگاه صالح در تعیین امین برای ادارهٔ اموالی که اختصاص بمصارف عمومی دارد، بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۰۵» و «۱۱۳» قانون امور حسبی با دادگاه شهرستانی میباشد که اموال در حوزهٔ آن واقع است.
ماده «۱۲۲» ق. امور حسبی: «امینی که برای ادارهٔ اموال مربوطه بمصارف عمومی تعیین میشود باید بترتیبی که مقرر شده و موافق مصلحت اموال را اداره و در مصارف مخصوصه که مقرر شده است صرف نماید». و نسبت بآن اموال امین میباشد و در صورت تعدی و تفریط ضامن است.

۴- امین برای اداره اموال کسی که عاجز از ادارهٔ اموال خود میباشد

بعضی اشخاص در اثر کبر سن و یا بیماریهائی مانند زمین‌گیری عملا نمیتوانند دارائی خود را اداره نمایند، ولی قوای دماغی آنان سالم است و دچار جنون و سفاهت نشده‌اند. برای اداره امور دارائی آنها بدستور ماده «۱۰۴» قانون امور حسبی، امین از طرف دادگاه معین میشود. ماده «۱۰۴» ق. امور حسبی: «کسی که در اثر کبر سن یا بیماری و امثال آن از اداره تمام و یا بعض اموال خود عاجز شده میتواند از دادگاه بخواهد که برای ادارهٔ اموال او امین معین بشود».
بدستور مادهٔ «۱۱۰» قانون امور حسبی: «... پدر و جد و مادر و اولاد و زن و شوهر کسی که امین برای ادارهٔ اموال او معین میشود با داشتن صلاحیت بترتیب مذکور بر دیگران تقدم دارند و در صورت نبودن اشخاص مذکور سایر اقربا بر دیگران مقدم هستند». زیرا اشخاص نامبرده با داشتن شرایط لازم برای امین دلسوزتر از دیگران نسبت بحفظ دارائی او خواهند بود، چون خود بعنوان وارث پس از فوت
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۸
او سهمی را از آن اموال دارا میشوند.
تعیین امین برای کسی که از ادارهٔ دارائی خود عاجز است بدستور مادهٔ «۱۰۵» قانون امور حسبی با دادگاه شهرستانی میباشد که نامبرده در حوزهٔ آن اقامت دارد.

۵- امین غائب مفقود الاثر

بدستور ماده «۱۳۰» قانون امور حسبی: «دادستان و اشخاص ذی‌نفع از قبیل وارث و بستانکار حق دارند از دادگاه درخواست تعیین امین برای ادارهٔ اموال غائب بنمایند».
شرح مقررات مربوط بامین غائب مفقود الاثر در جلد چهارم کتاب حقوق مدنی گذشت رجوع شود.

مبحث دوم- وظیفهٔ دادستان

بدستور ماده «۱۱۳» ق. امور حسبی: «حفظ و نظارت اموال در مواردی که محتاج بتعیین امین است مادام که امین معین نشده بعهدهٔ دادستانی است که اموال در حوزهٔ او یافت میشود»، چنانکه در مورد محجورین گذشت در موردی که باید امین تعیین شود دادستان نگاهداری اموال را عهده‌دار است تا از طرف دادگاه امین تعیین شود و آن را بامین تحویل دهد.
مادهٔ «۱۱۵» ق. امور حسبی: «وظایف و اختیاراتی که بموجب قانون و نظامات مربوطه در مورد دخالت دادستانها در امور محتاج بتعیین امین مقرر است در خارج ایران بعهدهٔ مأمورین کنسولی خواهد بود».
بنابراین مأمورین کنسولی در خارج ایران حفظ و نظارت اموال را در موردی که محتاج بتعیین امین است عهده‌دار میباشند و چنانکه ماده «۱۱۴» ق. امور حسبی مقرر داشته آنها کسی را بسمت امین موقهٔ انتخاب مینمایند. و عمل خود را در ظرف ده روز بوسیله وزارت خارجه بوزارت دادگستری اطلاع میدهند. در این امر مأمورین کنسولی خود مستقلا دارای سمت حفظ و نظارت میباشند و از طرف قانون انجام وظیفه مینمایند و نمایندگی دادستان را ندارند. اختیارات مأمورین کنسولی دولت ایران در
حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۱۹
خارج از کشور در صورتیست که در عهود و قراردادهای منعقده بین دولت ایران و دولتی که مأمور کنسولی مأموریت خود را اجرا مینماید ترتیبی بر خلاف مقررات فوق اتخاذ نشده باشد و الا مأمورین مزبور تا حدودی اقدام مینمایند که منافات با مقررات عهدنامه یا قرارداد نامبرده نداشته باشد (ماده «۱۱۶» قانون امور حسبی).

مبحث سوم- دادگاه صالح و تعیین امین

در تمامی مواردی که قانون تعیین امین را لازم میداند دادستان و هر ذی‌نفعی میتواند از دادگاه شهرستان درخواست تعیین امین بنماید و در ضمن بدستور ماده «۱۰۸» ق. امور حسبی: «دادستان میتواند اشخاصی را که برای سمت امانت مناسب باشند بدادگاه معرفی نموده و دادگاه پس از احراز لزوم تعیین امین از بین اشخاص نامبرده یا اشخاص دیگر که طرف اعتماد باشند یک یا چند نفر را بسمت امین معین مینماید».
در مورد امین جنین، رعایت ماده «۱۰۹» قانون امور حسبی میگردد و مادر و در صورت عدم قبول او از اقربای نسبی و سببی جنین تعیین میشود، همچنانی که بدستور مادهٔ «۱۱۰» قانون امور حسبی در مورد امین کسی که در اثر کبر سن نمیتواند دارائی خود را اداره نماید، پدر و جد و مادر و اولاد و زن و شوهر مقدم بر دیگران خواهند بود.
ماده «۱۱۱» ق. امور حسبی: «دادگاه میتواند علاوه بر امین یک یا چند نفر را بعنوان ناظر معین نماید» تا در اعمال امین نظارت نمایند. ممکن است ناظر مزبور استصوابی یا اطلاعی باشد و چنانکه چند نفر ناظر معین نماید ممکن است بعضی اطلاعی و بعضی استصوابی باشند آنگونه که در قیمومت گذشت.

بنابر مادهٔ «۱۱۲» ق. امور حسبی: «در صورت تعـدد امین و ناظر، دادگاه باید حدود اختیارات آنها را معین نماید و نیز میتواند وظائف امناء متعـدد را تفکیک کند» و بهر یک از امناء اداره قسـمت معینی از اموال را واگذار نماید، همچنانی که دادگاه میتواند مقرر دارد که تا آنان با مشورت و موافقت یکدیگر انجام وظائف خود را بنمایند.

بدستور مادهٔ «۱۱۷» قانون امور حسبی: «اشخاصی که نباید بقیمومت منصوب

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۲۰

شونـد بسـمت امین معین نخواهنـد شـد» زیرا وظـائف آن دو از حیث نگاهـداری اموال غیر یکسـان است. دادگـاه پس از رسیدگی چنـانچه درخواست تعیین امین را رد کنـد دادسـتان و همچنین کسـی که درخواست آن را نموده میتوانـد از تصـمیم دادگاه پژوهش بخواهد و هرگاه پذیرفت امین تعیین خواهد کرد و حکم امین باو ابلاغ میشود و بدستور ماده «۱۲۴» قانون امور حسبی: «امین باید در ظرف سه روز پس از ابلاغ با رعایت مدت مسافت مذکور در آئین دادرسـی مدنی قبول یا عدم قبول سـمت امانت را بدادگاه اطلاع دهـد و اگر در این مـدت قبول خود را اطلاع نـداد، شـخص دیگری معین خواهـد شد، مگر اینکه قبل از تعیین دیگری، قبول سـمت امانت را بدادگاه اطلاع دهد که در این صورت همان شخص بسمت امانت باقی خواهد ماند».

ماده «۱۱۴» قـانون امور حسبی: «در خـارج ایران مأمورین کنسولی ایران حق دارنـد برای اداره اموال ایرانیان که محتاج بتعیین امین و واقع در حوزهٔ مأموریت آنها است موقـهٔ نصب امین نماینـد و بایـد تا ده روز پس از نصب امین مدارک عمل خود را بوسـیلهٔ وزارت امور خارجه بوزارت دادگستری بفرسـتند. نصب امین نامبرده وقتی قطعی میگردد که دادگاه شهرسـتان تهران تصمیم مأمور کنسولی را تنفیـذ کنـد». و چنانچه دادگاه امین مزبور را شایسـته ندانست میتواند کسـی را که شایسـته میداند باین سـمت منصوب نماید. بنظر میرسد اعمالی را که امین موقت قبل از تصمیم دادگاه در حدود وظائف خود انجام داده است دارای آثار قانونی خواهد بود اگر چه دادگاه دیگری را بجای او تعیین کند.

مبحث چهارم– وظائف و اختیارات و مسئولیت امین

اشاره

وظـائف و اختیـارات امین چنـانکه ذیلاـ دیـده میشود مختلف است و در هر یک از مواردی که در بالا ذکر گردیـد دارای وظائف و اختیارات مخصوصـی هسـتند که ذیلا شـرح آن بیان میگردد. و مسئولیت هر یک از آنها بستگی بوظایف و اختیاراتی دارد که قانون برای آنها معین نموده و یا عرف و عادت برای آنان شناخته است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۲۱

۱– امین در مورد وقف

چنـانکه از مواد مربوطه اسـتنباط میشود در موردی که امین منضم بمتولی موقوفه میگردد، امین ماننـد متولی خواهـد بود که مشـترکاً بایـد موقوفه را اداره نمایند و هیچ‌یک نمیتواند بدون موافقت دیگری عملی را انجام دهد، زیرا متولی بسـمت خود باقی است و امین برای جلوگیری از تجاوزات متولی معین شـده است، بنابراین اعمال قضائی هر یک بـدون موافقت دیگری نافذ نمیباشد. و موقوفه در تصرف هر دو میباشد.

۲- امین جنین

چنانکه ماده «۱۱۹» ق. امور حسبی تصریح مینماید مقررات راجع بوظایف و اختیارات و مسئولیت قیم شامل امین جنین هم میشود. بنابراین مقرراتی را که راجع بقیم در قانون مدنی و قانون امور حسبی بیان گردیده و شرح آن گذشت در مورد امین نیز رعایت میشود. اشکالی در اجرای بسیاری از مقررات مزبور در مورد امین بنظر میرسد و آن این است که جنین در صورتی مالک سهم الارث خود میگردد که زنده متولد شود و الا چنانچه مرده متولد شود کشف میگردد که سهم مزبور متعلق بوراث حین الفوت متوفی میباشد و جنین ارث نمیبرد. بنابراین بنظر میرسد که امین فقط بتواند امورات لازمه برای اداره موقت دارائی مزبور را تا جنین متولد گردد بعمل آورد.

۳- امین برای اموالی که بمصارف عمومی اختصاص داده شده است

امینی که از طرف دادگاه برای اداره اموالی که بمصارف عمومی میرسد در حدود وظایف و اختیاراتی که از طرف مالک مقرر شده است رفتار خواهد نمود و الا چنانچه از طرف مالک. وظائف و اختیاراتی، معین نشده باشد بنابر وحدت ملاک مادهٔ «۸۲» ق. م در مورد وظائف و اختیارات متولی، امین باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع‌آوری منافع و مصرف آن و نگاهداری آن اموال و غیره، مانند وکیل امین رفتار نماید و بنابر وحدت ملاک ماده «۸۶» ق. م. در صورتی که مالک ترتیبی برای نگاهداری آن اموال قرار نداده باشد، امین باید هزینه تعمیر و اصلاح اموال مزبور و همچنین اموری که برای تحصیل منفعت لازم میباشد بر مصارف عمومی مقدم خواهد داشت.

حقوق مدنی (امامی)، ج۵، ص: ۳۲۲

۴- امین برای ادارهٔ اموال عاجز از ادارهٔ آن

بدستور ماده «۱۲۳» قانون امور حسبی: «امینی که برای ادارهٔ اموال عاجز معین میشود بمنزله وکیل عاجز است و احکام وکیل نسبت باو جاری است» بنابراین امین باید در کلیه اعمال خود در ادارهٔ اموال عاجز، رعایت غبطه و صلاح را بنماید و چنانچه از آن تجاوز کند اعمال او غیر نافذ است و مسئول هر خسارتی خواهد بود که متوجه عاجز میشود.

امین برای امور عاجز از نظر آن تعیین میشود که با سلامت عقل قادر بادارهٔ اموال خود نمیباشد، لذا بدستور مادهٔ «۱۱۸» ق. امور حسبی: «کسی که بعنوان عجز از ادارهٔ اموال برای او امین معین شده اگر تصرفی در اموال خود بنماید نافذ است و امین نمیتواند او را ممانعت نماید».

۵- امین برای ادارهٔ اموال غایب مفقود الاثر

شرح وظائف و اختیارات و مسئولیت امینی که برای ادارهٔ اموال غائب معین میشود در جلد چهارم کتاب حقوق مدنی بیان گردید و تکرار آن لازم نمیباشد. قانون امور حسبی با آنکه در قانون مدنی و همچنین در باب چهارم خود مشروحاً وظائف و اختیارات و مسئولیت امین غائب را بیان نموده است، در ماده «۱۱۹» میگوید. «مقررات راجع بوظائف و اختیارات و مسئولیت قیم شامل امین

غائب و جنین هم میشود».

مبحث پنجم – عزل امین

بدستور ماده «۱۲۱» قانون امور حسبی: «مقررات راجع بعزل قیم نسبت بامین هم جاری است». شرح مقررات راجع بعزل قیم قبلا گذشت مراجعه شود، بنابراین بدستور ماده «۴۸» ق. امور حسبی: «در مورد دعوی خیانت یا عدم لیاقت و سایر موجبات عزل وصی یا قیم یا امین ترتیب رسیدگی مطابق مقررات این قانون است و حکمی که در این خصوص صادر میشود مطابق آئین دادرسی مدنی قابل پژوهش و فرجام است».

«پایان»

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

جلد ششم

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

جلد سوم قانون مدنی در ادله اثبات دعوی

مقدمه در کلیات

اشاره

ادله و دلائل، جمع دلیل است و دلیل در لغت بمعنی راهنما آمده است و در اصطلاح عرفی بچیزی میگویند که امری را اثبات نماید.
چون موضوع کتاب، حقوقی است لذا بشرح ادله در اصطلاح حقوقی میپردازیم.
ادله در علم حقوق بر دو قسم است: ادلهٔ احکام و ادلهٔ اثبات دعوی.
ادلهٔ اثبات دعوی از جنبهٔ ارزشی که برای صاحب آن در اثبات دعوی دارا میباشد، جزء حقوق مدنی بشمار آمده و موضوع جلد سوم مجموعهٔ قانون مدنی ایران قرار گرفته است. اما ادلهٔ احکام که برای بدست آوردن احکام موضوعات بکار میرود علم جداگانه‌ای را بنام علم اصول تشکیل میدهد که از موضوع بحث این کتاب خارج است.

۱– تعریف ادلهٔ اثبات دعوی

اشاره

دلیل اثبات دعوی را ماده «۳۵۳» قانون آئین دادرسی مدنی تعریف نموده است و میگوید: «دلیل عبارت از امریست که اصحاب دعوی برای اثبات دعوی یا دفاع از دعوی بآن استناد مینمایند».

ادلهٔ اثبات دعوی چنانکه ذیلا بیان میگردد از دو نقطه نظر مورد گفتگوی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲

حقوقدانان قرار گرفته است: از نظر آئین دادرسی مدنی و از نظر حقوق مدنی.

بدین جهت عده‌ای معتقدند که ادلهٔ اثبات دعوی از نظر ارزشی که باید بآن داده شود از موضوعات حقوق مدنی میباشد و عده‌ای دیگر بر آنند که ادلهٔ اثبات دعوی از نظر آنکه مورد استناد متداعیین در دادگاه میباشد و دادرس بآن رسیدگی مینماید از موضوعات آئین دادرسی مدنی بشمار میرود.

اینک ادلهٔ اثبات دعوی از هر یک از دو نظر:

الف- ادله از نظر آئین دادرسی مدنی

از عبارت ماده «۳۵۳» قانون آئین دادرسی مدنی مذکور در بالا که میگوید:

«دلیل عبارت از امریست که اصحاب دعوی برای اثبات دعوی یا دفاع از دعوی بآن استناد مینمایند» معلوم میگردد که ادله از نظر آنکه در مرحلهٔ دادرسی بکار میرود مورد نظر قانون قرار گرفته است، زیرا اثبات دعوی و دفاع از آن عموماً در دادگاه است، و از طرف دیگر کسی که در دادگاه دلیل ابراز میدارد در بکار بردن آن آزاد نیست بلکه در حدود مقررات مربوط بدادرسی که در آئین دادرسی مدنی بیان شده میتواند بآن استناد نماید.

همچنین دادرس نمیتواند بطور آزاد هر زمان دلیل از طرفین دعوی بپذیرد، و یا دعوائی که نزد او مطرح میشود آزادانه خود دلیل آورد و از حقیقت جستجو کند و یا وجدان خود را حاکم قرار دهد و بهر چه معتقد میشود بآن رأی دهد، بلکه باید در حدود ادلهٔ ابرازی از ناحیهٔ طرفین دعوی بحقیقت راه یابد و تصمیم اتخاذ کند، اگر چه از خارج خلاف آن نزد او مسلم باشد. ماده «۳۵۸» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوی تحصیل دلیل کند، بلکه فقط بدلائلی که اصحاب دعوی تقدیم یا اظهار کرده‌اند رسیدگی می کند ...» بنابراین در آئین دادرسی مدنی از بکار بردن دلیل از طرف متداعیین و دادرس گفتگو میشود که آن را طریق اداره دلیل میگویند. بدین جهت عده‌ای از حقوقدانان ادلهٔ اثبات دعوی را از موضوعات آئین دادرسی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳

مدنی میشمارند و بحث از آن را خارج از حقوق مدنی میدانند.

ب- ادله از نظر حقوق مدنی

کسی که دعوی حقی بر دیگری در دادگاه مینماید، هرگاه بوسیلهٔ یکی از ادله اثبات نشود، آن حق ارزش خود را از دست میدهد، زیرا نمیتوان حمایت از آن را از هیئت حاکمه خواست. اینست که میتوان دلیل را تکمیل کنندهٔ حق نامید یا بعبارت دیگر گفت که ارزش حق منوط بوجود دلیل است. بنابراین کسی که دارای حقی میباشد نسبت بدلیلی که میتواند آن را اثبات نماید نیز دارای حق است.

هرینگ Hering حقوقدان آلمانی میگوید: «دلیل، ارزش دهنده حق بشمار میرود».

علاوه بر آنچه گذشت که دلیل تکمیل کنندهٔ حق است، افراد در موارد عدیده در روابط بین خود از ادله استفاده مینمایند، بدون آنکه منظور از آن بکار بردن برای اثبات دعوی یا دفاع از آن در دادرسی باشد که موارد مهم آن را ذیلا یادآور میشود:

۱- در مواردی که طرفین قرارداد بخواهنـد حدود تعهدات و وظایف خود را یادداشت کنند تا فراموش ننمایند و طبق آن عمل کنند، مانند آنکه دو نفر دوست صـمیمی که احتمال هیچ‌گونه اختلاف و دعوائی را بین خود نمیدهند قراردادی در دو نسـخه می‌نویسند و هر یک یکی از آن دو را نگه میدارد.

۲- در مواردی که قـانون تهیه دلیل را در موقع انجام بعض عقود و معاملات بجهاتی لازم دانسـته است، اگر چه پیش‌بینی اختلاف و دعوی نرود، مانند عقود و معاملات راجع باملاک ثبت شده یا صـلح، هبه و شـرکت که قانون، تنظیم سـند و ثبت در دفاتر رسمی را لازم دانسته است (مواد «۴۶ و ۴۷» قانون ثبت اسناد و املاک) که چنانچه ثبت نشود بدستور ماده «۴۸» قانون ثبت اسناد و املاک در هیچ‌یک از دادگاهها و ادارات پذیرفته نمیشود.

۳- در موارد نکاح و طلاق و فسخ آن که بدستور ماده (۱) قانون ازدواج مصوب

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴

«۱۳۱۰» ثبت آنها در دفاتر رسمی ازدواج و طلاق الزامی است و چنانچه زوجین آن را ثبت ننمایند بکیفر مقرر میرسند.

۴- در مورد طلاق که دو شاهد باید بدستور ماده «۱۱۳۴» ق. م صیغه طلاق را بشنوند.

بنابر آنچه گذشت ادله تکمیل‌کننده حق میباشد و دارنده حق نسبت بآن نیز دارای حق است و از حقوق مدنی بشمار میرود.

بپیروی از عـده‌ای از حقوقـدانان بنظر میرسـد که مناسب است ادله اثبات دعوی در دو رشـته: حقوق مـدنی و آئین دادرسـی مـدنی، مورد مطالعه قرار گیرد و در هر یک از آن دو رشته باعتبار وضعیت حقوقی مربوط بآن گفتگو شود:

در حقوق مدنی باعتبار ارزشـی که هر یک از ادله برای دارنده آن دارد گفتگو بشود. مثلا ارزش گواه، سـند رسـمی، سـند عادی و اقرار و آنکه چه حقوقی را در چه حـدود میتوان بوسـیله هر یک اثبات نمود در حقوق مـدنی بحث میگردد. اینست که قانون مـدنی پس از بیان اموال و اشـخاص در دو جلـد اول و دوم، جلـد سوم خود را از ماده «۱۲۵۷» تا «۱۳۳۵» اختصاص بادله اثبات دعوی داده است. اموری چنـد هم از قوانین مدنی در مجموعهٔ آئین دادرسـی مدنی و قوانین متفرقه بیان شده است که در موارد خود تذکر داده میشود.

در آئین دادرسـی مدنی از اداره دلیل که راه اسـتفاده از آن و مقام و ابراز آن در دادرسـی است گفتگو بشود. مثلا در آئین دادرسی مـدنی بحث میگردد که گواه چگونه در دادگاه سوگنـد یاد مینمایـد و سـند را باید در چه مرحله اسـتناد نمود و طرف در چه زمانی میتواند آن را تکذیب و یا دعوی جعلیت نسبت به آن نماید و رسیدگی بصحت انتساب سند عادی یا رسیدگی بجعلیت سند رسمی چگونه است و حکم مسـتند باقرار قابل پژوهش است یا قابل رسـیدگی پژوهشی نمیباشد و امثال آن. اینست که مجموعهٔ قانون آئین دادرسی مدنی، فصل دهم خود را اختصاص برسیدگی بدلائل داده و مواد پراکنده نیز در فصول

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵

دیگر راجع باین موضوع در مجموعهٔ مزبور دیده میشود.

دانسـتن هر یک از دو اعتبار مـدنی و آئین دادرسـی مـدنی ادلـهٔ اثبات دعوی و فرق بین موارد آن دو فقط از نظر علمی نیست، بلکه عملا نیز در مراحل قضائی لازم میباشد یکی از آن موارد، رسیدگی باعتراض بر رأی داوران است چنانکه ذیلا دیده میشود:

بدستور ماده «۶۵۷» ق. آئین دادرسی مدنی: «داورها در رسـیدگی و رأی تابع اصول محاکمه نیستند ولی باید شرائط قرارداد داوری را رعایت کنند» داوران بدستور مادهٔ «۶۶۵» ق. آئین دادرسی مدنی باید حقوق مدنی افراد را رعایت نمایند و چنانچه بر خلاف رأی دهند، آن رأی قابل ابطالست. ماده «۶۶۵» ق. آئین دادرسی مدنی: «در موارد زیر رأی داور اساساً باطل و غیر قابل اجرا است:

۱- «در صورتی که رأی مخالف با قوانین موجد حق باشد ....» منظور از قوانین موجد حق، قوانین مدنی میباشند، زیرا آنها هستند که در روابـط اجتماعی برای افراد ایجاد حق مینماینـد. بنابراین هرگاه در اعتراض برأی داوران، معترض بنحوهٔ رسـیدگی و عـدم رعایت

قوانین آئین دادرسی اعتراض کند، دادگاه آن را باستناد ماده «۶۵۷» ق. ا. د. م رد مینمایـد ولی هرگاه اعتراض بعدم رعایت یکی از قوانین مدنی نماید و اثبات کند، دادگاه باستناد ماده «۶۶۵» ق. ا. د. م رأی داوران را ابطال می‌کند. برای روشن شدن امر مثال ذیل بیان میگردد:

کسی در دادگاه بطرفیت دیگری باستناد سند رسمی دعوائی اقامه مینمایـد و مطالبه یکصد هزار ریال می‌کند. دعوی در جلسه رسیدگی بداوری سه نفر ارجاع میگردد.

داوران پس از رسیدگی رأی بمحکومیت خوانده بپرداخت مبلغ فوق صادر مینمایند.

محکوم علیه بشرح زیر برأی داوران اعتراض می‌کند:

الف- در اخطاری که برای شرکت در جلسه به من داده شده بود رعایت مسافت نگردیده و در جلسه رسیدگی نتوانستم حضور یابم.

ب- بتوضیحاتی که نوشته‌ام داوران ترتیب اثر نداده‌اند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶

ج- سندی که دلیل بر پرداخت دین من است باستناد آنکه عادی میباشد رد نموده‌اند.

دادگاه دو اعتراض اولیهٔ معترض را برأی داوران باستناد آنکه: اولا رعایت مسافت در اخطاریه، مربوط باخطار صادر از دادگاه است. ثانیاً عدم توجه داوران بتوضیحات، بر فرض صحت، از موجبات ابطال رأی داوران نمیباشد، رد مینمایند. اما ترتیب اثر ندادن داوران بسند عادی، از نظر آنکه ارزش سند از حقوق مدنی بشمار میرود و سند برای دارنده آن ایجاد حق می‌کند از موارد شق «۱» ماده «۶۶۵» ق. ا. د. م میباشد، دادگاه رأی داوران را ابطال مینماید.

۲- مرحلهٔ ثبوت حق- مرحله اثبات حق.

کسی که بر دیگری ادعای حقی می‌کند، مدعیست که چنین حقی در واقع موجود است و چنانچه طرف منکر آن گردد، هرگاه او دلیلی داشته باشد میتواند در دادگاه اقامه دعوی نماید و آن را اثبات کند و الا وجود آن حق بر دادگاه پنهان میماند و ناچار است مدعی را بعدم اثبات دعوی محکوم نمایـد، همچنانی که ممکن است مدعی بدون آنکه حقی در واقع داشته باشد بر دیگری اقامه دعوی نمایـد و بوسیلهٔ ادله، وجود آن را بر دادگاه بنمایاند و دادگاه طرف را محکوم کند. مثلا کسی که سه قطعه قالی خود را در موقع حریق نزد همسایه امانت گذارده و سپس دریافت داشته است، چنانکه دعوی اقامه کند و آن را بخواهد و گواهان بر امانت گذاردن آن ابراز دارد، و همسایه دلیل بر رد آن نداشته باشد، دادگاه او را محکوم بدادن سه قطعه قالی بمدعی مینمایـد با آنکه مدعی چنین حقی را ندارد.

بنابر آنچه که گذشت حق دارای دو مرحله است: مرحلهٔ ثبوت و آن وجود واقعی حق است و مرحلهٔ اثبات و آن نمایاندن وجود آن در مرحلهٔ دادرسی میباشد. گاه دارندهٔ حق بوسیلهٔ ابراز دلیل وجود آن را بدادرس مینمایاند، یعنی اثبات می‌کند و گاه دیگر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷

دلیل بر این امر ندارد و مانند کسی خواهد بود که اصلا حقی ندارد. در این صورت با وجود حق در مرحله ثبوت، دارندهٔ حق نمیتواند آن را اثبات کند. بالعکس گاه دیگر مدعی با نداشتن حق در واقع، ادلهٔ ابراز میدارد و مینمایاند که دارای حق است، در این صورت با نبودن حقی برای مدعی در مرحلهٔ ثبوت، مدعی، وجود آن را در دادگاه وانمود می‌کند و آن را اثبات مینماید.

۳- بیطرفی دادرس.

دادرس دادگاه نسبت بـدعوائی که نزد او مطرح میشود سـمت داور را دارد و بایـد با کمال بیطرفی بادلهٔ اصـحاب دعوی رسـیدگی بنمایـد و بآنچه از آن اسـتنباط میکنـد رأی دهد. دادرس نباید برای اصـحاب دعوی دلیل تهیه کند و یا اطلاعات خارج خود را بکار برد و بعلم خود در موضوع دعوی عمـل نمایـد. اینست که مـاده «۳۵۸» ق. آئین دادرسـی مـدنی میگوید: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوی تحصیل دلیل کند، بلکه فقط بدلائلی که اصحاب دعوی تقدیم یا اظهار کرده‌اند رسیدگی می‌کند ...»

بنابراین دادگاه بوسـیلهٔ ادلـهٔ موجود در پرونده (اقرار، گواهی، سـند و امثال آن) بواقعه‌ای که بین اصـحاب دعوی گذشـته رسـیدگی مینماید تا وجود یا عدم آن و همچنین وضـعیت و کیفیت حقوقی آن را دریابد. دادرس در رسـیدگی خود مانند مورخی است که در واقعـهٔ گذشـته تحقیق مینمایـد تا حقیقت آن را بدست آورد، با این فرق که مورخ با کمال آزادی از هر وسـیله‌ای که بآن دسـت یابـد اسـتفاده می‌کند و همیشه برای تجدید نظر در عقیده خود آماده است، ولی دادرس آزادی مورخ را ندارد و فقط در حدود ادلهٔ موجود در پرونده باید قضاوت کند و آنچه بفهمد مطابق با واقع بداند و طبق آن رأی صادر نماید، بدون آنکه بتواند بعداً رأی خود را تغییر دهد.

۴- اثبات موضوع دعوی.

اشاره

کسی که میتواند اقامه دعوی کند و امری را در دادگاه اثبات نماید که از اثبات آن

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸

منتفع شود و الا هرگاه هیچ‌گونه نفعی برای او نداشـته باشد، او نمیتواند اقامه دعوی کند و رسـیدگی آن را از دادگاه بخواهد. ماده: «۲» ق. ا. د. م: «هیـچ دادگاهی نمیتوانـد بـدعوائی رسـیدگی کند مگر اینکه شـخص یا اشـخاص ذی‌نفع رسـیدگی بدعوی را مطابق مقررات قانون درخواست نموده باشـند.» ذی‌نفع برای اقامهٔ دعوی باید دو امر را قبلا در نظر بگیرد: یکی در دست داشتن وسیله برای اثبـات تحقق امری در خـارج که موجب پیـدایش یا زوال حق مورد ادعا باشـد، و دیگر وجود قوانین موضوعه کشوری که آن امر را سبب ایجاد یا زوال حق مورد ادعا بداند. ولی آنچه که مدعی در دادگاه اثبات مینماید فقط در تحقق امریست که موجب پیدایش یا زوال حق میگردد و یافتن مواد قانونی و تفسیر آن بعهده دادرس است. مثلا هرگاه کسی بعنوان آنکه پسر منحصر بفرد متوفی است، مطالبهٔ ترکهٔ را که در تصـرف برادر متوفی میباشد بنماید، فقط باید بوسـیله ادلهٔ لازمه در دادگاه اثبات نماید که او پسر منحصر بفرد متوفی است و اموال معینی را که درخواست مینمایـد در تصـرف برادر متوفی میباشد و ترکهٔ پدر او است. دیگر وظیفه دادرس اسـت که قوانین مربوط را بداند و با وقایع خارج تطبیق نماید. مثلا در مورد مزبور دادرس باید بداند که پسر از وراث طبقه اولی و برادر از وارث طبقه دوم میباشـد و طبقه اولی بر طبقـهٔ دوم مقـدم است. و هرگـاه در موردی قـانون ارجاع بعادت و عرف مسـلم نموده است، دادرس باید عرف و عادت مسلم را بداند.

در دادرسـی معمـول و مرسـوم است که همـواره مـدعی یـا وکیـل او بمواد قـانونی اسـتناد مینماینـد و در صورتی که معنی آن مورد اختلاـف و قابـل تفسیر است آن را طوری تفسـیر مینمایـد که منطبق بـا منظور خود باشـد. در این امر مـدعی یـا وکیـل او دادرس را راهنمائی میکنـد و در بعض موارد مـدعیان یا وکلاء زبردستی پیـدا میشوند که دادرس را منحرف نموده بتفاسـیری راهنمائی میکنند که خلاـف منظور قـانون است، تـا عقیـدهٔ دادرس را بنفع خود بسازنـد. چه بسـا دادرسـان تـازه کـار و یا ضـعیف که تحت تأثیر قرار میگیرند و بر خلاف عدالت رأی میدهند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹

در موارد زیرا استثنائاً، مدعی باید در دادرسی مقررات مربوطه را اثبات نماید:

الف- قانون کشور بیگانه-

در قلمرو کشور ایران، ماننـد هر کشوری قوانین موضوعـهٔ آن کشور حکومت مینمایـد و هر یـک از ادارات و دادگاهها بایـد آن را رعایت کننـد. در صورتی که یکی از اصحاب دعوی از قانون کشور بیگانه منتفع شود و بآن استناد کند و قانون موضوعه کشوری، اجراء قانون کشور بیگانه را نسبت باو لازم بداند، منتفع علاوه بر اثبات وضعیت خود، بآنکه قانون کشور بیگانه باید نسبت باو اجرا شود، بایـد وجود قانون بیگانه را ماننـد یک واقعـهٔ خارجی اثبات نمایـد، و آن بوسیلهٔ ابراز قانون مزبور در دادگاه است. مثلا هرگاه کسـی که تبعـهٔ دولت سویس است، و مطالبهٔ سـهم الارث مورث سویسـی خود را از برادران خود که در ایران اقامت دارند مینماید، بایـد علاوه بر آنکه تابعیت خارجی موروث خود را ثابت کنـد، قانون سویس را نیز راجع بقسـمت ارث در دادگاه ابراز دارد و تهیهٔ آن بعهدهٔ دادرس نمی‌باشد.

ب- قواعد و عادات مسلمهٔ مذهب رسمی ایرانیان غیر شیعه-

قانون اجازهٔ رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه مصوب «۳۱» تیر ماه ۱۳۱۲: مادهٔ واحدهٔ:

«نسبت باحوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان برسمیت شناخته شده محاکم باید قواعد و عادات مسلمهٔ متداولهٔ در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع بانتظامات عمومی باشد بطریق ذیل رعایت نمایند:

۱- در مسائل مربوطهٔ بنکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمهٔ متداولهٔ در مذهبی که شوهر پیرو آنست.

۲- در مسائل مربوط بارث و وصیت عادات و قواعد مسلمهٔ متداولهٔ در مذهب متوفی.

۳- در مسائل مربوطه به فرزندخوانـدگی عادات و قواعـد مسـلمهٔ متـداوله در مـذهبی که پـدر خوانـده یا مادر خوانـده پیرو آنست».

بنابراین کسی که مدعی گردد که دعوی اقامه شده از موارد مادهٔ واحده مذکور در بالا میباشد و باید طبق مقررات مذهب رسمی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰

مزبـور رأی صـادر شود و آن مـذهب راجع بموضوعی که مورد اختلاف قرار گرفته است، دارای قاعـده و عـادت مسـلم مخصوص میباشـد، علاوه بر آنکه بایـد ثابت نمایـد که دعوی از مواردی است که باید بدسـتور مادهٔ واحده طبق مقررات مذهب رسـمی معینی رأی صادر شود، بایـد قاعـده و عادت خاص را هم ماننـد واقعـهٔ خارجی اثبات کنـد، و آن بوسـیلهٔ گواهینامه از مرجع مسـلم مذهب مزبور خواهد بود که حکایت نماید حکم مورد ادعا از قواعد و عادات مسلمهٔ مذهبی میباشد.

ج- عرف قراردادی-

عرف بر دو قسم است: عرف مسلم، و آن عرفیست که در اثر انس جامعه بصورت عادت مسلم در آمده است. عرف مزبور را مانند قوانین موضوعه، دادرس خود باید بداند.

عرف قراردادی، و آن امریست که طرفین ضمن قرارداد خصوصی پذیرفته‌اند.

چنانکه در معاملهٔ بین دو نفر تاجر راجع بخرید کالا در سند تنظیمی نوشته شده باشد که طبق عرف تجاری کالای وارداتی باید تحویل شود. عرف مزبور مانند یک واقعهٔ خارجی باید بوسیلهٔ منتفع اثبات گردد. دادرس مکلف نیست آن را بداند و یا آن را تحقیق نماید.

۵- طریق اثبات دعوی.

اشاره

مورد ادعاء در دادگاه، گاه وجود حق و گاه دیگر سقوط و زوال آن میباشد.
مثلا هرگاه کسی بعنوان آنکه سگ شکاری او را دیگری کشته پنج‌هزار ریال از او مطالبه نماید و طرف منکر کشتن سگ شود، مورد ادعای خواهان وجود حق میباشد. و هرگاه در مقابل دعوی کسی بر دیگری بمطالبهٔ یکصد هزار ریال، خوانده مدعی شود که حق مزبور در اثر تأدیه، یا تهاتر و امثال آن ساقط شده است، مورد ادعای خوانده سقوط و زوال حق میباشد. اثبات وجود حق در مثال اول و سقوط حق در مثال دوم مستقیماً ممکن نیست، زیرا آن دو از امور اعتباری و معنوی میباشند، و اثبات امور معنوی فقط
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱
بوسیلهٔ اثبات علت پیدایش و یا آثار آن ممکن خواهد بود. بنابراین برای اثبات وجود حق یا زوال آن باید علت پیدایش آن اثبات شود.
علل پیدایش و سقوط حق بر دو قسم است:

الف- وقایع مادی-

آنها اموری هستند که در خارج موجود میگردند و سبب پیدایش یا زوال حق می‌شوند، مانند ضمان قهری (اتلاف، تسبیب، غصب و استیفاء) و امثال آن که موجب پیدایش حق میگردند و تأدیه مورد ضمان یا بدل آن که موجب زوال حق میشود.

ب- اعمال حقوقی-

اعمال حقوقی امور ارادی هستند که قانون آنها را معتبر دانسته و از آنها حمایت مینماید، مانند عقود و بعض ایقاعات که موجب پیدایش حق میشوند، و بعض از ایقاعات دیگر مثل اعراض، ابراء و اسقاط حق که موجب زوال حق میگردد.
وقایع مادی را بهر وسیله میتوان در دادگاه اثبات نمود، زیرا آنها از اموری نیستند که ذیحق بتواند عموماً برای آن قبلا تهیهٔ دلیل مخصوصی بنماید. شق ۵ ماده «۱۳۱۲» ق. م باین امر تصریح مینماید. بالعکس اعمال حقوقی را فقط بوسیلهٔ ادلهٔ مخصوصی میتوان اثبات نمود که قانون در موقع پیدایش آن عمل حقوقی، معتبر دانسته است. بعبارت دیگر اعمال حقوقی تحت رژیم ادلهٔ مخصوصی قرار دارند، چنانکه صلح، هبه، شرکت که پس از فروردین ماه ۱۳۰۹ در تهران منعقد شده باشد بدستور ماده «۴۷» قانون ثبت اسناد و املاک باید در دفاتر اسناد رسمی ثبت گردند، و طبق ماده «۴۸» قانون ثبت اسناد و املاک چنانچه آنها ثبت نشده باشند در هیچ‌یک از محاکم و ادارات دولتی پذیرفته نمیشوند، و عقود و ایقاعات و ایفاء و ابراء تعهد که بیش از پانصد ریال باشد، بوسیلهٔ شهادت و

امارات نمیتوان اثبات نمود. مادهٔ «۱۳۰۶» ق. م: «جز در مواردی که قانون استثناء کرده است هیچیک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد نمیتوان فقط بوسیلهٔ شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲

ولی این حکم مانع از این نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت باظهارات شهود رسیدگی کنند».

ماده «۱۳۰۷» ق. م: «در مورد عقود و ایقاعات و تعهدات مذکوره در ماده فوق کسی هم که مدعیست بتعهد خود عمل کرده یا بنحوی از انحاء قانونی بری شده است، نمیتواند ادعای خود را فقط بوسیلهٔ شهادت ثابت کند».

ماده «۱۳۰۸» ق. م: «دعوی سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ ابراء و امثال آنها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده و لو آنکه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد بشهادت، قابل اثبات نیست».

۶- ادلهٔ مستقیم، ادلهٔ غیر مستقیم

مدعی در بعضی از امور بوسیله ادله مستقیماً واقعهٔ خارج را که سبب پیدایش یا سقوط حق مورد ادعا گردیده اثبات میکند، بطوری که هیچگونه تردیدی در پیدایش آن برای دادرس باقی نماند، مانند آنکه در دعوی طلب، سند رسمی و یا سند عادی که بامضاء طرف رسیده است ابراز میکند که حکایت از مدیونیت او می‌نماید. ولی این گونه دلیل نسبت ببعضی از امور برای مدعی میسر نیست و گاه هم غیر ممکن میباشد، زیرا چنین ادلهٔ را نمی‌تواند بدست آورد. قانون، حق اینگونه مدعیان را نادیده نگرفته و بآنان اجازه داده است که غیر مستقیم بتوانند ادعای خود را اثبات کنند، بدین نحو که با ابراز ادله، اموری را که نوعاً ملازمهٔ با مدعا دارد اثبات نمایند، اگر چه وسائط متعدد و فواصل بسیاری بین لازم و ملزوم باشد، چنانکه در مورد امارات قانونی است که بوسیلهٔ اثبات آثار و وضعیت امر در خارج، وجود حقی را اثبات مینمایند، آن آثار و وضعیت نوعاً با مورد ادعا ملازمه دارد. مثلا ماده «۳۵» ق. م تصرف بعنوان مالکیت را دلیل بر- مالکیت میداند، و حال آنکه از نظر تحلیلی، تصرف اگر چه بعنوان مالکیت باشد نمیتواند کاشف از مالکیت واقعی متصرف باشد بطوری که تردیدی برای دادرس باقی نماند، زیرا

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳

احتمال میرود که واقعاً متصرف غاصب باشد و مدعی مالکیت دلیلی بر این امر نداشته باشد، ولی چون تصرف بعنوان مالکیت نوعاً ملازمهٔ با مالکیت متصرف دارد، قانون آن را دلیل بر مالکیت شناخته است تا خلاف آن ثابت گردد. همچنین است در مورد امارات قضائی که دادرس میتواند از آن امارات بر وجود حق دست یابد.

۷- ادلهٔ اخلاقی و ادلهٔ قانونی

اشاره

ادله از نظر درجه و اعتباری که در دادرسی دارد بر دو قسم است: ادلهٔ اخلاقی و ادلهٔ قانونی.

الف- ادلهٔ اخلاقی-

و آن هر امریست که دادرس را بحقیقت برساند و او را معتقد بوجود مورد ادعا بنماید و دادرس میتواند برای رسیدن و کشف واقع

از هر گونه دلیلی استفاده کند، چنانکه در موارد امور کیفری میباشد. ماده «۴۵» اصول محاکمات جزائی: «مستنطق در تحصیل و جمع‌آوری اسباب و دلائل جرم نباید به هیچ‌وجه تعویق را جائز بداند و باید اقدامات فوری برای جلوگیری از انهدام یا اضمحلال اثرات جرم بعمل آورد» و همچنین است مواد «۴۸ و ۷۱» ق. اصول محاکمات جزائی.

ب- ادلهٔ قانونی-

و آن ادله ایست که قبلا- قانون برای اثبات امور مخصوصی در نظر گرفته است و دادرس فقط میتواند در آن موارد معینه از آنها استفاده کند. قانون در موارد مزبور نه فقط ادله‌ای را که دادرس میتواند برای اثبات آن استفاده نماید پیش‌بینی میکند، بلکه حدود ارزش آن را نیز تعیین مینماید.

بدستور ماده «۱۳۰۶» ق. م: «جز در مواردی که قانون استثنا کرده است هیچ یک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد نمیتوان فقط بوسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد، ولی این حکم مانع از این نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت به اظهارات شهود رسیدگی کنند».

بنابراین اثبات انعقاد عقود و ایقاعاتی که موضوع آن بیش از پانصد ریال است

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴

بوسیلهٔ هر دلیلی غیر از شهادت شهود ممکن خواهد بود.

بدستور ماده «۱۳۰۷» ق. م: «در مورد عقود و ایقاعات و تعهدات مذکوره در مادهٔ فوق کسی هم که مدعیست بتعهد خود عمل کرده یا بنحوی از انحاء قانونی بری شده است، نمیتواند ادعای خود را فقط بوسیلهٔ شهادت ثابت کند».

بدستور ماده «۴۸» قانون ثبت اسناد و املاک اثبات معاملات و عقود راجع بغیر منقول و همچنین هبه و صلح و شرکت فقط بوسیله سند رسمی ممکن خواهد بود. بدستور ماده «۱۳۲۵» ق. م: «در دعاوی که بشهادت شهود قابل اثبات است مدعی می‌تواند حکم بدعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است منوط بقسم او نماید».

بدستور ماده «۱۲۹۷» ق. م: «دفاتر تجارتی در مورد دعوای تاجری بر تاجر دیگر در صورتی که دعوی از محاسبات و مطالبات تجاری حاصل شده باشد دلیل محسوب می‌شود، مشروط بر اینکه دفاتر مزبوره مطابق قانون تجارت تنظیم شده باشد». اگر چه قطع بواقع برای دادرس حاصل نشود.

بدستور ماده «۲۳» قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ۱۳۱۳: «مدعی اعسار باید شهادت کتبی لااقل چهار نفر از اشخاصی که از وضع معیشت و زندگانی او مطلع باشند بعرض حال ضمیمه نماید ....» بنابراین در دعوی اعسار اگر چه ادعاء خواهان بوسیلهٔ یک یا دو یا سه گواه که مورد اعتماد و وثوق عمومی باشند ثابت می‌شود ولی بنابر مستفاد از مادهٔ بالا بگواهی کتبی کمتر از چهار نفر گواه، نمیتوان دعوی اعسار را اثبات کرد.

در قوانین قدیمه بسیار دیده می‌شود که عدهٔ معینی از شهود با شرائط خاصی برای اثبات نوع مخصوصی از دعوی لازم میباشد. چنانکه بینه در حقوق اسلام است که بوسیلهٔ دو شاهد و در بعض موارد چهار شاهد عادل دعوائی اثبات میگردد، خواه دادرس معتقد به پیدایش امر در واقع بشود یا آنکه در تردید بماند.

۸- اثبات امر عدمی

زبان زد است که امر عدمی قابل اثبات نمیباشد. این امر در صورتی که بخواهند

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵

مستقیماً امر عدمی را اثبات نمایند صحیح است، ولی بطور مطلق درست نیست و میتوان غیر مستقیم امر عدمی را اثبات نمود، زیرا امر عدمی گاه دارای علت وجودی میباشد. مثلا کسی که در پاسخ مدعی طلب، ادعاء می‌کند که مدیون نمی‌باشد، میتواند برای اثبات برائت خود که امر عدمی است، رسیدی که حاکی از پرداخت دین خود باشد ابراز دارد و یا آنکه نامهٔ را از مدعی ارائه دهد که در آن نوشته است من بر تو هیچ حقی ندارم. و آن امر وجودی میباشد، و گاه دیگر امر عدمی ملازم با امر وجودی است، مثلا هر گاه کسی بر دیگری اقامهٔ دعوی خسارت نماید، بعنوان اینکه در روز شنبه ۲۰ فروردین ۴۰ دیوار خانهٔ او را که در تهران میباشد خراب نموده است، خوانده برای برائت خود که امر عدمی میباشد، میتواند با ابراز گذرنامه خود ثابت نماید که از دو روز پیش از واقعه تا یک هفته بعد در آمریکا بوده است.

بنابراین امر عدمی بوسیلهٔ امر وجودی قابل اثبات است، ولی این طریق اثبات غیر مستقیم در عدم مقید و جزئی یا عدم خاص است. گاه دیگر اثبات امر عدمی بوسیلهٔ امر وجودی نیز ممکن نخواهد بود، چنانکه هر گاه زن مطلقهٔ از شوهر خود که نقص جنسی ندارد و در یک منزل زندگی می‌نموده است مطالبه نفقه زمان عده و تمامی مهر خود را بنماید، باستناد آنکه با او نزدیکی شده است و شوهر منکر گردد، شوهر نمیتواند بوسیلهٔ هیچ‌گونه دلیلی عدم نزدیکی خود را اثبات نماید.

۹- رسیدگی بادله

مدعی زمانی میتواند از دلیل استفاده کند که آن دلیل بتواند تمام یا قسمتی از ادعای او را اثبات کند، و الا موجبی برای ابراز دلیل بدادگاه ندارد. بنابراین دادگاه بدلیل ابرازی از طرف خواهان یا خوانده، در مورد انکار طرف، در صورتی رسیدگی مینماید که آن دلیل بتواند تمام یا قسمتی از ادعای او را اثبات نماید، و الا هرگاه مثبت آن نباشد، رسیدگی بآن از طرف دادگاه بلااثر و موجب کندی جریان دادرسی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶

خواهد بود، لذا دادرس از رسیدگی بآن امتناع خواهد نمود. همچنین است وقایع خارجی که نمی‌تواند موجد حق مورد ادعاء یا مسقط آن قرار گیرد، مانند آنکه کسی از دیگری یکصد هزار ریال زیان ناشی از حریق خانهٔ خود را مطالبه کند، باستناد آنکه طرف او بوسیلهٔ طلسمی که در خانهٔ او چال کرده موجب ایجاد حریق شده است، و طرف منکر عمل خود گردد. دادگاه رسیدگی بوجود طلسم یا چال کردن آن نمی‌نماید، زیرا طلسم موجب حریق نمی‌شود. بنابراین دادرس فقط بوقایعی رسیدگی مینماید، که تأثیر در اثبات ادعا داشته باشد. بدین جهت است که هرگاه مدعی چندین دلیل برای اثبات ادعاء خود را ابراز دارد و یکی از آنان مثبت ادعاء او باشد دادرس برسیدگی آن برای کشف حقیقت اکتفا مینماید و از رسیدگی بادله دیگر صرفنظر میکند.

۱۰- حق اقامهٔ دعوی

هر کس ادعای حق یا سقوط حقی را که قانون آن را شناخته است می‌نماید، میتواند در حدود مقررات مربوطه بآئین دادرسی مدنی در دادگاه صلاحیتدار اقامهٔ دعوی کند و با ابراز دلیل بر ادعای خود آن را اثبات نماید، مگر آنکه بجهات خارج، قانون این حق را از او سلب نموده باشد. در صورتی که مدعی اقامهٔ دعوائی بنماید دادرس بدستور ماده «۴» قانون آئین دادرسی مدنی نمی‌تواند از رسیدگی و فصل دعوی امتناع کند و الا مستنکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.

در سه مورد زیر دعوی مسموع نمی‌باشد:

الف- در صورتی که دعوی مشمول مرور زمان شده باشد- بدستور مادهٔ «۷۳۱» ق. ا. د. م پس از انقضاء مدت مرور زمان دعوی شنیده نمیشود و طبق ماده «۷۳۲» ق. ا. د. م: «دادگاه در صورتی میتواند باستناد مرور زمان دعوی را رد کند که از این جهت صریحاً ایراد شده باشد».

ب- در صورتی که افشاء واقعه بر خلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد دادگاه مدعی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷

را بر دعوی محکوم مینماید، زیرا اثبات آن موجب جریحه‌دار کردن حیثیت جامعه و اخلال نظم عمومی میگردد. ماده صریحی در این امر در قوانین ایران دیده نمی‌شود، ولی میتوان از نظر وحدت ملاک بطریق اولویت از ماده «۶» قانون آئین دادرسی مدنی آن را استنباط نمود.

ماده «۶» ق. ا. د. م: «عقود و قراردادهائی که مخل نظام عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست» در قانون مدنی فرانسه انتساب فرزند ناشی از زنای محصنه و یا زنای با محارم نمیتواند در دادگاه مورد رسیدگی قرار گیرد و قانون، انتساب مزبور را نمی‌شناسد و نمیتواند ابوین طبیعی او را برسمیت بشناسند.

ج- در صورتی که خواسته مجهول باشد- هرگاه خواستهٔ خواهان مجهول باشد، رسیدگی و اثبات آن بی‌اثر است، زیرا بر فرض اثبات و صدور حکم نسبت بامر مجهول، آن حکم قابل اجرا نخواهد بود، و علت غائی از اقامهٔ دعوی و اثبات و صدور حکم، اجراء آنست و چنانچه مورد حکم مجهول باشد نمی‌توان آن را اجراء نمود. مثلا هرگاه کسی اقامه دعوی کند و از طرف، درخواست رد یک چیزی را بنماید که باو سپرده است و گواهینامهٔ پیوست دادخواست خود بنماید، چنین دعوائی قابل رسیدگی نخواهد بود.

نکته: چنانکه گذشت هر کس ادعای حقی مینماید که مورد انکار طرف او است، زمانی از مراجعه بدادگاه برای اقامه دعوی بهره‌مند میگردد که ادلهٔ لازم برای اثبات دعوی در اختیار داشته باشد، و بتواند آن را آنگونه که شایسته است بکار برد و چنانچه این فن را نداند یعنی توانائی بکار بردن دلیلی را که در دست دارد نداشته باشد، ممکن است محکوم گردد و نتواند بحق خود برسد. اینست که بسیاری از اشخاص با داشتن دلیل کافی در دست، در مقام دادخواهی، محکوم میشوند. بنابراین دور از احتیاط است اشخاصی که بامور فنی قضائی سر و کاری ندارند اگر چه از دانشمندان علم حقوق هم باشند بدون کمک خواستن از وکیل دعاوی، اقامه دعوی بنمایند.

در صورتی که مدعی بدون داشتن دلیل در دست، اقامه دعوی کند بنتیجه نخواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸

رسید و خسارت دعوی بر طرف خود را نیز متحمل خواهد گشت، مگر آنکه بکمک حیله و تزویری که بعض افراد ماجراجو در دادرسی بکار میبرند بتواند استفاده نماید.

۱۱- تحمل دلیل

موضوعی که در این قسمت گفتگو میشود آنست که چه کسی باید در دعوی دلیل ابراز دارد؟ پاسخ این امر بسیار ساده بنظر میرسد، زیرا هر کس ادعائی مینماید و آن ادعا مورد انکار طرف او قرار میگیرد، باید آن را بوسیلهٔ ابراز دلیل لازم اثبات نماید، که بچنین شخصی مدعی گویند.

۱۲- مدعی کیست؟

مدعی کسی است که ادعای او بر خلاف ظاهر است، زیرا او میخواهد بوسیلهٔ اثبات ادعاء خود وضعیت ظاهر را که بنفع طرف او است بر هم زند و بنفع خود گرداند، یعنی بوسیله ادلهٔ اثبات کند که وضعیت خوانده منطبق با حقیقت نیست و حقیقت بنفع او است. مثلا در مورد ادعاء حق دینی، کسی از دیگری یکصد هزار ریال باستناد نوشتهٔ که امضاء آن منسوب باو میباشد مطالبه مینماید، و طرف منکر آنست، خواهان بر خلاف ظاهر (ظاهر در آنست که کسی حقی بر دیگری ندارد) میخواهد ثابت نماید که رابطهٔ طلب بین او و خوانده موجود است و خوانده یکصد هزار ریال باو مدیون میباشد و سند ابرازی صادر از ناحیه خوانده مثبت ادعاء او میباشد. در مورد ادعاء حق عینی، کسی که باستناد گواهینامه، مدعی مالکیت قالی که در تصرف دیگریست میشود و در خواست رد آن را مینماید، میخواهد وضعیت ظاهر خوانده را (تصرف او که دلیل بر مالکیت است) بر هم زند و اثبات نماید که در حقیقت او مالک میباشد و تصرف طرف، مالکانه نیست و واقع بر خلاف ظاهر میباشد.

در صورتی که ادعاء مدعی مطابق با ظاهر وضعیت باشد، احتیاج به اثبات ادعاء خود ندارد زیرا ظاهر خود دلیل بر ادعاء او میباشد، مگر آنکه طرف او منکر شود

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹

که ظاهر به نفع او است که در غیر این صورت مدعی باید ظاهر را اثبات نماید. مثلا هرگاه کسی بر دیگری اقامه دعوی نماید و مدعی مزاحمت او در ملک متصرفی خود شود و خوانده منکر مالکیت و تصرف خواهان گردد، خواهان ناچار است ظاهر را که تصرف خود میباشد اثبات نماید، و بدین وسیله برساند که تصرف او در ملک خود میباشد.

فقهای اسلام برای مدعی تعاریف دیگری هم نموده‌اند. بعضی گفته‌اند: مدعی کسی است که دعوای او بر خلاف اصل باشد. بعض دیگر گفته‌اند مدعی کسی است که هرگاه ادعای خود را ترک نماید کسی باو کاری ندارد.

۱۳- انقلاب دعوی

خواهان پس از آنکه ادلهٔ خود را بر اثبات ادعاء در دادرسی اقامه نمود، چنانچه آن ادله بنظر دادرس مثبت ادعای خواهان باشد، دادگاه خوانده را محکوم مینماید، مگر آنکه بوسیلهٔ ایرادات از طرف خوانده، مانند عدم صلاحیت دادگاه، مرور زمان و امثال آن، دادگاه دعوی خواهان را نپذیرد، و یا آنکه خوانده، دفاع ماهوی کند و بجهتی از جهات مدعی عدم استحقاق خواهان گردد و آن را اثبات نماید. مثلا در مورد حق عینی چنانچه کسی باستناد سند انتقال از طرف خوانده تسلیم مورد معامله را از او بخواهد و خوانده مدعی شود که مورد ادعاء ملک او است و معامله ادعائی خواهان بجهتی از جهات باطل است، و یا در مورد حق دینی که کسی بوسیله سندی از دیگری مطالبه مبلغی را مینماید، خوانده ادعا کند که آن را پرداخته است. در هر یک از دو صورت بالا خوانده نسبت بادعاء خود مدعی میباشد و باید دلیل ادعای خود را ابراز و آن را اثبات کند. بدین نحو در یک پرونده مربوط بیک موضوع ممکن است چندین مرتبه هر یک از طرفین ادعاء تازهٔ نماید، و طرف منکر آن گردد و ناچار شود با ابراز دلیل، ادعاء خود را اثبات کند. بنابراین در یک دعوی ممکن است چندین بار مدعی، مدعی علیه و مدعی علیه مدعی گردد. آنچه از گفتار بالا معلوم گردید آنست که هر ادعائی که در جریان

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰

دادرسی از ناحیه یکی از اصحاب دعوی بعمل می‌آید و طرف منکر آن میشود و این امر تأثیر در دادرسی دارد، باید دلیل بر اثبات آن را ابراز دارد و الا آن ادعاء پذیرفته نمیشود.

بنابراین دادگاه بادعاء اصلی خواهان و بادعای فرعی خوانده و ادعای مجدد خواهان که تأثیر در دعوی اصلی دارد، هر چند مرتبه که تکرار شود رسیدگی مینماید. اینست که ماده «۱۲۵۷» ق. م میگوید: «هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی

علیه هر گاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج بدلیل باشد اثبات امر بر عهدهٔ او است».
اما ادعائی که تاثیر در اثبات یا رد دعوای اصلی ندارد، اگر چه طرف هم جواب گوید و درخواست رسیدگی کند، دادگاه نادیده میگیرد و بادلهٔ آن رسیدگی نمینماید، زیرا دادگاه نمیتواند راجع بآن تصمیمی اتخاذ کند و رسیدگی بآن لغو میباشد.

۱۴- انواع ادلهٔ اثبات دعوی

اشاره

ادلهٔ اثبات دعوی بر چهار دسته‌اند:

۱- اعلام طرفین دعوی

اشاره

اعلام طرفین دعوی بر دو نوعست:

الف- اقرار

و آن اخبار بحقی است برای غیر بر ضرر خود. اقرار طرف، مدعی را از ابراز هر گونه دلیلی بر اثبات ادعاء خود بی‌نیاز میگرداند، زیرا پس از اقرار طرف بصحت ادعاء دعوائی بین متداعیین باقی نمیماند. اقرار ممکن است شفاهی یا کتبی باشد مانند سندی که مدیون در مورد استقراض بدائن خود میدهد. و یا سندی که بدهکار است پس از وصول طلب خود بمدیون میدهد.

ب- سوگند-

و آن اخبار بامری و گواه گرفتن خداوند است بر صدق گفتار خود.
سوگند ادعائی بیش نیست و ممکن است در واقع دروغ باشد، بدین جهت از نظر تحلیلی
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱
نمیتوان سوگند را مثبت حق دانست، ولی قانون در موارد خاصی که دلیل دیگری بر اثبات ادعاء نباشد، سوگند را دلیل بر اثبات حق دانسته است. علت این امر چنانکه در کتاب قسم بیان خواهد شد، اتکاء بایمان مذهبی و اعتقاد سوگند یادکننده است و نظم اجتماعی ایجاب مینماید قانون احترام بایمان افراد گذارد و سوگند را در موارد معینی معتبر بداند.

۲- اعلام شخص ثالث

اعلام شخص ثالث یا گواهی عبارت از گفتار شخص ثالث است بر وجود امری بنفع یکی از طرفین دعوی. تحقیق محلی از این قبیل است.
تذکر- اعلام شخص ثالث بدو صورت ممکن است یافت شود: شفاهی و کتبی.

گواهی ممکن است شفاهی باشد و در حضور مأمور رسمی و یا دادگاه اداء شود و گاه دیگر ممکن است بصورت کتبی باشد مانند برگ استشهادی که چندین نفر مطلبی را تصدیق نموده‌اند. از آن قبیل است گواهی در اظهارنامه برای اخذ شناسنامه و یا گواهان در ثبت عقد نکاح و امثال آن.

۳- مشاهدات قاضی

مشاهدات قاضی عبارت است از آنچه دادرس از آثار و علائم و اوضاع و احوال قضیه می‌بیند تا بدان وسیله بحقیقت امر دست یابد، مانند امارات قضائی و معاینهٔ محلی و کارشناسی (در کارشناسی چون دادرس خود اطلاعات فنی ندارد بکمک کارشناسان فنی بحقیقت امر دست می‌یابد).

۴- امارات قانونی

امارات قانونی عبارت از اوضاع و احوالی است در خارج که بواسطه رابطه آنها با امر مجهول بحکم قانون دلیل بر امری شناخته میشود. در بسیاری از موارد که دلیل مستقیم بر اثبات ادعا موجود نیست، میتوان از امور مادی که در خارج یافت میشود و نوعاً رابطه (از قبیل رابطه علیت یا ملازمه) با امر مجهول دارند وجود آن را دانست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲

اقسام ادلهٔ اثبات دعوی

اشاره

ماده «۱۲۵۸» ق. م میگوید: «دلائل اثبات دعوی از قرار ذیلست:

۱- اقرار.

۲- اسناد کتبی.

۳- شهادت.

۴- امارات.

۵- قسم».

روش نگارنده در نوشتن این کتاب پیروی از ترتیب قانون مدنی میباشد و بدین جهت ادلهٔ پنج‌گانه را به ترتیب بیان میدارد، و سپس بذکر ادلهٔ فرعی دیگر مانند کارشناسی و معاینه میپردازد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳

کتاب اول- در اقرار

باب اول- در شرایط اقرار

۱– تعریف

اشاره

اقرار در لغت بمعنی تثبیت کردن کسـی یا چیزی در مکانی است و در اصـطلاح چنانکه ماده «۱۲۵۹» ق. م میگوید: «اقرار عبارت از اخبـار بحقی است برای غیر بر ضـرر خود». اقرار در معنی اصـطلاحی از معنی لغوی دور نیفتـاده است، زیرا بوسـیلهٔ اقرار ادعاء طرف اثبات میگردد.

چنانکه از مادهٔ بالا معلوم است اقرار از نظر تحلیلی عبارتست از:

الف– اخبار–

اخبـار، لفظ یـا الفاظی است که حکایت از یک نوع اعمال خاص عصبی دماغی در انسان مینمایـد و وجود امری را در زمان حال یا گذشته بیان مینماید، همچنانی که انشاء لفظ یا الفاظی است که حکایت از یک نوع اعمال خاص عصبی دماغی مینماید که امری را ایجاد میکند.

ب– حق–

چنانکه در مجلدات سابق گذشت، حق عبارت از اختیاری است که قانون برای کسـی شـناخته تا بتواند امری را انجام یا ترک نماید. بنابراین در اقرار بایـد اخبار بوجود حقی بشود، خواه مسـتقیم باشـد، چنانکه در دعوی طلب کسـی بر دیگری، خوانده اقرار بطلب او نماید، و یا غیر مستقیم باشد، چنانکه در دعوی مطالبهٔ جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، خوانده اقرار بتأخیر انجام تعهد کند. اقرار مزبور اخبار بوجود سبب حق برای خواهان است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴

ج– برای غیر–

در اقرار، بایـد اخبار بوجود حق برای غیر باشـد و الا چنانکه کسـی اخبار بوجود حق برای خود کند، دعوی حق مینماید و اصـطلاحاً اقرار بآن گفته نمیشود.

د– بر ضرر خود–

در اقرار مقر خبر از وجود حق برای دیگری بر ضـرر خود میدهـد و الاـ چنـانچه مقر، اخبـار از وجود حق برای کسـی بضـرر دیگری بنمایـد، گواهی داده است. گاه ممکن است اقرار در ظاهر بزیان اقرارکننده و در حقیقت بزیان دیگری باشد، در این صورت این امر اقرار کامـل محسوب نمیگردد، ماننـد آنکه دائن در جریـان عملیـات اجرائی دادگـاه، اموالی را از مـدیون خود بـازداشت نمایـد. زن مـدیون، دعوائی بطرفیت شوهر خود و طلبکار اقامه مینمایـد که اموال مورد بازداشت جهیزیـهٔ و متعلق باو میباشد، و مدیون در مقابل دعوی زن اقرار میکند که اموال مزبور از او نیست و جهیزیه زن اوست. گفتار شوهر اگر چه باعتبار دعوی زن اقرار محسوب میشود، ولی بر زیان طلبکار که آن اموال بنفع او بازداشت شده میباشد، بدین جهت است که اقرار مزبور نسـبت بطلبکار اثری ندارد. اینسـت که ماده «۱۲۶۵» قانون مـدنی میگوید: «اقرار مدعی افلاس و ورشکسـتگی در امور راجعه باموال خود بملاحظه حفظ حقوق دیگران منشأ اثر نمیشود تا افلاس یا عدم افلاس او معین گردد».

بنابر آنچه گذشت پس از آنکه افلاس و ورشکستگی مدیون ثابت گردید اقرار او بتعلق داشتن اعیان اموالی که در تصرف دارد بغیر، مسموع نخواهد بود، لذا اقرار او بزیان دارائیش بلااثر میباشد. اما چنانچه افلاس و ورشکستگی او رد شد، اقراری که قبلا نموده نسبت بمقر له مؤثر میباشد، مگر آنکه ثابت نماید که اقرار او بر خلاف حقیقت و برای فرار از تأدیه دیون خود بوده است. بدین جهت هرگاه افلاس و ورشکستگی مدیون ثابت گردید، و تمام یا قسمتی از اموال بازداشتی فروش رفت، پس از اداء دیون آنچه از ثمن فروش و اموال باقی میماند از آن مقر له خواهد بود، زیرا ورشکسته و مفلس اقرار بزیان خود نموده، و اقرار بزیان اقرارکننده معتبر است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵

بنابراین در صورتی که مفلس و ورشکسته اقرار بدینی نماید، اقرار او نسبت بمقر له نافذ است و بزیان بستانکاران او تأثیری ندارد.

کسی که اقرار بر حق غیر و بر ضرر خود مینماید مقر، و کسی که اقرار بنفع او میشود مقر له، و حقی که اقرار بوجود آن برای غیر میگردد مقر به گویند.

فرع- اقرار بر اقرار، اقرار است زیرا مقر بوسیلهٔ اقرار خود، اخبار بزیان خود بنفع دیگری نموده است.

۲- مبنای اعتبار اقرار

اقرار بین ادلهٔ دیگر ساده‌ترین طریقی است که میتواند صحت ادعاء طرف را اثبات نماید و هر گونه تردید و اشکال را بر طرف کند، زیرا از نظر تحلیلی هیچ عاقلی ادعای دیگری را که بزیان او است نمیپذیرد، مگر آنکه آن ادعاء در واقع محقق باشد، چون انسان عاقل مختار، با توجه بزیان عملی، آن را انجام نمیدهد. بنابراین کسی که کاملا آزاد است چنانچه اقرار بر امری نماید که بنفع دیگریست و خود از آن متضرر میشود، باید بر آن بود که امر مزبور درست است. نبوی عام میگوید: اقرار العقلاء علی انفسهم جائز. بنابراین میتوان گفت اقرار از نظر آنکه کاشف از واقع میباشد دلیل بر دعوی قرار گرفته است.

بنابر آنچه که گفته شد در دادرسی مدنی بدون آنکه احتیاج داشته باشد رسیدگی شود و سبب وجود مقر به معلوم گردد، اقرار معتبر شناخته میشود و احتمال آنکه ممکن است اقرار بقصد استهزاء و یا بعنوان مثال بیان شده و یا آنکه مقر در اشتباه بوده و یا منظور خاصی داشته است، اعتبار اقرار را متزلزل نمینماید، مگر آنکه این امر را مقر ثابت کند، زیرا این احتمالات ضعیف و دور از روش محاوره است و ظاهر در گفتار آنست که جدی میباشد و گوینده قصد استهزاء ندارد و اشتباه نیز ننموده است، و چنانچه این احتمالات مورد اعتناء قرار گیرد، اعتماد عمومی در روابط افراد با یکدیگر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۶

از گفتار سلب میشود و نظم اجتماعی بر هم میخورد. اما در امور کیفری تشخیص ارزش اقرار، بعهده بازپرس و دادرس میباشد، زیرا در اینگونه دعاوی ممکن است اقرارکننده بخواهد بوسیلهٔ اقرار بر خلاف واقع، مسیر دعوی را برگرداند، و آنان را از حقیقت منحرف سازد. مثلا کسی باتهام قتل تحت تعقیب قرار گیرد پدر او اقرار مینماید که او قاتل است در این مورد احتمال قوی میرود که پدر از فرط محبت و علاقه در دادگاه اقرار کرده که خود مرتکب قتل شده و پسرش هیچ‌گونه مداخله در آن نداشته است و یا بالعکس پسر متهم که کمتر از پانزده سال دارد چنانچه اقرار بقتل کند، احتمال قوی میرود برای آنکه پدرش از مجازات اعدام رهائی یابد اقرار نموده که او مرتکب قتل شده است. اینگونه امور در موارد کیفری بسیار دیده شده است و بدین جهت این احتمالات قابل توجه است و ارزش اقرار را پائین می‌آورد و دادرس و بازپرس را بتردید می‌اندازد و نمیتوان بدون چون و چرا اقرار را پذیرفت.

۳- شرایط صحت اقرار

اشاره

اقرار در صورتی معتبر است که دارای شرائط زیر باشد:

الف– وجود امری در خارج که دلالت بر اقرار نماید

اعمال خاص عصبی که وجود حق را برای غیر بزیان خود در صفحهٔ دماغ منعکس مینماید، نمیتواند بتنهائی دلیل قرار گیرد، بلکه باید بوسیلهٔ چیزی در خارج که دلالت بر آن نماید اعلام شود و آن عموماً لفظ میباشد. اینست که ماده «۱۲۶۰» ق. م میگوید: «اقرار واقع میشود بهر لفظی که دلالت بر آن نمایـد». قانون لفظ مخصوصی را در اقرار لازم ندانسته است همچنانی که بهر زبانی که اقرار واقع شود معتبر خواهد بود، زیرا اعتبار لفظ از نظر کاشفیت آن از حرکات مخصوص اعصاب دماغی است که از وجود امری خبر میدهد.

چنانکه از روح مادهٔ بالا میتوان استنباط نمود، نوشته در ردیف لفظ است و بوسیلهٔ آن نیز اقرار واقع میشود. اینست که ماده «۱۲۸۰» ق. م میگوید: «اقرار کتبی در

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۷

حکم اقرار شفاهی است». بنابراین نوشته که حاکی از اقرار نویسنده و یا امضاءکننده باشد بر علیه او معتبر خواهد بود.

کسی که نمیتواند تلفظ نماید مانند لال و یا کسی که آشنا بزبان نمیباشد چنانچه اشاره بنماید که مبین اقرار باشد بر علیه او معتبر است. ماده «۱۲۶۱» ق. م: «اشارهٔ شخص لال که صریحاً حاکی از اقرار باشد صحیح است». منظور ماده از قید آنکه اشارهٔ که صریحاً حاکی از اقرار باشد، آنست که بوسیلهٔ اشارات فقط معانی مخصوصی را میتوان فهماند و دائره آن بسیار محدود است، و از طرف دیگر نوعاً احتمالات مختلفی را نیز در بردارد، بدین جهت اشاره باید صریحاً حکایت از اقرار نماید و احتمال دیگری نرود.

چنانکه از ماده بالا استنباط میشود با قدرت لال بنوشتن، اشارهٔ که صریحاً حاکی از اقرار باشد کافی خواهد بود.

بنابر آنچه گفته شد. هرگاه لفظ یا نوشته و یا اشاره صریح بر اخبار از حق غیر بزیان خود نباشد و احتمال خلاف آن رود، اگر چه احتمال هم ضعیف باشد اقرار محسوب نمیگردد.

اقرار ممکن است صریح باشد مانند آنکه طرف بوسیلهٔ لفظی تمام یا قسمتی از دعوای مدعی را بپذیرد، و ممکن است ضمنی باشد مانند آنکه طرف بوسیلهٔ لفظ وجود امری را تصدیق نماید که لازمهٔ آن تصدیق بحق برای مدعی میباشد، چنانکه کسی مبلغی خسارت بعنوان آنکه طرف باتومبیل او زیان وارد آورده از او بخواهد و طرف تصدیق بورود زیان از ناحیه خود بنماید، در این صورت طرف ضمناً تصدیق بحقانیت مدعی در مطالبهٔ خسارت نموده است. سکوت در مقابل ادعاء اقرار نمیباشد، زیرا سکوت نمیتواند کاشف از ارادهٔ شخص باخبار از وجود حق قرار گیرد، مگر آنکه اوضاع و احوال قطعی دلالت بر آن کند.

ب– منجز باشد–

اقرار در صورتی میتواند دلیل بر صحت ادعاء طرف قرار گیرد

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۸

که وجود حقی را برای غیر بزیان خود بنمایاند، و آن فقط در صورتی است که گوینده بطور منجز آن را بیان نماید و چنانچه معلق باشد، وجود حق را در حال اقرار اثبات نمیکند و از طرف دیگر اقرار ملاک حکم دادگاه واقع میشود و حکم دادگاه باید منجز باشد و نمیتواند معلق بر امر دیگری قرار گیرد، همچنانی که اقرار بطور تردید نمیتواند دلیل واقع شود، مانند آنکه مقر بگوید: ممکن

است مـدعی درست بگویـد و یا احتمال می‌دهم که مـدیون باشم. و همچنین است هرگاه مقر بگوید: هرگاه فلان بگوید من مدیون هستم، مـدیونم، این امر اقرار شـناخته نمیشود، زیرا وجود حق غیر را بزیان خود نپـذیرفته، علاوه بر آنکه ممکن است منظور گوینده آن باشد که فلان کس بر مدیونیت او گواهی نمیدهد.
اینست که ماده «۱۲۶۸» ق. م میگویـد: «اقرار معلق مؤثر نیست» و این امر مانع از آن نخواهـد بود که مورد اقرار (مقر به) معلق باشد، زیرا حق ممکن است معلق باشـد یـا منجز، و چنانچه گـذشت عقـد معلق صـحیح است و بوسـیلهٔ آن ناچار حق معلق ایجاد میگردد و ممکن است قبـل از تحقق معلق علیه در انعقـاد عقـد معلقی بین متعـاملین اختلاـف شود و مورد رسیدگی دادگاه قرار گیرد و طرف اقرار بانعقاد آن بنماید در این صورت اقرار نسبت بعقد معلق، ملازمه با اقرار بحق معلق دارد.

تذکر ۱- تصدیق مقر له شرط صحت اقرار نمیباشد-

چنانکه گذشت تأثیر اقرار باعتبار آنست که شخص عاقل مختار خبری نمیدهد که بزیان او و نفع دیگری باشد، مگر آنکه آن گفتار صحیح باشـد. بنابراین عدم تصدیق مقر له هیچگونه تأثیری در اعتبار اقرار ندارد. اینست که هرگاه کسـی اقرار بمدیونیت خود بنفع غیر نمایـد، کشـف میگردد که غیر دارای حق مزبور میباشـد، ولی هرگـاه غیر آن را تکـذیب نمایـد یعنی خود را ذیحق ندانـد اقرار مزبور نسـبت بـاو اثری نـدارد، زیرا تکذیب‌کننـده بـا توجه بآثـار گفتـار خود از عـدم وجود حق خـبر داده است و شـخص عاقـل در صورتی که امری را مطابق با واقع نداند هیچ زمان بزیان خود اقرار نمیکند. ماده «۱۲۷۲» ق. م میگوید:
«در صحت اقرار تصدیق مقر له شرط نیست لکن اگر مفاد اقرار را تکذیب کند اقرار
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۹
مزبور در حق او اثری نخواهـد داشت». بنـابراین هرگـاه کسـی اقرار نمایـد مـالی که در تصـرف دارد متعلق بشـخص معین میباشـد و شخص مزبور آن را تکـذیب کنـد، مال مزبور از آن هیـچیک شـناخته نمیشود، زیرا مقر پس از اقرار بآنکه مال متعلق بمقر له است، اقرار بعـدم مالکیت خود نموده است و چنانچه مقر له اقرار مقر را تکـذیب نمایـد، او نیز اقرار بعـدم مالکیت خود کرده است و گفتهٔ هر دو آنها معتبر میباشد و مال مجهول- المالک محسوب میگردد.
قاعدهٔ شـرط نبودن تصدیق مقر له در صحت اقرار، در اقرار به نسب کبیر، بجهتی که بعداً بیان میشود مواجه با استثناء شده است ماده «۱۲۷۳» ق. م میگویـد: «اقرار به نسب در صورتی صـحیح است که اولا تحقق نسب بر حسب عادت و قانون ممکن باشد. ثانیاً کسـی که به نسب او اقرار شـده تصـدیق کند، مگر در مورد صـغیری که اقرار بر فرزندی او شده بشـرط آنکه منازعی در بین نباشد». شـرح آن که در مبحث اقرار به نسب خواهد آمد.

تذکر ۲- اختلاف مقر و مقر له در سبب اقرار-

بدستور مادهٔ «۱۲۷۴» ق. م:
«اختلاف مقر و مقر له در سـبب اقرار مانع صـحت اقرار نیست» بنابراین هرگاه کسـی از دیگری بوسیلهٔ دادخواست یکصد هزار ریال بابت استقراضـی که نموده است بخواهـد و طرف اقرار کنـد که آن مبلغ را بابت خریـد مال التجاره مـدیون میباشد، دادگاه طرف را محکوم بپرداخت یکصد هزار ریال خواهد نمود و اختلاف سبب ادعاء خواهان، با سبب مورد اقرار خوانده، موجب بلا اثر گردانیدن اقرار نمیشود، زیرا اقرار کـاشف از وجود حقی برای غیر بزیـان مقر میباشـد و آن حق دین یکصـد هزار ریـال است، خواه سـبب ذکر شود یا نشود یا آنکه مقر و مقر له با یکدیگر اتفاق یا اختلاف در سبب داشته باشند.
ولی باید توجه داشت که در مواردی ممکن است اختلاف در سبب ناشی از تعدد حق باشد که عدم توجه دادرس بآن، بزیان مقر له

خاتمه پیـدا مینماید، زیرا در مورد مثال بالا ممکن است، خواهان علاوه بر یکصد هزار ریال مورد ادعاء در دادخواست، معادل همان مبلغ را نیز از بابت خرید مال التجاره طلبکار باشد که بعداً مطالبه خواهد نمود

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳۰

بنابراین عدم توجه دادرس باختلاف سبب اقرار، موجب تضییع حق خواهان میگردد.

لذا باید بر آن بود که ماده ناظر بموردیست که خواهان فقط خود را ذیحق در یک طلب میداند.

۴- شرائط مقر

اشاره

مقر یا اقرارکننده کسی است که بضرر خود و بنفع دیگری خبر میدهد. بدستور ماده «۱۲۶۲» ق. م: «اقرارکننده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد. بنابراین اقرار صغیر و مجنون در حال دیوانگی و غیر قاصد و مکره مؤثر نیست». چنانکه مادهٔ بالا تصریح مینماید، اقرار در صورتی معتبر است که اقرارکننده دارای شرائط زیر باشد:

الف- بلوغ-

منظور از بلوغ در زبان قانون مدنی چنانکه در مجلدات قبل گذشت رسیدن بسن هیجده سال تمام شمسی میباشد، مگر آنکه بدستور ماده «۱۲۰۹» ق. م حکم رشد او پس از پانزده سال از طرف دادگاه صادر شده باشد که در این صورت دارای کلیه حقوق و تکالیف مدنی شخص بالغ میگردد، و اقرار او نیز مانند اقرار بالغ معتبر خواهد بود. بنابراین اقرار صغیر اگر چه ممیز باشد معتبر نخواهد بود مگر در اموری که صغیر ممیز مستقلا میتواند آن را انجام دهد، مانند قبول صلح یا هبهٔ بلاعوض (مادهٔ «۱۲۱۲» ق. م) یا امور مربوط بکار یا پیشه که ولی یا قیم اجازه آن را بمحجور داده باشد (ماده «۸۵» ق. امور حسبی). نپذیرفتن اقرار صغیر ممیز، از نظر عدم اهلیت او در تصرف در اموال و حقوق مالیش میباشد، و در موارد بالا قانون خود اجازه تصرف باو داده است، و طبق قاعدهٔ عقلی هر کس هر عملی را بتواند انجام دهد اقرارش نسبت بآن امر معتبر است (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) زیرا اقرار صغیر ممیز در موارد بالا اعتراف بوجود امریست که مقر میتواند انجام دهد و با قدرت بانجام آن موجبی ندارد که اقرار او پذیرفته نشود. مثلا هرگاه ولی یا قیم صغیر بر کسی دعوی اقامه کند و تسلیم مالی را بخواهد بعنوان آنکه آن مال را خوانده بمولی علیه او صلح یا هبه کرده بود و او

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳۱

قبول نموده است، و خوانده اقرار کتبی مولی علیه را ارائه دهد که آن صلح و هبه را قبول ننموده است، اقرار او نافذ است زیرا قانون باو اجازه داده که بتواند صلح و هبه را قبول یا رد نماید. یا صغیری که ولی یا قیم باو اجازه داده است که تا حدود سه هزار ریال سیگار از کارخانه بخرد و بفروشد و کارخانه دعوی اقامه کند و از صغیر هزار ریال مطالبه ثمن خرید سیگار بنماید و صغیر اقرار بدین خود کند اقرار مزبور بر علیه صغیر معتبر است.

ب- عقل-

چنانکه در اعتبار اقرار گذشت، موجب اعتبار اقرار بزیان اقرارکننده آنست که شخص عاقل با توجهی که بمعنی گفتار و آثار و نتایج آن دارد هیچ زمان اقرار بوجود حق برای دیگری بزیان خود نمی‌کند، مگر آنکه آن امر را در واقع موجود و او را ذیحق بداند. بنابراین چنانچه کسی مجنون باشد توجه بآثار و نتایج گفتار خود ندارد تا گفتارش پذیرفته شود، ولی اقرار مجنون ادواری در حال

افاقه معتبر خواهد بود، زیرا در حال افاقه مجنون ادواری عاقل شناخته میشود. این امر در صورتیست که مجنون ادواری در حال افاقه کاملاـ حالت عادی را بـدست بیاورد، و الا چنانچه در حال بلاهت یا گیجی بگذرانـد اقرارش معتبر نمی‌باشـد. این است که در ذیل ماده بالا میگوید (مجنون در حال دیوانگی ...)

ج– رشد–

کسی که بواسطه سفه ممنوع از تصرف در اموال و حقوق مالی خود میباشد، اقرار او نسبت بآنها معتبر نخواهد بود، زیرا بدستور ماده «۱۲۶۳» ق. م:

«اقرار سفیه در امور مـالی مؤثر نیست» ولی در اموری که راجع بـاموال و حقوق مـالی او نمیباشـد و از انجـام آن ممنوع نیست مانند طلاق اگر چه خلع و مبارات باشد و یا امور راجع بکار یا پیشه که بدسـتور ماده «۸۵» ق. امور حسبی ولی و قیم باو اجازه داده است، اقرار سـفیه معتبر میباشد، و همچنین است نسبت بقبول هبه و صـلح بلاعوض، زیرا کسی که امری را بتواند انجام دهد اقرارش نسبت بآن پذیرفته میشود. در صورتی که محجور اقرار بامری نماید که اقرار او معتبر است، هر گاه مورد اقرار او ملازمه با امر دیگری دارد

که دارای جنبـهٔ مالی میباشـد باید بر آن بود که اقرار او فقط نسبت باصل مورد اقرار معتبر است و نسـبت بملازم آن مؤثر نمی‌باشد. مثلا هر گاه سـفیهی اقرار بزوجیت دائمه زنی نماید اقرار او فقط نسبت بزوجیت معتبر است و نسبت بمهر المسمی مذکور در عقد که جنبه مالی دارد دارای اعتبار نخواهد بود.

د– قصد–

ارزش اقرار باعتبار جنبهٔ کشـفی است که از وجود حق در واقع بزیان مقر برای غیر مینماید، و آن بوسـیله ارادهٔ اخباری موجود میشود که عبـارت از قصـد اخبـار از وجود حق در واقع است، و الاـ الفاظ و یا اشارات کسـی بـدون آنکه قصـد اخبار از وجود حق در واقع بنماید نمیتواند ارزش حقوقی داشته باشد. بنابراین اقرار شخص خواب، بیهوش یا مست که دارای قصد نیستند نمیتواند دلیل بر اثبات مـدعاء طرف قرار گیرد و همچنین است الفاظ اقرار در مقام بیان مثال در دروس یا در مقام اسـتهزاء در دادرسـی، زیرا گوینده قصـد اخبار از وجود حق برای غیر بضرر خود ندارد. بنابراین در صورتی اقرار معتبر است که مقر قاصد باقرار خود باشد.

ه– اختیار–

اقراری که میتواند دارای ارزش قانونی باشد اقراریست که مقر در حال اختیار یعنی اعتدال در سـنجش نفع و ضرر خود واقع سازد، و الا هر گاه مقر مختار نباشـد و بوسیلهٔ اعمال اکراه‌آمیز مجبور باقرار شده است، خواه اکراه مادی باشد یا معنوی، اقرار او دارای اعتبار قانونی نخواهد بود. چنانکه ماده «۲۰۲» قانون مدنی میگوید: «اکراه باعمالی حاصل میشود که مؤثر در هر شـخص با شـعوری بوده و او را نسبت بجان یا مال یا آبروی خود تهدید کند بنحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد.

در مورد اعمال اکراه‌آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود». (ملاک اکراه همانست که در جلد اول در مورد معاملات گذشت) ولی چنانچه کسی در نتیجه اضطرار اقرار بامری بنماید، اقرارش صحیح و معتبر است.

(مستنبط از ماده «۲۰۶» ق. م) ماده «۲۰۶» ق. م میگوید: «اگر کسی در نتیجهٔ اضطرار اقدام بمعامله کند مکره محسوب نشده و معاملهٔ اضطراری معتبر خواهد بود». مانند

آنکه در دعوی کسی که بر دیگری اقامه نموده و مطالبه مبلغی میکند، خواننده برای آنکه ناچار است مبلغ دیگری از طرف خود قرض بگیرد اقرار بصحت دعوی خواهان مینماید. مانند مورد اضطراری است هرگاه کسی بمجرد خوف از دیگری بدون آنکه از طرف او تهدید شده باشد اقرار بامری بنماید (مستنبط از ماده «۲۰۸» ق. م) بنابراین در دو مورد بالا اثبات اضطرار و خوف از طرف مقر، اقرار را از اعتبار نمیاندازد، ولی این امر مانع از آن نخواهد بود که مقر ثابت کند که اقرار او بر خلاف واقع بوده است.

۵- شرائط مقر له

اشاره

مقر له کسی است که اقرار بنفع او میشود. اقرار زمانی معتبر است که مقر له دارای شرائط زیر باشد:

الف- موجود باشد-

چنانکه در ذیل ماده «۱۲۶۶» ق. م. تصریح شده است که مقر له: «... بر حسب قانون باید بتواند دارای آنچه بنفع او اقرار شده است بشود».

معلوم میگردد که او باید در زمان اقرار موجود باشد. بنابراین هرگاه مقر له کسی باشد که هنوز نطفه او منعقد نشده است اقرار درباره او معتبر شناخته نمیشود.

ب- دارای اهلیت تمتع باشد-

چون اقرار عبارت از اخبار شخصی است برای غیر بر ضرر خود، ناچار باید کسی که اخبار بحق برای او داده میشود بتواند دارای آن حق گردد یعنی دارای اهلیت تمتع باشد. اینست که اقرار برای جماد یا حیوانی بی‌ارزش است، مگر آنکه قرائن و اماراتی موجود باشد که اقرار بحق، برای صاحب جماد و حیوان میباشد. مثلا هرگاه کسی در مقام پاسخ از دعوی مدعی بمطالبه یکصد هزار ریال بعنوان متولی مسجد بگوید که یکصد هزار ریال بمسجد مدیونم، معلومست که مبلغ مزبور را خوانده مدیون بمتولی مسجد از بابت موقوفه است که باید بمصارف معینه برساند. لذا ماده «۱۲۶۷» ق. م. میگوید: «اقرار بنفع متوفی دربارهٔ ورثه او مؤثر خواهد بود» زیرا اقرار مزبور در حقیقت بنفع ورثه است و ذکر نام مورث برای بیان منشأ استحقاق ورثه میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳۴

منظور ماده از عبارات «در مقر له اهلیت شرط نیست ...» اهلیت استیفاء میباشد زیرا برای صحت اقرار لازم نیست که مقر له بتواند حق خود را اجرا نماید: بنابراین اقرار بحق برای حملی که زنده متولد میگردد صحیح است. مثلا کسی که اقرار مینماید بحمل یکصد هزار ریال مدیونست صحیح میباشد، زیرا ممکن است مقر بمورث او مدیون بوده و یا وصیت باو شده است. اقرار برای حمل در صورتی معتبر میباشد که زنده متولد شود. ماده «۱۲۷۰» ق. م. میگوید: «اقرار برای حمل در صورتی مؤثر است که زنده متولد شود». ولی اقرار نمیتواند برای حملی که مرده متولد شود دلیل قرار گیرد. زیرا به هیچ عنوان حملی که مرده متولد شده نمیتواند دارای حقی شود.

این است که ماده «۱۲۶۶» ق. م میگوید: «در مقر له اهلیت شرط نیست لیکن بر حسب قانون باید بتواند دارای آنچه بنفع او اقرار شده است بشود». منظور از عبارت قسمت اول ماده: «در مقر له اهلیت شرط نیست ...» اهلیت استیفاء میباشد و منظور از عبارت ذیل ماده: «... لیکن بر حسب قانون باید بتواند دارای آنچه بنفع او اقرار شده است بشود» اهلیت تمتع میباشد.

ج- معلوم باشد-

ماده «۱۲۷۱» ق. م. میگوید: «مقر له اگر بکلی مجهول باشد اقرار اثری ندارد و اگر فی الجملهٔ معلوم باشد مثل اقرار برای یکی از دو نفر معین صحیح است».
اقرار که یکی از ادله اثبات دعوی بشمار آمده است زمانی میتواند مثبت حق قرار گیرد که بتواند ادعاء مدعی را اثبات کند و آن اقراریست که مقر له آن معلوم باشد، و الاـ هرگاه مقر له بکلی مجهول باشد، نمیتواند دلیل بر ادعاء مدعی قرار گیرد. مثلا هرگاه کسی در دعوائی که اقامه میکند مدعی مالکیت فرشی شود که در تصرف خوانده میباشد و آن را از او بخواهد، خوانده چنانچه اقرار کند که فرش نزد پدر او امانت بوده است و او فوت کرده و نمیداند مال کیست، اقرار مزبور نمیتواند مالکیت خواهان را اثبات کند، زیرا ممکن است فرش از آن شخص ثالث باشد و نبودن مدعی دیگری غیر از خواهان،
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳۵
نمیتواند قرینهٔ مالکیت او گردد. اما اگر کسی بطرفیت متصرف کتاب خطی، بعنوان مالکیت اقامه دعوی کند و آن را بخواهد، و دیگری بعنوان شخص ثالث وارد دعوی شود و او نیز دعوی مالکیت نماید و مطالبهٔ تسلیم آن را کند و متصرف اقرار نماید که کتاب را غصباً متصرف شده و از آن یکی از آن دو نفر است و نمیداند متعلق بکدام یک میباشد، اقرار مزبور بر علیه خوانده معتبر است. زیرا بکلی مجهول نمیباشد و دادگاه باید رسیدگی باختلاف بین خواهان و شخص ثالث بنماید و هر یک که مالک تشخیص داده شود حکم بنفع او صادر نماید.

۶- شرایط مقر به

اشاره

مقر به عبارت از حقی است که مقر، اخبار بوجود آن برای غیر بر ضرر خود مینماید.
چنانکه گذشت اقرار بوجود حق برای غیر، گاه مستقیم است چنانکه کسی صریحاً دعوی مدعی را بوجود حقی برای او بزبان خود تصدیق کند، و گاه دیگر غیر مستقیم است چنانکه کسی امری را که علت پیدایش حق و یا ملازمه با پیدایش حق دارد تصدیق نماید، مانند آنکه کسی از دیگری مطالبهٔ قیمت سگ شکاری را بنماید بعنوان آنکه او آن را در خیابان زیر اتومبیل گرفته است و خوانده کشتن سگ را بوسیلهٔ اتومبیل خود تصدیق کند. اقرار بحق در صورتی معتبر است که دارای شرائط زیر باشد:

الف- عقلا یا عادتاً ممکن باشد-

حجیت اقرار باعتبار آنست که حقیقت را مینمایاند و کاشف از واقع میباشد. بنابراین چنانچه وجود حق برای مقر له در واقع عقلا ممکن نباشد معلوم میشود، اقرارکننده خلاف گفته است. مثلاـ هرگاه کسی که سی سال از عمر او گذشته، دادخواستی بطرفیت جوانی که ۲۵ سال بیشتر ندارد تقدیم دادگاه کند و ادعا نماید که فرزند خوانده است و خوانده اقرار بابوت خود نسبت بخواهان کند، چنین اقراری صحیح نخواهد بود، زیرا صدق گفتار او ایجاب می‌نماید که پسر در تاریخ مقدم بر تولد پدر پا بعرصه وجود گذارده باشد، و این امر عقلا محال است. همچنین است هرگاه
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳۶
وجود مورد اقرار عادتاً ممکن نباشد، چنانکه پینه‌دوزی از اهل ورامین دادخواستی بطرفیت پینه‌دوز دیگری تقدیم دادگاه کند و مطالبه یک میلیارد دلار استقراضی او را بنماید، بدین تقریب که خوانده در روز جمعه فلان ماه در دکان خود پول نداشت و یک

میلیارد دلار از من قرض خواست و من باو دادم و خوانـده اقرار بگرفتن مبلغ مزبور از او بنمایـد، اقرار مزبور ماننـد اقرار بامری اسـت که عقلاـ ممکن نمیباشـد، زیرا دلیل کـذب اقرار در خود اقرار نهفته است ماده «۱۲۶۹» ق. م میگویـد: «اقرار بـامری که عقلا یا عادتاً ممکن نباشد و یا بر حسب قانون صحیح نیست، اثری ندارد».

ب- بر حسب قانون صحیح باشد-

هر گـاه حقی را که مقر اخبـار بوجود آن نموده است قـانون نشـناسد یعنی قوانین موضوعه کشوری آن را حق نداننـد اقرار بآن معتبر نخواهد بود این است که ماده ۱۲۶۹ ق. م تصریح مینماید: اقرار بامری که بر حسب قانون صحیح نیست اثری ندارد.

بنابراین در صورتی که کسـی در دادگاه اقرار بـدین خود در نتیجه یک عمل حقوقی نماید که بر حسب قانون موضوعه کشوری آن عمل حقوقی باطل باشد آن اقرار بلا اثر است، زیرا تأثیر اقرار متفرع بر صحت مقر به است که قانون آن را بلا اثر شناخته است.

مثلا هرگاه کسی یکصد هزار ریال از دیگری باستناد نوشته‌ای که در آن قید شده است:

یکصد هزار ریال در اثر باخت در بازی قمار فلان شب مدیون بخواهان است و خوانده اقرار بر این امر کند، اقرار مزبور اثری ندارد، زیرا مقر به طبق مـاده «۶۵۴» ق. م. که میگویـد: «قمـار و گروبنـدی باطـل و دعاوی راجعه بآن مسـموع نخواهـد بود. همین حکـم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاریست» باطل و بلا اثر است.

ج- بکلی مجهول نباشد-

دادگاه زمانی میتوانـد باسـتناد اقرار مقر را محکوم نمایـد و رأی بمحکومیت او صادر کند که مورد اقرار مجهول نباشد، زیرا نمیتوان کسی را بانجام امر مجهولی محکوم نمود، و طبق مقررات مربوط باجراء احکام، آن را بموقع

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳۷

اجراء گذارد: مثلا هرگاه کسـی مدعی گردد که یکصد هزار ریال از دیگری طلبکار میباشد و خوانده اقرار کند مبلغی که مقدار آن را نمیداند باو مدیونست، دادگاه نمیتواند خوانده را محکوم بخواسته مدعی نماید، زیرا بآن اقرار نشده است، و نمیتواند او را محکوم بمقـدار غیر معین کنـد و یـا او را ملزم بتوضـیح اقرار نمایـد، زیرا طریقی را قـانون پیش‌بینی ننمـوده است. ولی هرگـاه مورد اقرار فی الجمله مجهول باشد و بتوان قدر متیقن بدست آورد، اقرار نسبت بآن مقدار معتبر خواهد بود. مثلا هرگاه کسی که یکصد هزار ریال از دیگری در دادگاه مطالبه مینماید، خوانده بگوید که محاسباتی با خواهان داشته‌ام و فقط چند هزار تومان آن باقی مانده است، در این صورت بـدو هزار تومـان که حـد اقـل جمع در زبان فارسـی است اقرار معتبر خواهـد بود، زیرا بیش از آن مقـدار مورد تردیـد و مجهولست و اقرار شامل آن نمیشود.

د- بزیان شخص ثالث نباشد-

اقرار عبـارت از اخبـار بحقی است برای غیر بضـرر خود. بنـابراین هرگاه مورد اقرار بزیان شـخص ثالث باشـد از موضوع اقرار خارج است و نمیتوانـد دلیـل برای مقر له قرار گیرد. ماده «۱۲۶۵» ق. م میگویـد: «اقرار مدعی افلاس و ورشکسـتگی در امور راجعه باموال خود بملاحظه حفظ حقوق دیگران منشأ اثر نمی‌شود تا افلاس یا عدم افلاس او معین گردد».

اقرار مدعی افلاس و ورشکسـتگی نسبت بدارائی خود تا آنجائی که موجب اضرار طلبکاران میگردد بلا اثر خواهد بود، ولی نسبت به آنچه بر ضـرر مقر است معتبر میباشـد. بنابراین هرگاه مـدعی افلاس و ورشکسـتگی در مقابل دعوی کسـی بر او بآنکه فلان فرش نزد او امانت بوده است اقرار بصـحت ادعاء او نمایـد، اعتبار این اقرار برای مقر له متوقف برد دعوی افلاس و ورشکستگی او میباشد،

یعنی چنانچه دعوی افلاس و ورشکستگی رد شود، اقرار او معتبر است چون زیانی به کسی وارد نمیآورد و الا هرگاه دعوی افلاس و ورشکستگی او پذیرفته شود، در صورتی آن اقرار معتبر خواهد بود که پس از اداء دیون از فروش اموال دیگری مدعی افلاس و ورشکستگی، آن فرش باقی مانده باشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳۸

باب دوم در اقرار به نسب

اشاره

چنانکه گذشت اعتبار اقرار از نظر تحلیلی مبتنی بر آنست که هرگاه شخص عاقل با توجه بآثار اقرار بزیان خود و نفع دیگری بیانی بنماید، آن امر درست و در واقع موجود میباشد. بنابراین چنانچه اقرار دارای دو جهت باشد: جهتی بزیان مقر و جهتی بنفع او باشد، نمی‌توان آن اقرار را از هر دو جهت معتبر دانست، زیرا آن جهت که بنفع مقر است ادعائی بیش نمیتواند باشد. از آن قبیل است اقرار به نسب، مثلا هرگاه کسی اقرار بفرزندی دیگری نسبت بخود بنماید و اقرار مزبور از هر جهت معتبر شناخته شود، نسب بنوت بین آن دو مسلم میگردد و هر یک از مقر و مقر له حقوق و تکالیفی نسبت بیکدیگر پیدا مینمایند، مانند ولایت، حق انفاق، توارث، حرمت نکاح و امثال آن که در مواردی بزیان مقر و در موارد دیگر بنفع او میباشد. بنابر قاعدهٔ عقلی بالا باید بین دو جهت اقرار تفکیک نمود و آنچه بزیان مقر است پذیرفت و آنچه بنفع او می‌باشد معتبر ندانست تا بوسیلهٔ ادلهٔ دیگر ثابت شود، ولی بجهاتی در مورد اقرار بفرزندی صغیر در قانون مدنی رعایت قاعده بالا نشده است، و آثار و احکام اقرار مزبور از هر دو جهت بر آن مرتب میشود. اقرار بنسب در دو فصل بیان میگردد: اقرار بنسب در حقوق امامیه.
اقرار بنسب در حقوق مدنی.
چون قانون مدنی در قسمت اقرار بنسب از حقوق امامیه پیروی نموده است، لذا برای توضیح امر لازم میدانم که حکم اقرار بنسب را در حقوق امامیه قبلا متذکر شوم و سپس بشرح آن در حقوق مدنی ایران بپردازم.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۳۹

فصل اول در اقرار به نسب در حقوق امامیه

اشاره

در اقرار به نسب فرق نمینماید که مقر مذکر باشد یا مؤنث همچنان که فرق نمینماید که مقر له مذکر باشد یا مؤنث، احکام آنان یکسانست، چنانکه ذیلا دیده میشود.
اقرار بنسب بر دو قسم است: اقرار به نسب فرزندی و اقرار بنسب خویشاوندی.

مبحث اول – در اقرار به نسب فرزندی

اشاره

منظور از فرزند در اقرار به نسب، اولاد بلا-واسطه مقر است و اولاد بواسطه مانند اولاد اولاد هرچه پائین رود، از خویشاوندان محسوب میگردند. اقرار کسی بفرزند بودن دیگری خواه پسر باشد یا دختر بر دو قسم است: اقرار بفرزندی صغیر و اقرار بفرزندی

کبیر.

۱– اقرار بفرزندی صغیر

اشاره

در صورتی که کسی بفرزندی صغیری اقرار بنماید در صورتی که اقرار دارای شرائط زیر باشد اقرار او معتبر خواهد بود و صغیر فرزند مقر شناخته میشود.

الف– امکان الحاق بر حسب عادت–

در صورتی اقرار کسی بفرزندی صغیر پذیرفته میشود که عادتاً الحاق فرزند بمقر ممکن باشد و الا چنانچه عادتاً نتوان صغیر را فرزند مقر دانست، اقرار معتبر نخواهد بود. مانند مورد صغیری که نسب او مشهور و معروف باشد که عموماً او را فرزند شخص دیگری میدانند. در این صورت باقرار مقر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۰

نمیتوان صغیر را ملحق باو دانست.

بنابراین چنانچه عقلا امکان انتساب برود، ولی عادتاً امکان نداشته باشد آن اقرار معتبر نخواهد بود، و باید ذی‌نفع بکمک ادلهٔ دیگر نسب صغیر را بخود ثابت نماید.

مثلا هرگاه کسی که ۱۸ سال دارد اقرار بفرزندی طفل ۷ سالهٔ از خود بنماید، اگر چه این امر عقلا محال نمیباشد، ولی چون عادتاً امکان ندارد، اقرار او معتبر نخواهد بود.

همچنین است اقرار کسی که در آزمایشهای متعدد مسلم شده است که هیچ زمانی مادهٔ حیاتی در منی او وجود نداشته است.

ب– مردود نبودن بر حسب شرع–

نسبی که از نظر شرع پذیرفته نشده است، نمیتوان بوسیلهٔ اقرار ثابت دانست، و اقرار کسی بفرزندی او معتبر نخواهد بود، زیرا آنچه در عالم شرع ممنوع میباشد، مانند آنست که در عالم عقل ممنوع باشد و شارع آن را نمیشناسد و چیزی که از طرف شارع شناخته نشده است اقرار نمیتواند کاشف از وجود آن قرار گیرد. مانند نسب ولد الزنا. همچنین است نسب ولد ملاعنه، اگر چه در اثر اقرار پدر، فرزندی که مورد ملاعنه بوده از پدری که ملاعنه کرده است ارث میبرد.

دلیل ارث بردن ولد ملاعنه از پدر، پس از رجوع از لعان، یعنی تکذیب و اقرار بفرزندی او، اجماع است، نه آنکه در اثر اقرار پدر بفرزندی کشف از وجود نسب میگردد، زیرا در اثر ملاعنه رابطهٔ زوجیت بین زن و شوهر و همچنین رابطهٔ نسب قانونی بین پدر و فرزند شرعاً قطع میشود و اقرار نمیتواند آن را برقرار سازد. بدین جهت است که بین ولد ملاعنه و خویشاوندان پدر، توارث بوجود نمیآید مگر آنکه آنان اقرار بخویشاوندی او بنمایند که در این صورت در اثر اقرار مزبور، آنان از یکدیگر ارث میبرند.

ج– نبودن معارض–

اقرار بفرزندی صغیر در صورتی معتبر شناخته میشود که کس دیگری مدعی فرزندی او نباشد و الا اقرار بلااثر است، زیرا دو نفر نسبت بیک موضوع مدعی هستند، و ادعاء آن دو معارض یکدیگر میباشد، لذا دو اقرار معارض ساقط

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۱

میگردند و هر یک میتواند بوسیله ادلهٔ دیگری که ابراز میدارد انتساب طفل را بخود ثابت نماید.

د- محتاج نبودن تصدیق صغیر -

سه شرط نامبردهٔ بالا شرائط اساسی برای اعتبار اقرار بطور کلی است و اختصاص باقرار به نسب ندارد و بیان آن در مورد اقرار بنسب از نظر تذکر و یادآوری میباشد.

کسی که اقرار بفرزندی صغیری بخود بنماید، صغیر فرزند شرعی او شناخته میشود بدون آنکه احتیاج بتصدیق صغیر داشته باشد. بنابراین هرگاه صغیر پس از کبر اقرار را تکذیب کند تکذیب او بلا اثر است، زیرا قبلا بوسیلهٔ اقرار، نسب فرزندی او ثابت شده است. بعض از علمای اهل سنت معتقدند که تکذیب پس از بلوغ آثار اقرار را منتفی مینماید، و عده‌ای از فقهاء امامیه تصدیق مقر له را در اقرار بفرزندی صغیر مطلقاً لازم نمیدانند، خواه اقرارکننده مادر باشد یا پدر. و عده‌ای دیگر عدم لزوم تصدیق صغیر را منحصر باقرار پدر میدانند و در اقرار مادر تصدیق مقر له را لازم میشمرند و استدلال مینمایند که عدم لزوم تصدیق در اقرار بنسب فرزند، بر خلاف قاعده است و روایت راجع باقرار مرد میباشد و آن پدر است و شامل زن که مادر باشد نمیشود، علاوه بر آنکه زن میتواند گواه بر فرزندی صغیر خود اقامه نماید.

در اقرار بفرزندی صغیر فرق نمینماید که اقرار در زمان حیات صغیر باشد یا پس از فوت او، اگر چه دارائی از خود گذارده باشد. اتهام مقر بآنکه برای استفاده از ترکهٔ صغیر اقرار به نسب او نموده است اقرار را بلا اثر نمیگرداند، همچنانی که هرگاه صغیر زنده بود این تهمت موجب بی‌اعتباری اقرار نمی‌گشت. بنابراین با اقرار مردی بفرزندی صغیری بخود، خواه پسر باشد یا دختر، ممیز باشد یا غیر ممیز، دارائی داشته باشد یا نداشته باشد نسب قانونی نسبت به طرفین ثابت میشود و آن دو پدر و فرزند شناخته میشوند و تمامی احکام و آثار نسب، نسبت به طرفین جاری میگردد، یعنی ولایت و حضانت و حق توارث و انفاق و احکام محرمات نکاح بین آنان با یکدیگر و بین هر یک و

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۲

خویشاوندان دیگری و همچنین بین خویشاوندان آنان موجود میشود.

۲- اقرار بفرزندی کبیر

علماء امامیه در اقرار بفرزندی کبیر با لازم دانستن شرائط اول و دوم در اقرار بفرزندی صغیر مذکور در بالا در تصدیق مقر له اختلاف نموده‌اند. ظاهر گفتار شیخ در نهایه آنست که مورد مزبور مانند مورد اقرار بفرزندی صغیر احتیاج بتصدیق مقر به ندارد. اما شیخ در کتاب مبسوط و همچنین نویسندگان پس از او تصدیق مقر به کبیر را برای انتساب لازم میدانند. نظر مزبور مستند بقاعدهٔ اقرار و مطابق با اصل میباشد.

بعض از فقهاء امامیه بر آنند که سکوت مقر به کبیر برای اثبات نسب کافیست. بنابر قول مشهور که در اقرار به نسب فرزندی کبیر، تصدیق او نیز لازم است هرگاه کبیر تصدیق ننماید و یا انکار کند اقرار فقط نسبت به مقر معتبر است (یعنی آنچه بزیان مقر میباشد بر او تحمیل میگردد) و نسبت بآنچه بزیان مقر له است تأثیر ندارد. اما در صورتی که مقر به کبیر تصدیق بفرزندی خود نسبت بمقر بنماید وجود نسب بین آنها مسلم میگردد و سرایت بخویشاوندان هر یک می‌کند. عده‌ای از فقهاء امامیه بر آنند که اقرار بفرزندی کبیر مانند اقرار به نسب خویشاوندان دیگر میباشد، یعنی آثار و احکام آن منحصر بمقر و مقر به خواهد بود و بخویشاوندان آنان سرایت نمیکند، زیرا سرایت آن نسبت بخویشاوندان تجاوز از حدود قاعدهٔ اعتبار اقرار میباشد و آن زیان بغیر مقر است و بار زیان اقرار، بر غیر مقر تحمیل نمیشود.

تذکر- عده‌ای از فقهاء امامیه اقرار بفرزندی کبیر مجنون را در حکم اقرار بفرزندی صغیر دانسته‌اند و از نظر وحدت ملاک تصدیق او را در اقرار لازم نمیدانند.

ولی از نظر تحلیلی پذیرفتن این امر مشکل است، زیرا اعتبار اقرار در حدود قاعده عقلی، اقرار العقلاء میباشد و عدم لزوم تصدیق صغیر اجماعی است. بنابراین نسبت باقرار بنسب کبیر مجنون، طبق قاعده باید عمل شود، و اعتبار آن احتیاج بتصدیق مقر به دارد.

بنابراین چنانچه کبیر، مجنون ادواری باشد و در حال افاقه، تصدیق نسب خود را بنماید

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۳

اقرار معتبر خواهد بود و الا چنانچه مجنون دائمی باشد اقرار بلا اثر است و مدعی بوسیله ادلهٔ دیگر میتواند فرزندی مجنون را اثبات کند.

تبصره- اقرار پدر بفرزندی کسی، خواه آن کس صغیر باشد یا کبیر، اقرار بزوجیت سابق مادر او نمیباشد، زیرا این امر به هیچیک از دلالات سه‌گانه (مطابقه، تضمن، التزام) بر زوجیت مادر او دلالت ندارد، علاوه بر آنکه ممکن است فرزند مزبور ناشی از شبهه باشد و احتمال مزبور کافیست که اثر اقرار سرایت بزوجیت زن ننماید.

همچنین اقرار زن بفرزندی کسی، خواه آن کس صغیر باشد یا کبیر، اقرار بزوجیت پدر او نمیباشد، زیرا علاوه بر آنچه در اقرار پدر بفرزندی گفته شد ممکن است در اثر نزدیکی باکراه بوجود آمده باشد.

مبحث دوم- در اقرار به نسب خویشاوندی

منظور از خویشاوندان در مورد مزبور کسانی هستند که قرابت نسبی با شخص دارند (غیر از فرزند بلاواسطهٔ که حکم آن قبلا بیان گردید) بنابراین اقرار بخویشاوندی عبارت خواهد بود از اقرار شخص بآنکه دیگری پدر یا مادر یا جد اوست و یا اقرار شخص بآنکه دیگری اولاد اولاد او و یا برادر و خواهر و یا عمو و دائی، یا عمه و خاله او میباشد و مانند آن.

فقهای امامیه بر آنند که برای اثبات نسب خویشاوندی علاوه بر لزوم شرائط اول و دوم مذکور در اقرار بفرزندی صغیر، تصدیق مقر به شرط است اگر چه مقر به صغیر باشد (یعنی منوط است که پس از رشد و بلوغ آن را تصدیق نماید). ظاهر مبسوط بر آنست که در اقرار بخویشاوندی صغیر تصدیق مقر به شرط اعتبار اقرار نمیباشد. این نظر بر خلاف قول مشهور است. ظاهر نهایهٔ المرام و کفایه بر آنست که در شرط بودن تصدیق مقر به در اقرار بخویشاوندی مطلقا (خواه مقر به صغیر باشد یا کبیر) خلافی نیست.

باری در صورتی که مقر به اقراری را که مقر بخویشاوندی او نموده است تصدیق کند

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۴

گفتار هر یک نسبت بدیگری در حدود قاعدهٔ اقرار العقلاء نافذ و معتبر میباشد. یعنی آنچه بزیان هر یک از آنان است مؤثر خواهد بود. اما از نظر توارث هر یک از آنان در صورتی از دیگری ارث میبرد که وارث دیگری برای او نباشد، زیرا اقرار بخویشاوندی چنانچه با تصدیق مقر به موجب توارث بین آنان با بودن ورثه دیگر گردد، اقرار بزیان ورثهٔ دیگر است، و بر خلاف قاعدهٔ اعتبار اقرار میباشد. این امر اجماعی است. مثلا هرگاه حسن اقرار کند که محمد عموی او است و محمد آن را تصدیق نماید هر یک از آن دو که بمیرد و وارث نداشته باشد دیگری از او ارث میبرد و چنانچه متوفی وارث داشته باشد دیگری از او ارث نمیبرد، و الا وارث را از ارث محروم می‌کند و یا سهیم با او خواهد شد.

اقرار بخویشاوندی چنانچه مقر به نیز تصدیق او را نموده باشد فقط نسبت بطرفین اقرار معتبر میباشد، و بخویشاوندان آنان سرایت نمیکند. بنابراین در مثال بالا خویشاوندان یکی از آن دو از دیگری ارث نمیبرد، زیرا طبق قاعده عقلی «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» اقرار هر کس بزیان او نافذ است) مگر آنکه خویشاوندان نیز آن را تصدیق کنند که در این صورت تصدیق در حدود قاعدهٔ

اقرار نسبت به تصدیق‌کننده معتبر شناخته میشود.

در صورتی که مقر به تصدیق مقر را ننماید و یا او را تکذیب کند اقرار فقط بزیان مقر نافذ است. بنابراین تکالیفی که قانون برای مقر نسبت بمقر له شناخته است عهده‌دار خواهد بود مانند لزوم انفاق، و موانع نکاح نیز بین آنان موجود میگردد، زیرا عقد نکاح که ایجاد رابطه بین دو نفر مینماید، نمیتواند نسبت بیکی صحیح و نسبت بدیگری فاسد باشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۵

فصل دوم در اقرار به نسب در قانون مدنی

قانون مدنی مادهٔ «۱۲۷۳» را اختصاص باقرار بنسب داده و میگوید: «اقرار بنسب در صورتی صحیح است که اولاـ تحقق نسب بر حسب عادت و قانون ممکن باشد ثانیاً کسی که بنسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده بشرط آنکه منازعی در بین نباشد». قانون مدنی در مادهٔ مزبور متابعت از حقوق امامیه نموده و با عبارتی بسیار شیوا شرائط اقرار بنسب را چنانکه شرح آن ذیلا تذکر داده میشود بیان کرده است.

اقرار کسی بنسب دیگری که کبیر است خواه بعنوان فرزند باشد یا خویشاوند، در صورتی که دارای شرائط سه‌گانهٔ زیر باشد معتبر خواهد بود:

الف- تحقق نسب بر حسب عادت (شرح آن در قسمت اقرار بنسب در حقوق امامیه بیان گردید).

ب- تحقق نسب بر حسب قانون (در حقوق امامیه بجای قانون، شرع گفته شده است که شرح آن گذشت).

ج- تصدیق مقر به (در این امر فرقی نمینماید که اقرار بنسب بفرزندی کبیر بشود یا خویشاوندی دیگر). بنابراین هرگاه در دعوائی که در دادگاه اقامه میشود کسی اقرار بنسب فرزندی کبیر یا خویشاوندی بنماید که بر حسب عادت و قانون تحقق آن ممکن باشد و مقر به نیز تصدیق گفته مقر را بنماید، اقرار او معتبر است و احتیاج به هیچ‌گونه دلیل دیگری ندارد و دادگاه حکم بوجود نسب مورد ادعا خواهد داد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۶

چنانکه ماده بالا حاکی است در اقرار بنسب بفرزندی صغیر وضعیت مخصوصی در نظر گرفته شده و آن وجود دو شرط اول و دوم و نبودن منازع است. بنابراین تصدیق مقر به صغیر پس از رشد، لازم نمیباشد.

منظور از نبودن منازع آنست که کس دیگری مدعی انتساب فرزندی مقر به نباشد و الا آن دو اقرار با یکدیگر تعارض نموده و بلا اثر میگردند و برای اثبات نسب فرزندی مقر به بخود، هر یک میتواند بادلهٔ دیگر استناد نماید. نظر بتصریح ماده در مورد اقرار بنسب فرزندی صغیر، تصدیق مقر به پس از کبر لازم نمیباشد و تکذیب او هم مؤثر نخواهد بود. ولی بنظر میرسد که مقر به پس از آنکه کبیر شد میتواند بوسیلهٔ ادلهٔ ابرازی خود کذب و یا اشتباه مقر را بفرزندی او ثابت نماید. بنابراین هر شخص ذی‌نفعی میتواند بر علیه کسی که برای طفلی شناسنامه گرفته و خود را پدر او معرفی نموده اقامهٔ دعوی نماید و بطلان اقرار او را بپدری ثابت کند و تصحیح شناسنامه را بخواهد اگر چه مدعی خود مقر به باشد.

آنچه قانون مدنی متعرض آن نشده و بابهام برگزار نموده حدود اعتبار اقرار بنسب میباشد. بنظر میرسد که با دستور مادهٔ «۳» ق. آئین دادرسی مدنی که مقرر داشته در صورتی که قوانین موضوعه کشوری صریح نباشد، دادگاهها باید موافق روح مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند، باید بر آن بود که طبق عرف مسلم مذهبی:

۱- در مورد اقرار بفرزندی صغیر در صورتی که شرایط قانونی موجود باشد تمام آثار و احکام نسب قانونی را بین مقر و مقر به و هر یک از آنان با خویشاوندان یکدیگر و همچنین خویشاوندان هر یک با خویشاوندان دیگری ثابت میباشد، زیرا اجماع بر- آنست.

مادهٔ «۸۸۳» ق. م که میگوید: «هرگاه پدر بعد از لعان رجوع کند از او ارث میبرد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمیبرند». باعتبار

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۷

اقرار پدر نیست، بلکه باستناد اجماع میباشد، و الا باید با رجوع از لعان و اقرار بفرزندی صغیر تمامی احکام نسب قانونی بین پدر و فرزند و خویشاوندان آنها جاری شود. اما توارث بین صغیر (ولد ملاعنه) و مادر و خویشاوندان او از نظر آنست که بوسیلهٔ لعان رابطهٔ خویشاوندی بین پدر و فرزند قطع میشود و در رابطهٔ بین فرزند و مادر و خویشاوندان او تأثیری ندارد و باعتبار قطع رابطهٔ فرزندی با پدر در اثر لعان است که خویشاوندان پدر از فرزند، و فرزند هم از آنها ارث نمیبرند مگر آنکه خویشاوندان مزبور اقرار بخویشاوندی او بنمایند.

بنابر آنچه گذشت چنانچه پدر وصیت یا وقفی برای اولاد خود نموده باشد، فرزندی که در اثر نفی ولد لعان شده است از وصیت و وقف سهیم نخواهد بود، زیرا با اقرار پدر سمت اولادی را پیدا نمینماید.

۲- در مورد اقرار بفرزندی کبیر، اقرار ایجاد نسب بین مقر و مقر به مینماید و بخویشاوندان آنان سرایت نمیکند زیرا سرایت آن موجب تجاوز از حدود قاعده اقرار است و تحمیل زیان بر غیر از مقر میشود.

۳- در مورد اقرار بخویشاوندی نیز مانند مورد قبل تأثیر اقرار نسبت بمقر و مقر به است و سرایت بخویشاوندان آنان نمیکند، زیرا قاعدهٔ اقرار موجب زیان غیر از مقر نمیشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۸

باب سوم در اقسام اقرار

اشاره

اقرار از نظر درجهٔ اعتبار بر دو قسم است: «اقرار در دادگاه و اقرار در خارج از دادگاه. مادهٔ «۳۶۶» ق. آئین دادرسی مدنی میگوید: «اقرار اگر در حین مذاکره در دادگاه یا در یکی از لوایحی که بدادگاه داده شده است بعمل آید اقرار در دادگاه و الا اقرار در خارج از دادگاه میباشد».

۱- اقرار در دادگاه

اقرار در دادگاه عبارت از اقراری است که در حین مذاکره، یکی از اصحاب دعوی در دادگاه، یا در یکی از لوایحی که آنها بدادگاه داده‌اند بعمل آمده باشد. اقرار در حین مذاکرهٔ در دادگاه اقراری است که بوسیله یکی از اصحاب دعوی در جلسه رسمی مقام قضائی بعمل آمده است. مقام قضائی اعم از دادگاه و بازپرسی میباشد، بنابراین اقراری که قبل یا بعد از جلسه میباشد اگر چه در دادگاه و در حضور دادرس باشد اقرار در دادگاه شناخته نمیشود. اقرار در جلسه تحقیقات محلی و یا معاینهٔ محلی در حضور نماینده دادگاه، اقرار در دادگاه است. اقرار مزبور شفاهی و در صورت جلسهٔ قضائی نوشته میشود.

اقرار در یکی از لوایحی که بدادگاه تقدیم میشود اقرار کتبی است، خواه لوایح معینه در تبادل لوایح در دادرسی عادی باشد یا لوایح دیگری که برای اداء توضیحات یا اسقاط حضور یا تجدید جلسه و امثال آن از ناحیه اصحاب دعوی تقدیم دادگاه میشود.

اعتبار اقرار در دادگاه خواه شفاهی باشد و خواه کتبی نسبت بمقر یکسان میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۴۹

۲- اقرار در خارج از دادگاه

اشاره

اقرار در خارج از دادگاه عبارت از اقراری است که در حین مذاکره در جلسه رسمی دادگاه یا در یکی از لوایحی که بدادگاه تقدیم میشود بعمل نیامده باشد، خواه اقرار در بین دوستان بعمل آمده باشد یا در دادگاه قبل و یا بعد از جلسه دادرسی، و یا نزدیکی از مأمورین رسمی غیر قضائی باشد، مانند مأمور اجراء و احضار و بازرس و یا مأمورین دیگر دولت.
اقرار در خارج از دادگاه بر دو قسم است: اقرار شفاهی- اقرار کتبی.

الف- اقرار شفاهی-

اقرار شفاهی عبارت از اقراری است که شفاهاً در خارج از دادگاه بعمل آمده باشد. اقرار مزبور زمانی میتواند دلیل بر زیان اقرارکننده قرار گیرد که تحقق آن در دادگاه ثابت شود.
اقرار شفاهی خارج از دادگاه را فقط بوسیلهٔ گواهی گواهان (کتبی یا شفاهی) میتوان در دادگاه اثبات نمود. ماده «۱۲۷۹» ق. م: «اقرار شفاهی واقع در خارج از محکمه را در صورتی میتوان بشهادت شهود اثبات کرد که اصل دعوی شهادت شهود قابل اثبات باشد و یا ادله و قرائنی بر وقوع اقرار موجود باشد» اعتبار اقرار شفاهی خارج از دادگاه بطریق زیر است:
۱- اقرار خارج از دادگاه چنانچه فقط بوسیلهٔ گواهی گواهان اثبات شود و ادله و قرائن دیگری بر وقوع اقرار ابراز نگردد، در صورتی معتبر است که اصل دعوی بشهادت شهود قابل اثبات باشد، زیرا بالمآل اثبات دعوی بوسیلهٔ شهادت بوده است، بنابراین نمیتواند بیش از اعتبار گواهی را دارا باشد.
۲- اقرار خارج از دادگاه علاوه بر گواهی گواهان هرگاه ادله و قرائنی بر وقوع اقرار موجود باشد، اعتبار آن مانند اقرار در دادگاه است و مانند مورد قبل محدود بموردی نمیباشد که اصل دعوی بشهادت شهود قابل اثبات است.

ب- اقرار کتبی-

اقرار کتبی خارج از دادگاه عبارت از اقراری است که در
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۰
نوشتهٔ عادی غیر از لوایح تقدیمی بدادگاه بعمل آمده است مانند اقرار مندرج در اسناد عادی، نامه‌های دوستانه و امثال آن.
بدستور ماده «۱۲۸۰» ق. م: «اقرار کتبی در حکم اقرار شفاهی است» یعنی همان اعتباری که قانون برای اقرار شفاهی شناخته است برای اقرار کتبی نیز میباشد.
مثلًا هرگاه نوشته عادی که اقرار نویسنده را در بر دارد، مورد انکار نویسنده قرار گیرد چنانچه بوسیلهٔ گواهان که نوشتن سند را دیده‌اند صحت انتساب آن اثبات شود اعتبار آن مانند اعتبار گواهی میباشد و هرگاه علاوه بر شهادت شهود، ادله و قرائنی بر وقوع اقرار موجود باشد اعتبار آن اقرار مانند اعتبار اقرار در دادگاه است از قبیل استکتاب و تطبیق امضاء با امضاءات مسلم الصدور کسی که امضاء منتسب باو است.
بدستور ماده «۱۲۸۱» ق. م: «قید دین در دفتر تجار بمنزله اقرار کتبی است».
منظور از عبارت مزبور، قید دین از طرف تاجر مدیون در دفتر خود بنفع دیگری بمنزله اقرار کتبی است و اعتبار اقرار کتبی خارج از دادگاه را دارا میباشد و در حدود مادهٔ «۱۲۷۹» ق. م بر علیه صاحب آن اگر چه مطابق مقررات قانون تجارت هم نباشد معتبر خواهد

بود. (ماده ۱۴ قانون تجارت).

تذکر- اقرار مندرج در اسناد رسمی که نزد مأمورین رسمی در حدود صلاحیت و طبق مقررات قانونی تنظیم شده است اقرار در خارج از دادگاه میباشد ولی قانون باسناد مزبور از نظر آنکه نزد مأمورین رسمی و یا بوسیلهٔ مأمورین رسمی تنظیم می‌یابد اعتبار مخصوصی داده که در قسمت اسناد بیان میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۱

باب چهارم در آثار اقرار

۱- اعتبار اقرار.

بدستور ماده «۱۲۷۵» ق. م: «هر کس اقرار بحقی برای غیر کند ملزم به اقرار خود خواهد بود».

مفاد اقرار تا حدودی که حکایت از وجود حق برای دیگری بزیان مقر بنماید مورد حکم دادگاه قرار میگیرد و منتفع احتیاج باقامهٔ دلیل دیگری بر استحقاق خود ندارد. اینست که ماده «۳۶۵» ق. آئین دادرسی مدنی میگوید: «هرگاه کسی اقرار بامری نماید که دلیل حقانیت طرف است خواستن دلیل دیگری برای ثبوت آن حق لازم نیست». زیرا اقرار خود کاملترین دلیل اثبات حق است و با اثبات امر بر دادگاه رسیدگی بادلهٔ دیگر مدعی، چنانچه ابراز شده است زائد میباشد.

۲- انکار بعد از اقرار.

بنابر صریح قسمت اول ماده «۱۲۷۷» ق. م: «انکار بعد از اقرار مسموع نیست ...»

انکار، بر خلاف اقرار است و آن اخبار به نبودن حق برای غیر بزیان خود میباشد. و چنانکه گذشت شخص عاقل و رشیدی که با توجه بآثار مهمه اقرار از وجود حقی برای غیر بزیان خود خبر میدهد باید بر آن بود که حق مزبور در واقع موجود است و الا هیچ زمان

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۲

عاقل با داشتن آزادی مبادرت ببیان آن نمینمود. احتمال آنکه ممکن است مقر دارای قصد نبوده و یا با طرف خود شوخی کرده و یا بطور مثال و یا استهزاء بیان نموده است مادام که این امور ثابت نشود نمیتوان عقلا باین احتمالات ترتیب اثر داد، زیرا ظاهر آنست که مقر در گفتار خود دارای اراده بوده و قصد دیگری هم نداشته است. بنابراین پس از اقرار بصرف انکار (ادعاء نبودن حقی برای غیر بزیان خود) چنانکه کسی پس از اقرار بمدیونیت خود بمدعی بگوید: مدیون نیستم، نمیتوان دست از اقرار برداشت و انکار او را پذیرفت، زیرا گاه حس خود خواهی او را وادار مینماید که بنفع خود عمل کند و آن را انکار مینماید.

۳- اثبات بی‌اعتباری اقرار.

اشاره

اقرار در صورتی که دارای تمامی شرائط اساسی خود باشد کاشف از وجود حق برای غیر بزیان مقر خواهد بود. هرگاه اقرار یکی از آن شرائط را فاقد و یا مبتنی بر غلط و یا اشتباه باشد و یا آنکه مقر عذر قابل قبول داشته باشد نمیتواند کاشف از حقیقت قرار گیرد، زیرا اعتبار اقرار از نظر آنست که وجود امری را در حقیقت مینمایاند و هرگاه بوسیلهٔ ثابت گردد که حقیقت خلاف آن است که

اقرار آن را نشان میدهد، اقرار دیگر کاشف نخواهد بود و بلا اثر است ولی مادام که خلاف آن اثبات نگردد نمیتوان آن را معتبر ندانست. بنابراین باید بر آن بود که مقر بتواند بی‌اعتباری اقرار خود را اثبات نماید و شانهٔ خود را از بار سنگین آن آسوده گرداند. اینست که قسمت دوم مادهٔ «۱۲۷۷» ق. م میگوید: «... اگر مقر ادعا کند که اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده میشود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد مثل اینکه بگوید اقرار بگرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده لیکن دعاوی مذکوره مادامی که اثبات نشده مضر باقرار نیست». بنابراین چنانچه مقر یکی از موارد زیر را ثابت نماید اقرار اعتبار خود را از دست میدهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۳

۱– فاسد بودن اقرار–

اقرار در صورتی فاسد است که اقرار یا مقر یا مقر له یا مقر به دارای یکی از شرائط اساسی صحت مذکوره در فصل اول نباشد.

۲– مبنی بر اشتباه بودن اقرار–

اشاره

اشتباه عبارت از تصور خلاف واقع میباشد.

اشتباهی که ممکن است شخص بنماید و در اثر آن بر خلاف حقیقت اقرار بزیان خود کند بر دو نوع است موضوعی و حکمی:

الف– اشتباه موضوعی–

و آن در موردی است که مقر امری را خلاف واقع تصور کند و باعتبار آن اقرار بحقی برای غیر بنماید. مثلا کسی بر دیگری اقامه دعوی کند و مبلغی را باستناد سندی مطالبه نماید. بدین شرح که چون مورث خوانده طرف معامله با او بوده و مبلغ مزبور را باو مدیون بوده و فوت کرده است و خوانده وارث منحصر و ترکه را تصرف نموده است مدیون او میباشد. خوانده با توجه بسند ابرازی اقرار بدین خود نماید، سپس در اسناد مورث مفاصا حسابی بتاریخ مؤخر از سند بامضاء خواهان بیابد که مطالبات خواهان را پدرش تصفیه و باو پرداخته است. در این صورت خوانده میتواند ادعا کند که اقرار او باستناد سند ابرازی خواهان بوده و اطلاع از مفاصا حساب و پرداخت دیون او نداشته است و اقرار بمدیونیت خود نموده است، دادگاه دعوی مزبور را می‌پذیرد–

ب– اشتباه حکمی–

و آن در موردیست که مقر حکم قانونی قضیه را نداند و بر خلاف واقع تصور کند و باعتبار آن اقرار بحقی برای غیر نماید. مثلا چنانچه کسی از متوفی طلبکار باشد و از عموی او که وارث منحصر میدانسته آن را مطالبه کند، عموی پدری بتصور آنکه در ارث مقدم بر پسر عموی منحصر پدر مادری میباشد، در سندی اقرار بدین خود بنماید و پس از اطلاع بر مقدم بودن پسر عمو دعوی بر بطلان سند کند باستناد آنکه اقرارش در سند مبنی بر اشتباه بوده است چنین دعوائی پذیرفته میشود. زیرا اعتبار اقرار از نظر کاشفیت از وجود حق بزیان مقر در واقع و حقیقت میباشد، ولی پس از اثبات اشتباه ثابت میگردد که حقی در واقع بزیان مقر موجود نیست و مقر در اخبار

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۴

خود کاذب بوده است بر خلاف آنچه در قانون مدنی فرانسه میباشد چنانکه در ذیل ماده «۱۳۵۶» ق. م. فرانسه تصریح شده است که

نمیتوان اقرار را برهم زد باستناد آنکه اقرار ناشی از اشتباه حکمی بوده است.

۳- مبتنی بر غلط بودن اقرار-

و آن در موردیست که مقر دارای قصد اخبار نباشد و بدواعی خاصی الفاظی که حکایت از اقرار مینموده بیان کرده است مانند آنکه کسی بعنوان مثال عبارتی که معنی آن اخبار بحق برای غیر میباشد بگوید و یا در مقام استهزاء آن را اداء نماید. مورد مزبور اگر چه از اقسام فساد اقرار بشمار میرود ولی بنظر میرسد که قانون یا خواسته است بکلمه (غلط) آن را بیان کند و یا آنکه کلمه مزبور تأکید اشتباه است.

۴- عذر موجه-

و آن در موردیست که مقر بجهات خارج، اقرار بامری بنماید که در حقیقت آن امر موجود نبوده است، مانند آنکه کسی اقرار بگرفتن مبلغی وجه از دیگری بنماید و حال آنکه در حقیقت سند یا حواله یا برات یا چک یافته طلب بآن مبلغ طرف باو داده است، و آن هم وصول نشده باشد. مقر در فرض بالاـ باعتبار گرفتن آن برگها که تصور وصول وجه آنها را مینموده بر خلاف واقع اقرار بوصول وجه کرده است. همچنین هرگاه مقر مختار نبوده و از روی اکراه اقرار کرده باشد و یا آنکه بجهتی دروغ گفته باشد مانند آنکه کسی که بر علیه او طلبکار اجرائیه صادر کرده و اموال و اثاثهٔ منزلش در مقابل آن بازداشت شده است بر خلاف واقع ادعاء زنش را بآنکه آن اموال و اثاثه جهیزیه او است تصدیق نماید.

بهر یک از جهات مذکور در بالاـ در صورتی که مقر در دادگاه ادعا کند که اقرار او بر خلاف واقع بعمل آمده است، مادام که دعوی مستند باقرار اعتبار قضیهٔ محکوم بها را پیدا نکرده است میتواند آن را اثبات نماید و مادام که ادعاء او اثبات نشده است، باقرار زیانی وارد نمیشود و دارای اعتبار قانونی است.

اثبات بی‌اعتباری اقرار در دادگاه بوسیله هر دلیلی ممکن خواهد بود. بنابراین

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۵

بدستور ماده «۱۲۷۶» ق. م میگوید: «اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود آن اقرار اثری نخواهد داشت».

۴- حدود اعتبار اقرار.

اشاره

طبق ماده «۱۲۷۸» ق. م: «اقرار هر کس فقط نسبت بخود آن شخص و قائم مقام او نافذ است و در حق دیگری نافذ نیست، مگر در مواردی که قانون آن را ملزم قرار داده باشد».

از نظر تحلیلی در قاعدهٔ اقرار العقلاء گذشت که اقرار بزیان کسی که اقرار نموده معتبر میباشد و او ملتزم بتمامی عواقبی خواهد بود که بر آن مترتب میشود. بنابراین آثار اقرار بقائم مقام قانونی که وارث، منتقل الیه و طلبکار باشند نیز سرایت مینماید چنانکه در شرح ماده «۲۱۹» ق. م راجع بلازم الاتباع بودن عقود نسبت بمتعاملین و قائم مقام آنها در جلد اول این کتاب گذشت.

بطوری که ماده «۱۲۷۸» ق. م تصریح مینماید آثار اقرار نسبت باشخاص ثالث سرایت نمینماید مگر در مواردی که قانون آن را ملزم قرار داده باشد. آنچه از نظر گذشت موردی در قانون دیده نشد که قانون صریحاً بطور کلی اقرار کسی را نسبت بغیر نافذ بداند.

اما از نظر تحلیل عقلی اقرار در حدود قاعدهٔ «من ملک شیئا ملک الاقرار به» نسبت باشخاص ثالث نافذ میباشد مانند اقرار وکیل

نسبت بموکل در امری که اختیار انجام آن را داشته است و اقرار نمایندگان دیگر از حاکم، ولی و قیم نسبت بمولی علیه در اموری که اختیار انجام آن را قانون بآنها داده است.

شرح قاعده

معنی تحت اللفظی قاعدهٔ مزبور آنست که هر کس مالک چیزی میباشد مالک اقرار بآن نیز هست. منظور آنست که هر کس حق انجام امری را دارد اقرار او نسبت بآن امر معتبر میباشد. این قاعده با آنکه مستند بروایتی نیست مورد عمل تمامی فقهاء قرار گرفته است ولی در تمامی موارد یکسان عمل ننموده‌اند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۶

دائرهٔ قاعدهٔ من ملک وسیعتر از قاعدهٔ اقرار العقلاء میباشد، زیرا قاعدهٔ من ملک شامل اقرار صغیر ممیز نسبت باعمالی که میتواند انجام دهد، و اقرار اشخاص ثالث مانند ولی، قیم، وکیل و حاکم در حدودی که اختیار انجام آن را دارند نیز میشود. بنابراین مستند قاعدهٔ مزبور چنانکه بعضی تصور نموده‌اند، نبوی مشهور اقرار العقلاء نمیباشد و آنچه از گفتار بسیاری از فقهاء امامیه فهمیده میشود آنست که هر کس سابقاً حق انجام امری را داشته است و اکنون نیز میتواند آن را انجام دهد، چنانچه اقرار بانجام آن امر بنماید اقرار او معتبر است، زیرا در صورتی که انجام نداده باشد، میتواند همان زمان بجای آنکه اقرار کند انجام دهد، بنابراین احتمال کذب او نمیرود، ولی شامل موردی که در سابق حق انجام را داشته و فعلا فاقد آن حق شده است نمیشود. مثلا هرگاه وکیلی که از وکالت عزل گردیده و یا ولیی که ولایت او سپری شده است اقرار نمایند که در دوران وکالت یا ولایت فلان امری را که میتوانستند انجام دهند انجام داده‌اند پذیرفته نمیشود، زیرا در حال اقرار اختیار انجام آن را ندارند و احتمال کذب آنها میرود. بنابراین قاعدهٔ من ملک مانند قاعدهٔ اقرار العقلاء قاعده عقلی است. بعض از فقهاء دائرهٔ قاعدهٔ من ملک را توسعه داده‌اند و اقرار را پس از زوال اختیار از مقر، نیز پذیرفته‌اند، چنانکه فخر الدین در ایضاح در مسأله اختلاف بین ولی و مولی علیه پس از رشد او، قول ولی را ترجیح داده است و گفته اقوی آنست که هر کس عملش دیگری را ملتزم مینماید، اقرارش بانجام آن نیز نسبت بشخص مزبور پذیرفته میشود. بنظر میرسد که اقرار ولی یا قیم در اموری که مربوط باعمالش نباشد معتبر نخواهد بود، مثلا چنانکه کسی بدعوی طلبی از مورث مولی علیه دادخواستی بطرفیت ولی یا قیم او بدادگاه بدهد و ولی یا قیم اقرار بآن ننماید اقرار بآن معتبر نمیباشد، زیرا قاعدهٔ عقلی من ملک شامل آن نمیگردد و دلیل دیگری هم بر اعتبار آن موجود نیست.

نکته‌ای که باید توجه داشت ایراد بکلمهٔ اقرار در قاعدهٔ من ملک میباشد، بدین بیان که معنی اقرار اخبار بحقی است برای غیر بر ضرر خود و در مورد قاعدهٔ من ملک

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۷

اقرار در معنی اخبار بحق برای غیر بضرر شخص ثالث است و استعمال کلمهٔ اقرار بر خلاف اصطلاح میباشد. توجیهی که برای رد ایراد مزبور شده اینست که نماینده از ولی و قیم و حاکم و وکیل در اعمالی که بنمایندگی از مولی علیه و موکل انجام میدهند، مانند اعمالی است که خود آنها بجای آورند، پس اخبار بانجام آن مانند اخباریست که موکل و مولی علیه کرده و فعل نائب مانند فعل منوب عنه و گفتارش مانند گفتار اوست. شرح قاعدهٔ من ملک را شیخ انصاری در رساله جداگانه بیان نموده که برای تفصیل بآن مراجعه شود.

۵- غیر قابل تجزیه بودن اقرار.

اشاره

منظور از غیر قابل تجزیه بودن اقرار آنست که اقرار پیکر واحدی است که مقر له نمیتواند قسمتی از اقرار مقر را بپذیرد و قسمت دیگر آن را بدون دلیل رد کند. توضیح این امر محتاج بیان اقسام اقرار باعتبار مقر به است که ذیلا بیان میشود.
مقر به و یا موضوع اقرار از نظر تحلیلی به سه قسم است:

۱- اقرار ساده-

و آن تصدیق بحق مدعی است همانگونه که ادعا نموده است مانند آنکه کسی از دیگری باستناد سند عادی مطالبهٔ صد هزار ریال با سود صدی دوازده در سال از تاریخ فروردین ماه ۱۳۳۵ از دیگری بنماید و خوانده در پاسخ بگوید آن را مدیونم و یا تصدیق میکنم. مقر بدون هیچ قیدی و وصفی ادعای خواهان را پذیرفته و اقرار بدین خود نموده است. باین اعتبار اقرار مزبور را در حقوق فرانسه اقرار ساده نامیده‌اند و آن بر علیه مقر معتبر میباشد و طبق آن دادرس رأی صادر مینمایند.

۲- اقرار مقید-

و آن تصدیق بموضوع ادعای مدعی است با قید و یا وصفی که طبیعت ادعاء را تغییر میدهد. کمتر در دعوی اتفاق می‌افتد که طرف بدون تغییر موضوع ادعاء مدعی را بپذیرد، بلکه اغلب طبیعت آن را بوسیلهٔ وصف و یا قیدی تغییر و یا تقلیل میدهد و بصورت دیگری در می‌آورد که آثار موضوع ادعاء را نخواهد داشت.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۸
بدستور ماده «۱۲۸۲» ق. م: «اگر موضوع اقرار در محکمه مقید بقید یا وصفی باشد مقر له نمیتواند آن را تجزیه کرده و از قسمتی از آن که بنفع اوست بر ضرر مقر استفاده نماید و از جزء دیگر آن صرفنظر کند».
در حقوق فرانسه اقرار مزبور باقرار موصوف موسوم است. انتخاب نام اقرار مقید از نظر عبارت مادهٔ بالا میباشد و دائرهٔ آن اعم از اقرار موصوف است.
بنظر میرسد که اقرار در خارج از دادگاه نیز مانند اقرار در دادگاه دارای اقسام مختلفی میباشد و اختصاص باقرار در دادگاه ندارد، زیرا عدم قابلیت تجزیه اقرار مقید، از نظر طبیعت اقرار مزبور است و ارزش اعتبار اقرار در دادگاه و برتری آن بر اقرار خارج از دادگاه، از نظر مقام رسمی دادگاه است، و الا هرگاه اقرار مقید خارج از دادگاه بدستور ماده «۱۲۷۹» ق. م در دادگاه ثابت گردید نیز غیر قابل تجزیه است.
مثال- اقرار مقید- چنانکه کسی بر دیگری اقامه دعوی کند و مطالبه یکصد و بیست هزار ریال بنماید بدین شرح که خوانده یکصد هزار ریال قرض نموده که پس از دو ماه با ربح صدی دوازده بدهد و یکصد هزار ریال خواسته بابت اصل و بیست هزار ریال آن بابت سود دوماهه است. خوانده در مقابل اقرار بنماید که یکصد هزار ریال بدون سود قرض نموده است. اقرار مزبور اخبار بحق برای خواهان است ولی بطور ساده اقرار بدعوی او ننموده است، بلکه ادعای خواهان دین خوانده یکصد هزار ریال مقید بربح صدی دوازده است و اقرار خوانده بدین خود بیکصد هزار ریال بدون ربح میباشد. خواهان نمیتواند اقرار مزبور را تفکیک نماید و اقرار خوانده را نسبت باصل بدهی بپذیرد و مجانی بودن آن را قبول نکند.
بنابراین خواهان میتواند یا اقرار خوانده را بهمان نحو قبول و درخواست حکم نسبت بمورد اقرار که یکصد هزار ریال است بنماید، و یا از آن استفاده ننمایند و دلیل دیگری برای دعوی خود ابراز دارد، زیرا قید و مقید پیکر واحدی هستند. بعبارت دیگر آنچه مورد اقرار خوانده قرار گرفته است یکصد هزار ریال قرض مجانی میباشد
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۵۹

که مقر اراده نموده و اخبار از آن بنفع خواهان بر ضرر خود کرده است نه یکصد هزار ریال لا- بشرط که بتواند خواهان نسبت بمدیونیت خوانده بیکصد هزار ریال از اقرار او استفاده کند و برای مدیونیت بیست هزار ریال سود، دلیل دیگری بیاورد. خلاصه آنکه اعتبار اقرار بر علیه مقر از نظر ارادهٔ اخباری است که قانون در حدود قاعده اقرار العقلاء معتبر شناخته است و آن اقرار مقید میباشد.

مثال- اقرار موصوف- چنانکه کسی بر دیگری اقامه دعوی نماید و از او یکصد هزار ریال مطالبه کند بدین شرح که خوانده آن را در دو ماه قبل، از او قرض نموده که بپردازد و خوانده اقرار نماید که یکصد هزار ریال بعنوان هبه باو داده است.

موضوع اقرار خوانده امر موصوف بوصف خاصی است یعنی یکصد هزار ریال موهوب و آن غیر از امر موصوف بوصف خاصی است که مورد ادعاء است، یعنی یکصد هزار ریال قرض همچنانی که غیر از امر مطلق بدون وصف میباشد. بنابراین نمیتواند موضوع اقرار را گرفتن یکصد هزار ریال دانست و وصف هبه بودن را رها نمود، زیرا موضوع اقرار که مقر اراده اخباری بآن نموده، امر موصوف است که ذات موصوف بوصف پیکر واحدی را تشکیل داده‌اند و نمیتوان ذات موصوف را از وصف تفکیک نمود و ذات موصوف را پذیرفت و وصف را رها کرد، زیرا ذات موصوف را از وصف تفکیک نمود و ذات موصوف را پذیرفت و وصف را رها کرد، زیرا ذات موصوف بدون وصف مورد اقرار مقر قرار نگرفته است، لذا باید خواهان اقرار خوانده را بهمان نحو قبول کند و یا برای ادعای خود دلیل دیگری ابراز دارد، لذا خواهان میتواند بماده «۲۶۵» ق. م که میگوید: «هر کس مالی بدیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است ...» استناد جوید و از مقر بخواهد که هبه بودن مورد اقرار را ثابت کند، زیرا ماده در موردیست که گرفتن یکصد هزار ریال بطور مطلق بوسیله یکی از ادله ثابت شود، مانند نوشتهٔ که حاکی از رسید وجه می‌باشد و خواهان ادعاء می‌نماید که بابت قرضی بوده که خوانده از او نموده است و خوانده مدعی گردد که باو هبه شده است، در این صورت چنانچه خوانده نتواند هبه بودن یکصد هزار ریال را ثابت نماید، دادگاه خوانده را محکوم

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۰

برد آن مینماید.

تبصره- منظور مادهٔ «۱۲۸۲» ق. م آنست که مقر له نمیتواند بدون دلیل اقرار مقید بقید یا وصف را تجزیه و از قسمتی که بنفع اوست بر زیان مقر استفاده نموده و از قسمت دیگر صرفنظر نماید و الا هرگاه مقر له بوسیلهٔ دلیلی عدم صحت قسمت دیگر را که بر زیان اوست اثبات نماید اقرار تجزیه میشود، همچنانی که هرگاه بر دادرس با توجه بگفتار مقر و ادله و یا اوضاع و احوال قضیه، عدم صحت قسمتی از اقرار مقید که بر زیان مقر له است محرز گردید میتواند اقرار را تجزیه کند، مقر نیز میتواند آن قسمت از اقرار مقید را که بزیان مقر له است تکذیب بنماید و اقرار خود را تجزیه کند و این امر انکار بعد از اقرار محسوب نمیشود.

۳- اقرار مرکب-

اشاره

و آن اقراریست که دارای دو جزء میباشد که یکی پیوست بدیگری است و در یک جمله قرار گرفته‌اند. یعنی بین دو جزء آن فاصله نمیباشد که عرفاً دو امر جداگانه بشمار رود و الا اقرار مرکب نخواهد بود بلکه دو امر جداگانه‌ایست که قسمت اول، اقراریست که خاتمه یافته و قسمت دوم، اقرار یا ادعائی است که محتاج باثبات است.

مثال اقرار مرکب- کسی بر دیگری اقامه دعوی می‌کند و یکصد هزار ریال مطالبه مینماید، بدین شرح که خوانده یکصد هزار ریال از او بعنوان قرض دریافت داشته است و باید بپردازد. خوانده در پاسخ او اقرار می‌کند که مبلغ مزبور را دریافت نموده و بعداً باو رد کرده است. سؤالی پیش می‌آید که آیا اقرار خواهان غیر قابل تجزیه است و باید گفتار خوانده تماماً پذیرفته شود؟ (یعنی بر آن بود

که خوانـده مبلغ یکصـد هزار ریال را گرفته و رد نموده است، زیرا از گفتار، زمانی میتوان مقصود گوینـده را دانست که عرفاً گفتار تمام شده باشد. بعبارت دیگر جمله مادام که تمام نشود معنی آن معلوم نیست) یا آنکه به پیشنهاد خواهان اقرار خوانده تجزیه بشود، یعنی قسمتی از آن که اقرار باخذ یکصد هزار ریال است پذیرفته گردد و قسمت دیگر که دعوی رد آن باشد

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۱

پذیرفته نشود و خوانده چنانچه بخواهد از آن استفاده نماید باید بوسیلهٔ ابراز دلیل آن را اثبات کند، زیرا گفتهٔ خوانده از نظر تحلیلی دو قسـمت میباشـد: یکی گرفتن یکصـد هزار ریـال و دیگری رد آن بدهنـده و آن دو موضوع مختلف است. از نظر تحلیلی بـا توجه بفروض اقرار مرکب مواجه بـا دو نوع مختلف میگردیم که هر یک دارای وضـعیت خاص و حکم مخصوصـی میباشـد که ذیلا بیان میگردد:

یک- اقرار مرکب مرتبط-

اشاره

و آن در موردیست که موضوع اقرار از دو یا چنـد جزء مرتبط بیکـدیگر تشـکیل شده باشد که هرگاه جزء اول نبود جزء دوم و سوم موجود نمیشد.

اقرار مرتبط بر دو قسم است:

الف- اقرار مرتبطی که جزء دوم با جزء اول تنافی دارد.ماننـد آنکه کسـی بر دیگری اقامه دعوی کنـد که خوانده یکصد هزار ریال باو مدیونست و آن را مطالبه نماید.

خوانـده در پاسـخ اقرار کنـد که مـدیون میباشـد و بـاو مسترد داشـته است. گفتار خوانـده دارای دو جزء مختلف است که اولی اقرار بمدیونیت فعلی خود و دومی ادعای رد آن که منافات با مدیون بودن فعلی او دارد.

از نظر تحلیلی خواهان میتوانـد بسادگی آن دو را تفکیک نماید و قسـمت اول اقرار را بپذیرد و قسـمت دوم را رد کند، زیرا قسـمت دوم در حکم انکـار پس از اقرار است و آن مسـموع نمیباشـد، مگر آنکه خوانـده قسـمت دوم را ثابت نمایـد تا معلوم شود منظور او اقرار بدین فعلی نبوده است بلکه مقصود مدیونیت سابق خود بوده که پرداخت کرده است.

ب- اقرار مرتبطی که جزء دوم منافاتی با جزء اول ندارد، مانند آنکه کسی بر- دیگری اقامهٔ دعوی کند و ادعا نماید که یکصد هزار ریال شش ماه قبل باو قرض داده و از او آن را بخواهد و خوانده اقرار کند که آن مبلغ را از او قرض نموده بوده و پس از یک ماه و سپس آن را باو تأدیه کرده است. گفتار خوانده دارای دو جزء مرتبط بیکدیگر است. یکی گرفتن

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۲

پول بعنوان قرض و دیگری تـأدیه آن که بـا قسـمت اول منافات نـدارد. از نظر تحلیلی میتوان آن دو را از یکـدیگر تفکیـک نمود و خواهـان جزء اول را (که از طرف خوانـده اقرار بحق برای غیر بزیـان خود است) بپـذیرد و جزء دوم را که ادعا می‌باشـد درخواسـت دلیل از خوانـده بنماید. ماده «۱۲۸۳» ق. م میگویـد: «اگر اقرار دارای دو جزء مختلف الاـثر باشـد که ارتباط تامی با یکـدیگر داشـته باشند مثل اینکه مدعی علیه اقرار باخذ وجه از مدعی نموده و مدعی رد شود مطابق ماده «۱۳۳۴» اقدام خواهد شد».

ماده «۱۳۳۴» ق. م میگویـد: «در مورد ماده «۱۲۸۳» کسـی که اقرار کرده است میتواند نسبت بآنچه که مورد ادعای او است از طرف مقابل تقاضای قسم کند مگر اینکه مدرک دعوی مدعی سند رسمی یا سندی باشد که اعتبار آن در محکمه محرز شده است».

آنچه از مادهٔ اخیر معلوم میشود آنست که هرگاه خوانـده اقرار باخذ وجه از مدعی نماید و دعوی رد آن کند خوانده برای اثبات رد وجه میتواند از خواهان تقاضای قسم کند، زیرا خوانده در این امر مدعی شناخته میشود و خواهان منکر است. بنابراین چنانچه ادعای

رد وجه را خواهان نپذیرد و خوانده بر ادعاء خود باقی بماند میتواند برای اثبات ادعای خود درخواست قسم از خواهان کند و میتواند دلیل دیگری برای اثبات رد دین خود ابراز دارد.

ماده «۱۳۳۴» ق. م رد دعوی را بوسیلهٔ قسم منحصر بموردی نموده است که ادعاء طلب از طرف خواهان بوسیلهٔ سند رسمی یا سندی که اعتبار آن محرز شده است نباشد و الا بوسیلهٔ قسم نمیتواند آن را اثبات کند، بلکه بوسیلهٔ سند یا اقرار باید باشد بنابراین در قانون ایران، اقرار مرکب مرتبط که جزء دوم منافات با جزء اول ندارد مانند اقرار مرکب مرتبطی که جزء دوم منافات با جزء اول دارد، قابل تجزیه است.

بر خلاف قانون مدنی ایران در حقوق جدید که از آن جمله حقوق مدنی فرانسه است مقر له در اقرار مرکب مرتبطی که جزء دوم منافات با جزء اول ندارد نمیتواند از قسمت اول آن استفاده نموده و قسمت دوم را رد کند و از مقر بخواهد که دلیل برای قسمت

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۳

دوم که مورد ادعاء او است بیاورد، زیرا جمله مادام که تمام نشود اقرار تمام نمیشود و ارادهٔ را که مقر نموده معلوم نمیگردد. بنابراین جملهٔ اقرار با بیان قسمت دوم خاتمه میپذیرد و قصد مقر را میفهماند، بدین جهت ماده «۱۹۲۴» قانون مدنی فرانسه در مورد ودیعه مقرر میدارد که چنانچه خوانده اقرار باخذ ودیعه نماید و مدعی رد آن گردد اقرار او قابل تجزیه نیست و هر دو جزء را خواهان می‌پذیرد و یا رد می کند.

تبصره- اقرار متعاقب باستثناء-

اقرار متعاقب باستثناء نوعی از اقرار مرکب مرتبط میباشد. فقهاء در کتاب اقرار قسمتی را اختصاص باقرار متعاقب باستثناء داده‌اند، که خلاصه آن ذیلا بیان میشود: در صورتی که کسی اقرار بامری نماید و سپس جزئی از آن را استثناء کند، مقر له نمیتواند آن دو را از یکدیگر تفکیک نماید و جزء اول را بپذیرد و استثناء را قبول ننماید، زیرا مستثنی و مستثنی منه یک جمله‌اند و موضوع ارادهٔ واحد بوده‌اند.

این امر در صورتی است که استثناء متصل باشد بطوری که عرف آن را پیکر واحد بداند، بر خلاف آنکه هرگاه استثناء منفصل باشد بطوری که عرف آن را دو امر جداگانه محسوب دارد که از یکدیگری قابل تفکیک است. مثلا هرگاه کسی بر دیگری اقامه دعوی کند و مطالبه یکصد هزار ریال از او بنماید و خوانده در پاسخ بگوید یکصد هزار ریال الا ده هزار ریال مدیونم، مقر له نمیتواند آن دو را تجزیه نماید، زیرا مقر در اقرار خود اخبار بمدیونیت نود هزار ریال نموده که بجمله استثناء بیان کرده است. اما اگر بگوید یکصد هزار ریال مدیونم سپس بگوید بدون ده هزار ریال مدیونم دو امر قابل تفکیک است، زیرا مقر اقرار بمدونیت خود بیکصد هزار ریال نموده است و سپس بوسیلهٔ استثناء منفصل که جملهٔ جداگانه است از مورد اقرار خود کسر کرده است.

در استثناء متصل فرق نمینماید که مستثنی از جنس مستثنی منه باشد مانند مثال بالا یا آنکه از دو جنس باشد مانند آنکه مقر بگوید یکصد هزار ریال الا صد دلار مدیونم در این صورت تسعیر نموده و پس از کسر نمودن آن نسبت بباقی مقر محکوم میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۴

دو- اقرار مرکب غیر مرتبط-

چنانکه از نام آن پیدا است اقرار مرکب غیر مرتبط عبارت از اقراریست که مرکب از دو جزء میباشد که جزء دوم مربوط بجزء اول نیست، بنحوی که هرگاه جزء اول موجود نباشد یا بلا اثر باشد جزء دوم موجود است.

مثلا در مثال بالا که خواهان اقامهٔ دعوی بر دیگری بنماید و یکصد هزار ریال مطالبه می کند چنانکه خوانده در جواب بگوید که

آن مبلغ را مدیون بوده‌ام ولی بوسیلهٔ تهاتر ساقط شده است یعنی یکصد هزار ریال هم من طلبکار شده بودم و آن دو با یکدیگر تهاتر شده‌اند. خواهان میتواند از جزء اول اقرار که مدیونیت خوانده باشد استفاده کند و از خوانده برای ادعاء طلب او که موجب تهاتر شده دلیل بخواهد. در اقرار بالا که خوانده مدعی تهاتر شده اگر چه تحقق تهاتر منوط بوجود طلب او از خواهان است، ولی بر فرض که خواهان طلبی هم نداشت طلب خوانده موجود میبود و از این جهت آن دو طلب بیکدیگر مرتبط نیستند و دو امر جداگانه میباشند و خواهان میتواند تفکیک کرده اقرار او را بمدیونیت بپذیرد و طلب او را منکر شود در این صورت خوانده هرگاه بخواهد از تهاتر استفاده کند باید بر طلب سابق خود دلیل اقامه نماید.

۶– قابل توکیل بودن اقرار.

هر امری که مباشرت شخص در انجام آن منظور قانون نباشد آن شخص میتواند بوسیلهٔ دیگری آن امر را انجام دهد. اقرار از اموریست که مباشرت شخص را قانون در آن لازم نمیداند، بنابراین میتواند کسی بدیگری وکالت دهد که بزیان او بنفع دیگری اقرار نماید. ماده «۶۲» آئین دادرسی مدنی صریحاً اجازه داده است که میتواند کسی بدیگری وکالت در اقرار بدهد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۵

کتاب دوم– در اسناد

کلیات

تعریف– سند در لغت بچیزی گفته میشود که بآن اعتماد مینمایند و در اصطلاح چنانکه ماده «۱۲۸۴» ق. م میگوید: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد». منظور از نوشته، خط یا علامتیست که در روی صفحه نمایان باشد خواه از خطوط متداول باشد یا غیر متداول، مانند رمزها و علاماتی که دو یا چند نفر برای روابط بین خود قرار داده‌اند. صفحه‌ای که نوشته بر آن نمایان است فرقی نمینماید که کاغذ یا پارچه باشد یا آنکه چوب، سنگ، آجر، فلز و یا ماده دیگری.
خطی که بر صفحه نمایان است فرقی ندارد که بوسیلهٔ ماده رنگی با دست نوشته شده یا ماشین کپی و یا چاپ شده باشد همچنانی که فرق نمینماید که بر صفحه حک شده باشد یا آنکه بوسیلهٔ آلتی برجستگی بر صفحه ایجاد کرده باشند، برای آنکه در اصطلاح حقوقی بنوشتهٔ سند گفته شود، باید آن نوشته قابلیت آن را داشته باشد که بتواند دلیل در دادرسی قرار گیرد. یعنی بتوان برای اثبات ادعاء در مقام دعوی حق، یا دفاع از دعوی حق، آن را بکار برد، خواه آنکه دعوائی مطرح نشده باشد یا آنکه پیش آمد دعوائی را تنظیم کنندگان احتمال ندهند، مانند قباله نکاح و الا هر نوشته سند محسوب نمیگردد.
سند معمولا در اعمال حقوقی مانند عقود، ایقاعات، از قبیل بیع، اجاره، نکاح،
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۶
طلاق، فسخ و رجوع نوشته میشود و استثنائاً در اعمال مادی و وقایع خارج سند تنظیم میگردد، مانند تولد، وفات که در اسناد سجلی بوسیلهٔ اداره آمار و ثبت احوال ثبت میشود.
اسناد از نظر درجهٔ اعتباری که بآن داده میشود بر دو نوع است: رسمی و عادی مادهٔ «۱۲۸۶» ق. م میگوید: «سند بر دو نوع است: رسمی و عادی» که هر یک در فصل جداگانه‌ای بیان میگردد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۷

فصل اول – اسناد رسمی

مبحث اول – شرائط اسناد رسمی

تعریف

سند رسمی نوشته‌ایست که بوسیلهٔ یکی از مأمورین دولتی در حدود صلاحیت آنها بر طبق مقررات مربوطه تنظیم شود «۱» ماده «۱۲۸۷» قانون مدنی سند رسمی را تعریف کرده و میگوید: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است».

از تعریف سند رسمی که فوقاً بعمل آمد معلوم میگردد قانون برای سند رسمی سه شرط اساسی قائل شده است:

۱- تنظیم سند بوسیله مأمور رسمی.

۲- صلاحیت مأمور در تنظیم سند.

۳- رعایت مقررات مربوطه به تنظیم سند.

تفصیل هر یک از شرایط ذیلا ذکر میشود:

۱- تنظیم سند بوسیلهٔ مأمور رسمی.

سند زمانی رسمی میباشد که بوسیلهٔ مأمور رسمی در مدت مأموریت او تنظیم

---

(۱) اسناد رسمی را میتوان چهار دسته نمود:

۱- اسناد قانونی مانند قانونها و فرمانها. ۲- اسناد اداری مانند دستورهای صادر از ادارات لشکری و کشوری. ۳- اسناد قضائی مانند احکام و قرارهای دادگاهها و صورت مجلس‌ها و غیره. ۴- اسناد تنظیمی در دفاتر ثبت.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۸

گردد. منظور از مأمور رسمی کسی است که از طرف مقامات صلاحیتدار کشور برای تنظیم سند رسمی معین شده باشد، خواه مستخدم دولت باشد یا غیر مستخدم مانند سردفتران اسناد رسمی که وابسته بوزارت دادگستری میباشند (ماده ۳ قانون دفاتر رسمی). بنابراین کسی که باین سمت از طرف مقام صلاحیتدار کشور تعیین نشده و یا از خدمت معاف شده و یا انتظار خدمتش باو ابلاغ گردیده مأمور رسمی شناخته نمیشود و اسنادی را که پس از آن تاریخ تنظیم کند رسمی نمیباشد، اگر چه کسی هم از مأمور رسمی نبودن او آگاه نباشد. بعضی از دادگاههای فرانسه بر آنند که جهل عمومی بآن، عیب سند را جبران مینماید. این نظر مطابق اصول قضائی معمول در ایران نمیباشد و سندی که او تنظیم نماید رسمی محسوب نمیگردد. اطلاع مأمور بمعافیت از خدمت یا انتظار خدمت خود قبل از ابلاغ رسمی آن، موجب سلب صلاحیت او نمیگردد و مأمور رسمی شناخته میشود:

همچنین است هرگاه معلوم شود مأمور رسمی در زمان انجام مأموریت یکی از شرائط استخدام را فاقد بوده است، مانند کسی که سن لازم برای استخدام را دارا نبوده ولی استخدام شده است. بنابراین عملیات چنین مأموری در حدود مأموریتش صحیح است اگر چه بعلت مزبور هم از خدمت معاف شود.

۲- صلاحیت مأمور در تنظیم سند.

اشاره

سند برای آنکه رسمی شناخته شود باید مأموری که سند بوسیلهٔ او تنظیم میگردد صلاحیت تنظیم آن را قانوناً داشته باشد. صلاحیت مأمور رسمی بر دو قسم است: ذاتی و نسبی.

صلاحیت ذاتی مأمور

و آن صلاحیت مأمور است در نوع امری که باو محول گردیده مثلا مأموری که برای ثبت دفتر املاک معین شده، آن مأمور فقط برای انجام آن امر صلاحیت دارد و برای انجام امور دیگر مانند ثبت سند در دفتر اسناد رسمی یا تنظیم سجل احوال یا دادرسی صلاحیت نخواهد داشت.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۶۹

صلاحیت نسبی مأمور-

و آن عبارت از حدود اختیارات مأمور است نسبت بامری که از طرف مقام صلاحیتدار باو محول گردیده، خواه از حیث قلمرو مکان یا زمان باشد و خواه از حیث وضعیت حقوقی اشخاصی که سند برای آنان تنظیم میگردد. مثلا کسی که از طرف اداره آمار و ثبت احوال مأموریت ثبت متوفیات بیگانگان حوزه تهران را دارا میباشد، صلاحیت ندارد که در خارج از تهران به ثبت متوفیات بیگانگان بپردازد یا در حوزهٔ تهران متوفیات اتباع ایران را ثبت کند، و الا اینگونه اسناد خارج از صلاحیت نسبی مأمور صادر شده است و رسمی محسوب نمیگردد.

۳- رعایت مقررات قانونی در تنظیم سند.

اشاره

سند برای آنکه رسمی محسوب شود کافی نیست که بوسیله مأمور رسمی در حدود صلاحیتی را که قانوناً دارا است تنظیم گردد، بلکه علاوه بر آن باید تشریفاتی که قانون در تنظیم سند لازم میداند نیز رعایت شده باشد. تشریفات مزبور برای هر نوعی از اسناد رسمی بوسیلهٔ قوانین مربوطه بآن مقرر شده است.

تشریفاتی که رعایت آن در تنظیم اسناد رسمی لازم است-

اشاره

این تشریفات بر دو قسم میباشد:

الف- تشریفاتی که عدم رعایت آن سند را از رسمیت نمیاندازد

تمبر ننمودن اسناد چنانکه ماده «۱۲۹۴» قانون مدنی تصریح نموده است سند را از رسمیت نمیاندازد.

ماده «۱۲۹۴» ق. م: «عدم رعایت مقررات راجع بحق تمبر که باسناد تعلق میگیرد سند را از رسمیت خارج نمیکند». بنظر میرسد که هر امری که قانون رعایت آن را در تنظیم سند لازم بداند چنانچه عدم تأثیر آن در رسمیت سند بوسیلهٔ قانون مسلم نگردد، باید رعایت آن را مؤثر دانست زیرا اطلاق ماده «۱۲۸۷» ق. م که میگوید: «...

بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است». ایجاب می‌نماید که هر امری را قانون یا آئین‌نامهٔ که بدستور قانون نوشته شده باشد مقرر دارد، از تشریفاتی است که شرط

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۰

رسمیت سند میباشد و عدم رعایت آن مانع از رسمیت سند خواهد بود.

صرفنظر نمودن از اطلاق ماده «۱۲۸۷» ق. م و تشخیص درجه تأثیر تشریفات قانونی در سند بوسیلهٔ فلسفه وضع قوانین (که گفته شود: آنچه عدم رعایتش زیان بمتعاملین وارد می‌آورد در رسمیت سند معتبر است و تشریفات دیگری فقط تخلف سر دفتر از قانون بشمار می‌آید) دور از روش قضائی است، زیرا بسیاری از تشریفات لازمه در تنظیم سند برای جلوگیری از بی‌ترتیبی در تنظیم اسناد و دادن اعتبار رسمی بآن اسناد میباشد.

ب- تشریفاتی که عدم رعایت آن سند را از رسمیت می‌اندازد

چنانکه گذشت هرگاه در تنظیم سند تمام تشریفاتی را که قانون و یا آئین‌نامهٔ که بدستور قانون تهیه شده در تنظیم سند لازم بداند: رعایت شود سند رسمی محسوب میشود، مگر آنکه قانون صریحاً متذکر شود که عدم رعایت یکی از تشریفات معینه سند را از رسمیت نمیاندازد مانند مقررات راجع بتمبر مذکور در ماده «۱۲۹۴» ق. م.

بنابر آنچه ذکر گردید، سند وقتی رسمی شناخته میشود که شرائط سه‌گانه مذکوره در فوق را دارا باشد و هرگاه سند بوسیله غیر مأمور رسمی تنظیم گردد و یا بوسیله یکی از مأمورین رسمی تنظیم شود که صلاحیت تنظیم آن سند را نداشته باشد و یا یکی از تشریفات مقرر قانونی در تنظیم سند رعایت نشده باشد، سند مزبور در صورتی که دارای امضاء یا مهر طرف باشد سند عادی شناخته میشود و آثار مترتبه بر آن را دارا خواهد بود.

(مادهٔ ۱۲۹۳ ق. م)

سندی که در ظاهر دارای شرایط اساسی قانونی میباشد رسمی فرض میگردد تا آنکه ثابت شود که یکی از شرائط اساسی را فاقد است، ادعاء مزبور بوسیله هر نوع دلیلی قابل اثبات میباشد.

مبحث دوم- در آثار اسناد رسمی

اشاره

قانون در مقابل رعایت مقرراتی که در تنظیم اسناد رسمی لازم دانسته اعتبار

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۱

مخصوصی بآن اسناد داده است که اسناد عادی فاقد آن میباشد، زیرا اسناد مزبور بوسیله مأمورین رسمی که مسئولیت در مقابل قانون دارند با رعایت تشریفات مخصوصی تنظیم میشود و شایسته است که اعتماد عمومی نسبت بعملیات آنان جلب شود و قانون، عملیات آنها را صحیح فرض نماید تا بتواند نظم اجتماعی را در کشور تأمین کند. بنابراین اسنادی که بوسیله مأمورین رسمی در حدود مقررات قانونی تنظیم شده است مادام که خلاف آن ثابت نگردد معتبر شناخته میشود.

اعتبار اسناد رسمی در پنج قسمت بیان میگردد:

قسمت اول- اعتبار محتویات سند رسمی

محتویات سند عبارات و امضاهائی میباشد که در سند نوشته شده است. طبق ماده «۷۰» اصلاحی قانون ثبت: «سندی که مطابق قوانین

بثبت رسیده رسمی است، تمام محتویات و امضاءهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود، مگر آنکه مجعولیت آن سند ثابت شود ...»
منظور از اعتبار محتویات سند رسمی، فرض صحت انتساب عبارات و امضاهای موجود در سند است از اشخاصی که بآنها نسبت داده شده است. بنابراین چنانکه کسی برای اثبات ادعای خود نسبت بدیگری در دادگاه بسند رسمی استناد نماید، طرف نمیتواند در انتساب عبارات مندرجه در آن سند و همچنین امضاهائی که در آن باشخاص معینی نسبت داده شده تردید و یا تکذیب نماید، خواه اشخاص مزبور از مأمورین رسمی باشند یا متعاملین، لذا هرگاه طرف ادعا کند که امضاء از ناحیه او صادر نشده و یا آنکه جمله مندرجه در سند بکسی که نسبت داده شده از گفتار او نیست و یا آنکه نخوانده سند را امضاء نموده است مسموع نخواهد بود، مگر آنکه نسبت بآن دعوی جعلیت نماید و دلیلی بر اظهارات خود ابراز کند، زیرا رعایت تشریفاتی که قانون در تنظیم
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۲
سند رسمی لازم دانسته، موجب فرض صدور و انتساب محتویات و امضاهای در سند باشخاصی است که بآنها نسبت داده شده است تا آنکه خلاف آن ثابت گردد. مادهٔ «۱۲۹۲» ق. م: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف میتواند ادعای جعلیت نسبت باسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور بجهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است».
بنابر آنچه گفته شد هرگاه سند رسمی در دعوائی ابراز و استناد گردد، بدون رسیدگی بصحت صدور، محتویات آن معتبر میباشد و احتیاجی باقامهٔ دلیل از ناحیهٔ ابرازکننده بر صحت انتساب و صدور محتویات آن نخواهد بود، بخلاف سند عادی که نمیتوان آن را معتبر دانست مگر آنکه دلیل بر انتساب و صدور محتویات آن از ناحیهٔ استنادکننده ابراز گردد بدین جهت است که طرف میتواند در مقام دفاع بتکذیب یا تردید اکتفا نماید.

قسمت دوم- اعتبار مندرجات سند رسمی

اشاره

مندرجات سند مفاد عباراتی میباشد که در سند قید شده است. بعبارت دیگر مندرجات سند از امور معنویست بخلاف محتویات که از امور مادی میباشد.
اختلاف راجع بسند رسمی منحصر بصحت انتساب محتویات سند نمیباشد بلکه ممکن است پس از ابراز سند رسمی از ناحیه کسی در دادگاه، طرف او با تسلیم بصحت انتساب محتویات سند بخود، منکر تحقق و واقعیت مندرجات آن گردد، چنانکه مدعی شود عبارات و اظهاراتی که نسبت بمأمور رسمی و یا اشخاص دیگر داده شده از آنها صادر گردیده است، ولی بر خلاف واقع میباشد و دلیل هم بر گفتهٔ خود اقامه نماید. آیا دعوی مزبور قابل رسیدگی است؟
برای پاسخ بپرسش فوق قبلا باید وضعیت مندرجات سند رسمی تشریح گردد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۳
مندرجات سند رسمی بر دو قسم است:

۱- اعلامیات مأمور رسمی.

اشاره

و آن قسمتی از مندرجات سند است که مأمور رسمی از مشهودات و محسوسات خود اعلام داشته است.

اعتبـار اعلامیـات مـأمور رسـمی از نظر انتصاب او بوسیلهٔ هیئت حاکمه و مسئولیت شدیـدی میباشـد که در انجام مأموریت خود در مقابل قانون دارد. و این امر موجب شده است قانون فرض صحت عملیات او را در حدود وظائف محوله قانونی بنماید. تا آنکه بدین وسیله قوه حـاکمه بتوانـد نظم اجتمـاعی را برقرار سـازد. اینست که گزارش پاسـبان مـأمور عبور و مرور در امور مربوطه باو رسـمی شنـاخته میشـود و در دعـاوی تخلف از مقررات عبور و مرور گزارش او در دادگـاه کـافیست و دلیـل دیگری بر تخلف لازم نـدارد. بنـابراین آنچه سـر دفتر از مشـهودات و محسوسات خود ماننـد هویت متعاملین، تاریـخ ثبت سـند و امثال آن که در حـدود مأموریت رسـمی که دارد در سـند قیـد مینمایـد، فرض میشود که مطابق با حقیقت میباشد، مگر آنکه جعلیت آن ثابت گردد، یعنی ثابت شود که بر خلاف حقیقت است مثلا چنانچه در سـند فروش خانه، تنظیمی در دفتر اسـناد رسـمی، قیـد شـده باشد که مشتری نقدا ثمن را ببایع تسـلیم نمود، تسـلیم ثمن از طرف مشتری ببایع مسلم خواهد بود، مگر آنکه بایع دعوی جعلیت آن قسمت را کند و ثابت نماید که مأمور رسـمی بر خلاف حقیقت رسـید ثمن را قید نموده است. بنابراین انکار بایع از دریافت ثمن بلا اثر خواهد بود. قسمت دوم ماده «۷۰» اصـلاحی قـانون ثبت: «... انکار منـدرجات اسـناد رسـمی راجع باخـذ تمام یا قسـمتی از وجه یا مال یا تعهـد بتأدیه وجه یا تسلیم مال مسموع نیست ...»

اطلاق ماده «۱۲۹۲» ق. م: «در مقابل اسـناد رسـمی یا اسـنادی که اعتبار اسـناد رسـمی را دارد انکار و تردید مسـموع نیست و طرف میتواند ادعای جعلیت نسبت باسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور بجهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاد است».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۴

ممکن است از توجه بمفـاد ماده «۱۲۹۲» ق. م. توهم آن رود که فقط برای اثبات خلاف اعلامیات مأمور رسـمی از مندرجات سـند، بایـد دعوی جعلیت نمود و یـا ادعاء کرد که سـند بجهتی از جهات ماننـد اقاله و فسـخ از اعتبار افتاده است، و دعوی اشـتباه مسـموع نمیباشـد و حـال آنکه فرض اشـتباه مـأمور ممکن است، ولی بـا کمـترین توجهی این توهم رفع میشود، زیرا اعتبـار اعلامیـات مـأمور رسـمی از منـدرجات سـند فقـط از لحاظ فرض صـحتی میباشـد که قانون برای عملیات مأمورین رسـمی قائل شـده است و این اماره قانونی تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده معتبر است و بوسیلهٔ هر دلیلی که قانون صراحهٔ منع ننموده باشد میتوان خلاف آن را ثابت کرد و فقط قانون، شـهادت و اماره قضائی را در مقابل سـند رسـمی معتبر ندانسته است و آنچه از ماده «۱۲۹۲» ق. م. استنباط میشود آنست که دعوی انکار و تردید که ادعائی بدون دلیل است پذیرفته نمیشود و هرگاه کسی که سند بر علیه اوست آن را خلاف واقع میدانـد میتوانـد آن را اثبات نمایـد. بنابراین دعوی اشـتباه با ابراز دلیل نیز پـذیرفته میباشـد، زیرا در صورت عدم قبول چنین دعوائی، بایستی بر آن بود که قانونگـذار فرض اشـتباه بر عملیات مأمورین خود ننموده است و این امر مخالف منطق میباشد و پذیرفتن دعوی اشتباه منافاتی با منظور قانونگذار که موجب فرض صحت عملیات مأمورین گردیده ندارد، و با توجه باینکه کلیه امارات قانونی طبق ماده «۱۳۲۳» ق. م معتبر میباشـد مـادام که خلاف آن ثابت نشـده است و صـراحهً هم قانون پـذیرفتن دعوی خلاف منـدرجات سـند رسـمی را منع ننموده است، برای قبول دعوی اشـتباه در مقابل سـند رسمی مانعی وجود ندارد. علاوه بر آنکه منظور از جعل در ماده نوشـتن خلاف واقع است خواه بـا سوء نیت باشـد یـا آنکه در اثر اشـتباه، بعبارت دیگر کلمه جعل اعم است از جعل کیفری و جعل مدنی.

تبصره– در اعتبار تاریخ سند–

حقوقیین خارجی، در کتب خود راجع باعتبار تاریخ مندرج در سـند رسـمی فصل جداگانهٔ را تخصـیص داده‌اند و بسیاری از قوانین نیز ماده مخصوصی مانند ماده «۱۳۰۵» ق. م. بآن اختصاص داده‌اند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۵

ماده «۱۳۰۵» ق. م میگوید: «در اسناد رسمی تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث ولی در اسناد عادی تاریخ فقط دربارهٔ اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثه آنان و کسی که به نفع او وصیت شده معتبر است».

منظور از اعتبار تاریخ سند رسمی نسبت باشخاص ثالث فرض صحت تاریخ تنظیم سند میباشد که در سند قید شده است. بنابراین چنانچه سند انتقال رسمی بین دو نفر تنظیم گردد و سپس دعوی بین شخص ثالثی با متعامل اقامه شود و سند مزبور از طرف متعامل ابراز گردد، شخص ثالث نمیتواند ادعا کند که نسبت بسند ابرازی بیگانه است و تاریخ آن نسبت باو اعتباری ندارد.

بنظر میرسد که اختصاص فصل علی‌حده برای این موضوع غیر لازم میباشد چه تاریخ در سند رسمی از اعلامیات مأمور رسمی است و مانند اعلامیات دیگر مأمورین رسمی نسبت بطرفین معامله و اشخاص ثالث معتبر شناخته میشود و اختصاص ماده هم در قوانین از طرفی از نظر اهمیت تاریخ سند است که استناد بآن در رسیدگی بدعاوی بین متعاملین و اشخاص پیش می‌آید و از طرف دیگر با ذکر ماده «۱۲۹۰» ق. م: «اسناد رسمی دربارهٔ طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است و اعتبار آن نسبت باشخاص ثالث در صورتی است که قانون تصریح کرده باشد». ناچار بذکر ماده «۱۳۰۵» بوده است.

اعتبار تاریخ در سند عادی از نظر اقرار و تصدیق طرفین معامله مؤثر میباشد و بدین جهت بر علیه متعاملین و وراث و قائم مقام آنان یا اثبات خلاف مانند بقیه مندرجات سند عادی معتبر خواهد بود و چون اشخاص ثالث هیچ‌گونه مداخله در تنظیم سند نداشته‌اند و ممکن است نویسنده سند عادی تاریخ قبل بگذارد، بنابراین نسبت باشخاص ثالث هیچ‌گونه تأثیری نخواهد داشت.

۲- اعلامیات افراد.

و آن قسمتی از مندرجات سند است که حاکی از اظهارات افراد در حضور مأمور

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۶

رسمی میباشد. اموری که مأمور رسمی از مشهودات و یا محسوسات خود در سند منعکس مینماید و قانون مأمور رسمی را موظف بنوشتن آن ننموده است در حکم اعلامیات افراد میباشد، زیرا نوشتن آن خارج از حدود وظایف مأمور رسمی است.

چنانکه گفته شد اعتبار اعلامیات مأمور رسمی از لحاظ اعتماد بر عملیات مأمورین رسمی میباشد که قانون فرض صحت آن را نموده است و بدین جهت جز بوسیلهٔ دعوی جعلیت نمیتوان خلاف آن را اثبات نمود. ولی اعتبار اعلامیات افراد از نظر اعتباریست که اقرار آنها دارا میباشد و الا نوشتن آن امور بوسیلهٔ مأمور رسمی واقعیت آن را تغییر نمیدهد، بنابراین مسئولیت صحت اعلامیات افراد بعهدهٔ خود آنانست و مأمور رسمی هیچ‌گونه وظیفهٔ تحقیق در صحت و سقم آن و همچنین مسئولیتی در عدم مطابقت آن با واقع ندارد.

سر دفتر اسناد رسمی اظهارات متعاملین را چنانچه بر خلاف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد در سند می‌نویسد و در دفتر ثبت مینماید. اینست که هرگاه کسی مدعی شود آنچه از طرف متعاملین اظهار شده و در سند قید گردیده است بجهتی از جهات بر خلاف حقیقت میباشد، میتواند آن را بدون آنکه دعوی جعلیت کند اثبات نماید. بعبارت دیگر اعلامیات افراد از مندرجات سند رسمی، اقرار کتبی آنان به ماموریست که خارج از حضور مأمور رسمی اتفاق افتاده و بوسیلهٔ مأمور رسمی ثبت گردیده است و بدستور مادهٔ «۱۲۸۰» ق. م: «اقرار کتبی در حکم اقرار شفاهی است». بنابراین:

الف- نپذیرفتن انکار نسبت باعلامیات افراد- بدستور قسمت اول ماده «۱۲۷۷» ق. م: «انکار بعد از اقرار مسموع نیست ....» زیرا اقرار از ناحیهٔ کسی که دارای اهلیت قانونی است بعمل آمده و مأمور رسمی ثبت کرده و اقرارکننده آن را تصدیق نموده است و علیه او مؤثر میباشد، و انکاری که بنفع او است نمیتواند بخودی خود آثار اقرار سابق را بر طرف نماید ماده «۱۲۹۲» ق. م. مثبت این امر است.

ب- پـذیرفتن دعوی خلاف اعلامیات افراد- ممکن است اعلامیات افراد فاسـد و یا مبتنی بر اشـتباه و غلط باشـد و یا در مقابل امری بوده که انجام نشده است. پذیرفتن

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۷

دعوی خلاف از طرف اعلام‌کننده و قائم مقام او و همچنین از طرف اشخاص ثالث مانعی نخواهد داشت، زیرا از نظر تحلیلی، اعلامیات افراد از مندرجات سند، اقرار کتبی خارج از دادگاه بشمار میرود که در حضور مأمور رسمی بعمل آمده و در دفتر رسمی ثبت شده است و چنانکه در کتاب اقرار بیان گردید اصولا دعوی بر خلاف اقرار قابل پذیرش است و اعلام در حضور مأمور رسمی و امضاء اعلام‌کننده و یا ثبت آن در دفتر رسمی هم موجب نمیگردد که دعوی خلاف پذیرفته نشود، زیرا فقط تشریفات رسمی، اعلام کنندگان را بیشتر متوجه بعواقب قانونی اعلامیات خود مینماید و جدی‌تر آن را تلقی مینمایند. بنابراین چنانچه ذی‌نفع خواه از طرفین و قائم مقام آنها باشد و خواه از اشخاص ثالث، دلیل بر خلاف اعلامیات افراد داشته باشد، میتواند با ابراز آن در دادگاه صالح اقامهٔ دعوی نماید و هرگاه ثابت گردید در آن قسمت طبق آنچه ثابت شد عمل میشود.

بنابر آنچه گذشت از ماده «۱۲۷۷» قانون مدنی و تبصره ماده «۷۰» اصلاحی.

ق. ثبت، مفهوم میشود ذی‌نفع میتواند ادعا نماید اقراری را که در حضور مأمور رسمی بعمل آمده فاسد و یا مبتنی بر اشتباه و غلط بوده و همچنین است در صورتی که برای اقرار عذری ذکر کند که قابل قبول باشد، چنانکه یکی از طرفین مدعی شود که اقرار باخذ وجه یا مالی که شده است و یا تعهد بتسلیم مال یا وجهی را که گردیده است بطور ساده نبوده، بلکه آن اقرار و تعهد در مقابل سند رسمی یا عادی و یا حواله و یا برات و یا چک یا سفته بوده است که طرف دیگر (متعهد له) داده و تاکنون انجام نشده و یا حواله یا برات یا چک یا سفته پرداخت نگردیده است.

ماده «۱۲۷۷» قانون مدنی میگوید: «انکار بعد از اقرار مسموع نیست لیکن اگر مقر ادعاء کند که اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده میشود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد مثل اینکه بگوید اقرار بگرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده لیکن دعاوی مذکوره مادامی‌که اثبات نشده مضر باقرار نیست».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۸

تبصرهٔ مادهٔ هفتادم اصلاحی ق. م ثبت: «هرگاه کسی که بموجب سند رسمی اقرار باخذ وجه یا مالی کرده یا تأدیه وجه یا تسلیم مالی را تعهد نموده مدعی شود که اقرار یا تعهد او در مقابل سند رسمی یا عادی یا حواله یا برات یا چک یا فتهٔ طلبی بوده است که طرف معامله باو داده و آن تعهد انجام نشده، یا حواله، یا برات یا چک یا فته طلب پرداخت نگردیده است این دعوی قابل رسیدگی خواهد بود».

قسمت سوم- دعوی بر خلاف مندرجات سند رسمی

دعوی بر خلاف مندرجات سند رسمی (خواه از اعلامیات مأمور رسمی باشد یا از اعلامیات افراد) بوسیلهٔ هر نوع دلیل غیر از شهادت و اماره قضائی قابل اثبات خواهد بود، زیرا شهادت از نظر روان‌شناسی ضعیف‌ترین ادله اثباتی بشمار میرود و نمیتواند سند رسمی را متزلزل نماید، چنانکه ماده «۱۳۰۹» ق. م متذکر شده است و دعوی مخالف با مندرجات سند رسمی را بشهادت قابل اثبات ندانسته است و اماره قضائی هم از نظر ارزش اثبات در ردیف شهادت میباشد و بدستور ماده «۱۳۲۴» ق. م در صورتی قابل استناد است که دعوی بشهادت شهود قابل اثبات باشد، ولی هر یک از شهادت و اماره قضائی میتواند ادله دیگر را تکمیل نماید.

تفصیل دعوی خلاف مندرجات سند رسمی در قسمت اعلامیات مأمورین رسمی و اعلامیات افراد گذشت.

قسمت چهارم- حدود اعتبار سند رسمی

اشاره

منظور از حدود اعتبار سند رسمی متحمل شدن اثرات حقوقی مندرجات سند است. حدود اعتبار تمامی اسناد یکسان نیست و از لحاظ موضوع سند متفاوت میباشد، اصولا هر نوشته بر علیه کسی که آن را امضاء کرده است و همچنین قائم مقام قانونی او معتبر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۷۹

است، زیرا امضاءکننده خود نتایج آن را تحمل نموده است و قائم مقام قانونی هم جانشین او میباشد ولی اسناد دیگری هستند که نظر بمصالح اجتماعی و جلوگیری از اختلاف نسبت باشخاص ثالث نیز مؤثر میباشد. اینست که ماده «۱۲۹۰» ق. م میگوید: «اسناد رسمی دربارهٔ طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است و اعتبار آنها نسبت باشخاص ثالث در صورتیست که قانون تصریح کرده باشد». چنانکه از مادهٔ مزبور معلوم میشود اسناد رسمی از نظر حدود اعتبار بر دو قسم است:

الف– اسنادی که نسبت بطرفین معامله و قائم مقام آنان معتبر است–

هر کس که دارای اهلیت استیفاء میباشد در تصرف در حقوق و اموال خود و همچنین در ملتزم نمودن خود در حدودی که مخالف قانون نباشد آزاد است، و آثار اعمال حقوقی خود را متحمل خواهد شد و چون سند رسمی حکایت از اقرار و اعتراف بتحقق این قبیل امور مینماید ناچار آثار آن را شخص یا اشخاصی که آن امور بآنها نسبت داده شده است و سند را امضاء نموده‌اند متحمل خواهند شد. ماده هفتاد و یکم. ق. ثبت اسناد و املاک:

«اسناد ثبت شده در قسمت راجعه بمعاملات و تعهدات مندرجه در آنها نسبت بطرفین، یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم مقام قانونی آنان محسوب میشوند رسمیت و اعتبار خواهند داشت». ماده بالا تعهدات و معاملات مندرج در اسناد ثبت شده را نسبت بطرفین و یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم مقام قانونی آنان محسوب میشوند رسمی و معتبر دانسته و نسبت بسایر امور مانند اقاریر و ایقاعات (از قبیل اسقاط ابراء– فسخ) مسکوت گذارده است. سکوت قانون را حمل بر سلب اعتبار از امور فوق نمیتوان نمود، بلکه چون معاملات و تعهدات از امور شایعی میباشد که در اسناد درج میگردد، ماده بذکر آن پرداخته است. اعتبار اسناد بشرحی که سابقاً بیان گردید. از لحاظ تصدیق و امضائی است که در آن بعمل آمده لذا خصوصیتی برای تعهدات و معاملات از نظر آثار حقوقی نمیتوان قائل گردید تا محملی برای تخصیص مزبور فرض نمود، اگر چه هر یک از اعمال حقوقی دارای آثار خاصی میباشد که قانون و عرف برای آن شناخته

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۰

است. از آنچه در سابق راجع باسناد رسمی و عادی ذکر گردید، معلوم میشود که اعتبار فوق اختصاصی بسند رسمی ندارد بلکه اسناد عادی نیز دارای اثر مزبور میباشد، زیرا مناط اعتبار سند، امضاء و تصدیق است که در سند قید گردیده و کشف از اقرار مندرجات آن مینماید و از این لحاظ اسناد رسمی و عادی یکسانند، لذا ماده «۱۲۹۱» ق. م بسند عادی که انتساب آن بکسی که مهر و یا امضاء نموده مسلم باشد اعتبار سند رسمی داده است.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۶، ص: ۸۰

اسناد رسمی تنظیمی بین دو یا چند نفر نسبت باشخاص ثالث معتبر نمیباشد و اثرات حقوقی آن سرایت نخواهد داشت. مبنای اصل

مزبور آنست که چون کسی در سندی اقرار و یا تعهد بنماید باید کلیه اثرات حقوقی آن را متحمل شود و نسبت باشخاصی که هیچ‌گونه مداخله در تنظیم سند نداشته‌اند و قانون هم آنان را قائم مقام نشناخته باشد تأثیری نخواهد داشت، زیرا نباید از عمل کسی دیگری متضرر شود، مگر آنکه مصالح اجتماعی آن را ایجاب نماید بدین جهت است که ماده «۱۲۹۰» ق. م اعتبار سند را نسبت باشخاص ثالث منوط بتصریح قانون کرده است. بنابر آنچه گفته شد هرگاه در سندی زید تعهد پرداخت وجهی را نماید ناچار باید از عهده پرداخت آن بر آید و همچنین است هرگاه بوسیلهٔ سندی زید کتابی را بعمرو بفروشد باید فروشنده آن را تسلیم کند و در صورتی که آن کتاب در تصرف دیگری باشد و مدعی مالکیت آن شود، سند مزبور نسبت بآن شخص تأثیری ندارد و میتواند در مقابل چنین سندی باستناد آنکه سند تنظیمی بین دو نفر نسبت باو تأثیری ندارد دفاع نماید.

ب– اسنادی که نسبت باشخاص ثالث معتبر است–

اشاره

سرایت دادن اثرات حقوقی اسنادی تنظیمی بین دو یا چند نفر نسبت باشخاص ثالث بر خلاف اصل حقوقی میباشد که در بالا بیان شده است. بنابراین سرایت آن نسبت باشخاص ثالث در حدودیست که قانون از نظر نظم عمومی آن را لازم بداند و تصریح بآن کند، اینست که ماده «۱۲۹۰» ق. م میگوید: «اسناد رسمی درباره طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است و اعتبار

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۱

آنها نسبت باشخاص ثالث در صورتیست که قانون تصریح کرده باشد». یکی از آن موارد معاملات راجعه باملاک ثبت شده است که در دفتر املاک ثبت شده باشد. قانون ثبت در ماده «۷۲» کلیه معاملات راجعه باملاک غیر منقول را که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک (آن معاملات) در دفتر املاک ثبت شده است نسبت بطرفین معامله و قائم مقام قانونی آنها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل دانسته است.

اعتبار معاملات مزبور پس از ثبت در دفتر املاک نسبت باشخاص ثالث مبتنی بر اصلی است که ماده «۲۲» قانون ثبت تأسیس نموده و آن مالکیت رسمی کسی است که ملک مطابق قانون بنام او در دفتر املاک ثبت گردیده و یا کسی را که ملک مزبور باو منتقل و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده است. ماده «۲۲» ق. ثبت اسناد و املاک:

«همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک باسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور باو منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً باو رسیده باشد مالک خواهد شناخت ...». بنابراین معامله راجعه بملک غیر منقول ثبت شده، مادام که در دفتر املاک ثبت نشده است، نسبت باشخاص ثالث معتبر نخواهد بود و اعتبار آن منحصر بطرفین معامله و قائم مقام آنها میباشد. تفصیل آن در فصل مربوط بثبت دفتر املاک خواهد بود.

تبصره– اعتبار سواد مصدق.

سوادی که مطابقت آن با ثبت در دفتر تصدیق شده است و تصدیق مزبور بوسیله مسئول دفتر رسمی بعمل آمده باشد بر طبق ماده «۷۴» قانون ثبت بمنزلهٔ اصل سند خواهد بود و دارای همان آثاری است که فوقاً برای اسناد رسمی ذکر گردید. اعتبار دادن بسواد مصدق سند رسمی از نظر آنست که مطابق با ثبت دفتر رسمی میباشد و الا بخودی خود دارای اعتبار نخواهد بود، لذا کسی که سواد سند رسمی بر علیه او ابراز میشود میتواند دعوی عدم مطابقت آن را با اصل سند بنماید و مادام که ادعاء مزبور ثابت نشده است، سواد ابرازی معتبر خواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۲

قسمت پنجم- قوه اجرائی سند رسمی

قوه اجرائی از آثار سند رسمی نمیباشد بلکه قانون استثناء آن را اختصاص باسناد معینی داده است که بدون رسیدگی قضائی ذی‌نفع میتواند اجراء مفاد آن را بخواهد از آن جمله است اسناد تنظیمی در دفتر اسناد رسمی یا دفتر دیگری که وظیفه آن را انجام میدهد مانند دفتر ازدواج (مواد ۹۲- ۹۳ ق. ثبت) «۱»

ماده «۹۲» قانون ثبت اسناد: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع بدیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم الاجرا است، مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن میباشد».

ماده «۹۳» ق. ث: «کلیه اسناد رسمی راجع بمعاملات املاک ثبت شده مستقلا و بدون مراجعه بمحاکم لازم الاجرا است».

آنچه از دو ماده بالا استنباط میشود اسناد رسمی تنظیمی در دفتر اسناد رسمی فقط در قسمت تعهداتی که مستقیم یا غیر مستقیم در اثر یکی از معاملات بعمل آمده است قابل اجرا میباشد و الاـ در قسمتهائی که یکی از طرفین انجام آن را تعهد ننموده است اثر اجرائی ندارد.

سند رسمی در مراحل دادرسی نیز دارای مزایائی است که بدون تودیع خسارت احتمالی طبق شق «۱» ماده «۲۲۵» قانون آئین دادرسی مدنی بدرخواست خواهان، دادگاه مکلف بصدور قرار تأمین خواسته میباشد.

نکته‌ای که باید بآن توجه داشت آنست که آیا سند رسمی که دارای قوۀ اجرائی

---

(۱) مهری که در سند رسمی ازدواج ذکر گردد بر طبق ماده «۱۵» آئین‌نامه دفاتر ثبت ازدواج و طلاق مصوب ۱۷/ ۷/ ۱۳۱۰ میتواند مورد ورقه اجرائیه واقع گردد و نسبت بتعهداتی که در ضمن ثبت ازدواج و طلاق درج میشود نیز مانند مهریه میتوان نسبت بآن ورقه اجرائیه صادر نمود. بند ج ماده ۱ آئین‌نامه اجراء مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۳

است و متعهد له بر طبق آن میتواند درخواست صدور برگ اجرائی کند آیا او میتواند باستناد آن در دادگاه اقامه دعوی نماید و مورد تعهد را مطالبه کند؟ آنچه از نظر تحلیلی میتوان گفت آنست که با آنکه سند رسمی دارای قوه اجرائی میباشد، بدست آوردن قوۀ اجرائی مجدد بوسیلۀ دادگاه تحصیل حاصل و امری لغو خواهد بود، مگر آنکه صدور اجرائیه از طرف اداره ثبت با مانعی مواجه شود که رسیدگی دادگاه را ایجاب نماید. ولی عملا دادگاهها چنین دعوائی را میپذیرند و بر آنند که با عدم منع از طرف قانون امتناع از رسیدگی باین گونه دعاوی طبق ماده «۴» قانون آئین دادرسی مدنی استنکاف از احقاق حق محسوب خواهد شد، ولی بنظر میرسد بهتر است برای جلوگیری از تراکم دعاوی در دادگاهها راهی برای منع رسیدگی دادگاه بسند رسمی در موارد غیر ضروری پیش‌بینی شود.

تبصره- مادۀ «۱» قانون چکهای بی‌محل مصوب «۱۳۳۷» چکهای صادره بعهده بانک ملی ایران و سایر بانکهائی که طبق قوانین دائره شده یا میشود، در حکم اسناد لازم الاجراء دانسته است و دارنده چک، در صورت مراجعه ببانک و عدم پرداخت وجه آن بعلت نبودن محل یا بهر علتی که مربوط بعمل صادرکننده باشد بوسیلۀ اظهارنامه یا اعتراضنامه وجه چک را از صادرکننده مطالبه نماید و چنانچه در ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ آن رفع اشتباه یا تأمین محل ننمود، دارنده چک میتواند با رعایت قوانین و آئیننامه‌های- مربوط باجراء اسناد رسمی وجه چک را از صادرکننده وصول نماید.

قانون نامبرده از نظر اهمیتی که چک در جریان امور اقتصادی دارد با آنکه از اسناد عادی میباشد، مانند اسناد رسمی دفاتر اسناد

رسمی لازم الاجراء قرار داده است.

مبحث سوم- در دفاتر رسمی

اشاره

دفاتر رسمی که در ادارات و دادگاهها و مؤسسات بکار میروند بسیارند که احتیاجی بذکر آنان نیست، مهمترین دفاتر رسمی ثبت اسناد عبارتند از: دفتر اسناد رسمی،

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۴

دفتر ازدواج، دفتر طلاق، دفتر تصدیق امضاء، دفتر ثبت شرکتها و دفتر ثبت علائم صنعتی و تجاری.

اسناد رسمی که بیشتر در دادگاهها مورد استناد قرار میگیرد عبارت از اسناد تنظیمی در دفتر اسناد رسمی و دفتر ازدواج و دفتر طلاق و سندی که در دفتر تصدیق امضاء گواهی شده میباشند. بدین جهت بطور اختصار به بیان شرح آنها پرداخته و از شرح دفاتر دیگر صرفنظر میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۵

باب اول سند تنظیمی در دفتر اسناد رسمی

اشاره

یکی از اسناد رسمی که اغلب در دادگاه مورد استناد قرار میگیرد اسناد رسمی تنظیمی در دفتر اسناد رسمی میباشد.

قانون دفاتر اسناد رسمی مستقلا در بهمن ماه «۱۳۰۷» تصویب گردید و مواد آن با جرح و تعدیلی در قانون ثبت اسناد «۱۳۰۸» و «۱۳۱۰» باب مستقلی را تشکیل داد، ولی چون آن مواد کافی برای رفع احتیاج نبود در «۱۵» خرداد ماه «۱۳۱۶» قانون مستقلی بنام قانون دفتر اسناد رسمی در «۶۵» ماده تصویب شد که «۵۷» ماده آن راجع بدفاتر اسناد رسمی و بقیه آن مربوط باختلافات ناشی از دستور اجراء عملیات آن میباشد که قسمت اخیر نیز بوسیلهٔ قانون مصوب «۲۷» شهریور ماه «۱۳۲۲» که مشتمل بر (۱۰) ماده است نسخ گردید.

قانون دفاتر اسناد رسمی دارای دو آئین‌نامه میباشد که یکی در «۲۷» مهر ماه «۱۳۱۶» انتشار یافت و قسمت عمده آن راجع بتشکیلات دفتر خانه و درجات سردفتران و دفتر یاران و تعقیب و کیفر آنها است و دیگری در ۱۴/ ۲/ ۱۷ منتشر شد که طرز تنظیم اسناد را مقرر داشته است.

قسمت اول- اسنادی که ثبت آنها اجباری میباشد

افراد در تنظیم سند در روابط خود با یکدیگر آزاد میباشند و میتواند آن را بصورت

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۶

سند عادی و یا رسمی تنظیم نمایند، مگر در مورد عقود و معاملات راجع باملاك و حقوق مربوطه بآن، هبه، صلح و شرکت که ملزم بتنظیم سند رسمی میباشند.

تنظیم سند برای اثبات امریست که سند از آن حکایت مینماید و رسمیت آن در اثر ثبت در دفتر رسمی برای جلوگیری از هر گونه اختلاف و یا تقلب و تزویری میباشد که ممکن است پیش آید. لذا قانون ثبت در ماده «۴۶» ثبت اسناد را باختیار افراد گذارده که هر

کس بخواهد بتواند از مزایای آن استفاده نماید، مگر در موارد معینهٔ که منافع عمومی ثبت آن را اقتضاء نموده که ثبت آن را اجباری کرده است. اسنادی که قانون ثبت آن را اجباری کرده بر دو نوعست:

۱- اسنادی که بحکم اولی قانون باید به ثبت برسد و آن بر دو قسم است:

الف- کلیه عقود و معاملات راجع بعین یا منافع املاکی که قبلا در دفتر املاک ثبت شده باشد.

ب- کلیه معاملات راجع بحقوقی که قبلا در دفتر املاک ثبت شده است. بنابراین هر گونه معاملات راجعه بعین یا منافع املاک ثبت شده و همچنین هر گونه معاملات راجعه بحقوقی که ثبت شده، باید بوسیلهٔ سند رسمی انجام شود. بدین جهت کسانی که میخواهند نسبت بموضوعات فوق معامله نمایند ناچار هرگاه در محل آنها دفتر اسناد رسمی تأسیس نشده باشد، باید بمحل دیگری بروند که دفتر اسناد رسمی موجود است و در آنجا معامله بنمایند و عذر بآنکه در محل آنها دفتر اسناد رسمی موجود نبوده مسموع نخواهد بود، زیرا چنانکه قبلا اشاره شد تغییر اموری که در دفتر املاک ثبت گردیده است، جز بوسیلهٔ سند رسمی، موجب عدم اعتبار دفتر املاک خواهد بود، چه در تنظیم و ثبت اسناد راجع باموال غیر منقول در دفاتر اسناد رسمی احتیاطات لازمه و تشریفات مخصوصی بعمل می‌آید، مانند برگ استعلامیه از دفتر املاک یا در دست داشتن ورقه مالکیت که میتوان بدان وسیله مندرجات دفتر املاک را بدون لزوم رعایت امر دیگری تغییر داد.

۲- اسنادی که قانون اجباری نمودن ثبت آن را در هر محل بنظر وزارت دادگستری

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۷

واگذار نموده است، و آنها عبارتند از:

الف- کلیه عقود و معاملات راجعه بعین یا منافع اموال غیر منقول که در دفتر املاک ثبت نشده است (خواه تقاضای ثبت آن شده و در جریان عملیات مقدماتی باشد یا آنکه تقاضای ثبت آن نشده باشد).

ب- صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت نامه. صلحنامه، هبه‌نامه و شرکت‌نامه چنانچه راجع باموال غیر منقول ثبت شده و یا حقوق مربوطه بآن باشد، از اسنادی هستند که بحکم اولیه قانون باید به ثبت برسد و الا از اسنادی که ثبت آن بنظر وزارت دادگستری است.

معاملاتی که قانون اجباری نمودن ثبت آن را در هر محل، بنظر وزارت دادگستری گذارده است در دفتر املاک ثبت نمیشود، لذا قانون از اجبار به ثبت آنها در دفتر اسناد رسمی در سراسر کشور چنانکه در مورد قسم اول میباشد خودداری کرده است و در ماده «۴۷» قانون ثبت در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود باشد اجبار به ثبت آنها را در هر محل بنظر وزارت دادگستری موکول کرده است.

وزارت دادگستری در هر محلی که دفاتر اسناد رسمی تشکیل میشود هرگاه اجبار بثبت اسناد بالا را مقتضی بداند بوسیلهٔ آگهی عموم را آگاه از تصمیم خود بالزامی بودن ثبت مینماید و از تاریخی که در آگهی مزبور قید شده است ثبت اسناد راجع بموضوعات فوق اجباری میگردد، بنابراین صرف بودن دفتر اسناد رسمی در محلی بدون صدور آگهی وزارت دادگستری، کافی برای اجباری بودن ثبت اینگونه معاملات نخواهد بود، و میتوان بتنظیم سند عادی اکتفا کرد. وزارت دادگستری در «۱۵» اسفند ماه «۱۳۰۸» در مجله رسمی شماره «۳۸۰» آگهی منتشر نموده و بدستور ماده «۱۴۰» قانون ثبت (مصوب ۱۳۰۸) معاملات فوق را از اول فروردین «۱۳۰۹» در تهران اجباری کرده است.

تبصره ۱- آیا افراز ملک از جمله اموریست که ثبت سند راجع بآن الزامی است؟

گرچه افراز را که تمیز دادن حق یکی از شرکاء نسبت بشرکاء دیگر است

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۸

نمیتوان حقیقتاً معامله و یا اصطلاحاً عقد راجع بملک دانست تا از موارد ماده «۴۶ و ۴۷» بشمار رود، لیکن نظر بآنچه در قسمت

معاملات راجعه باملاک ثبت شده ذکر گردید که موجب تغییر دفتر املاک میگردد، مقتضی است که ثبت افراز نامه در مورد املاک ثبت شده نیز الزامی باشد. بنابراین میتوان از نظر ثبت املاک، افراز را از اقسام معاملات یا عقود راجعه بملک دانست و ثبت آن را اجباری شمرد، چنانکه نظر قضائی نیز با این تفسیر موافقت مینماید، اگر چه نپذیرفتن سند عادی باستناد ماده «۴۸» قانون ثبت بنظر مشکل است و بدین جهت بعض دادگاهها سند عادی را در مورد پذیرفته‌اند.

۲- وصیت نامه‌های تملیکی راجع باموال غیر منقول که تا زمان اجراء قانون راجع بطرز تنظیم وصیت‌نامه مصوب «۲۳» بهمن ماه «۱۳۱۷» تنظیم گردیده است چنانکه از اطلاق ماده «۴۶» قانون ثبت مستفاد میشود رسمی بودن آنها الزامی خواهد بود و از زمان اجراء قانون مزبور ببعد تابع مقررات قانون راجع بطرز تنظیم وصیت‌نامه میباشد.

۳- عقود و معاملاتی که در خارجه نسبت باموال غیر منقول که در ایران است واقع میشود هر چند طبق قاعده حقوقی (صورت اسناد تابع قانون محلی است که سند در آنجا تنظیم میگردد) مقررات محل تنظیم سند باید رعایت شود و ماده «۹۶۶» قانون مدنی نیز تصریح بر این امر نموده است، ولی چنانکه از عموم ماده «۴۶» قانون ثبت که ثبت کلیه معاملات راجع بعین یا منافع املاک ثبت شده را لازم میداند استنباط میشود که معاملات مزبور باید بوسیلهٔ سند رسمی در دفاتر رسمی ایران بعمل آید، زیرا اموال غیر منقول جزء مملکت و از هر جهت تابع مقررات مملکتی میباشد که در آنجا واقع شده است، و این امر علاوه بر آنکه از مقررات قانون ثبت استنباط میشود، ماده «۸» و ماده «۹۶۶» قانون مدنی نیز مؤید آن میباشد.

۴- تعهد بانجام معامله غیر منقول چون از عقود و معاملات راجع بغیر منقول نیست.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۸۹

ثبت آن الزامی نبوده و مشمول مواد «۴۶ و ۴۷» نمیباشد، زیرا منظور از عقود و معاملات راجع باملاک، عقود و معاملاتی است که مورد آن مستقیماً مال غیر منقول یا حقوق مربوطه بآن باشد و حال آنکه مورد تعهد انجام معامله است نه مال غیر منقول. لذا هرگاه بوسیله سند عادی تعهد تنظیم گردد پذیرفتن آن مانع نخواهد داشت.

در غیر موارد بالا- که قانون، ثبت اسناد را در دفاتر اسناد رسمی اجباری نموده است، ثبت کلیه اسناد اختیاری میباشد و متعاملین میتوانند معاملات و قراردادهای خود را بوسیله سند عادی تنظیم نمایند، ولی هرگاه آنها بخواهند از مزایائی که قانون برای اسناد رسمی مقرر داشته است بهره‌مند شوند میتوانند کلیه معاملات خود را در دفتر اسناد رسمی تنظیم و به ثبت رسانند.

اسنادی که مطابق مواد فوق ثبت آنها اجباریست هرگاه به ثبت نرسد بر طبق ماده «۴۸» قانون ثبت در هیچیک از ادارات دولتی و دادگاهها پذیرفته نخواهد شد، اگر چه کسی که سند مزبور علیه او ابراز شده بپذیرفتن آن رضایت دهد. سند مزبور در حدود سند عادی معتبر است. «۱»

نظر بآنچه گفته شد در هر موردی که در دادگاه یا یکی از ادارات دولتی سند عادی ابراز میشود، متصدی امر باید دقت نماید که سند مزبور در چه موضوعی تنظیم یافته و هرگاه راجع بملک باشد، آیا در تاریخ تنظیم سند، ملک ثبت شده بوده و یا خیر و اگر ملک بثبت رسیده است آن سند را نپذیرد و هرگاه ملک ثبت نشده و یا سند مزبور صلحنامه یا هبه‌نامه یا شرکت‌نامه میباشد، متصدی امر باید محل تنظیم سند را در نظر

---

(۱) در عمل مشاهده میشود که گاه متعاملین در دفتر اسناد رسمی برای انجام معامله حاضر شده و قسمتی از تشریفات ثبت را بعمل می‌آورند و از تکمیل آن استنکاف مینمایند، سپس طرف دیگر الزام او را بر تکمیل تشریفات از دادگاه میخواهد و درخواستی بعنوان انجام تعهد تسلیم مینماید. چون اقدام متعاملین و انجام بعض از تشریفات را به تنهائی نمیتوان کاشف از تعهد بتکمیل آن دانست، لذا حکم بتکمیل تشریفات موردی ندارد، مگر آنکه از اوضاع و احوال خارجی قضیه، استنباط تعهد بشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۰

بگیرد که آیا در تاریخ تنظیم آن، در محل مزبور، ثبت اسناد مزبور اجباری بوده است یا خیر و در صورت اجباری بودن، متصدی باید از پذیرفتن آن خودداری نماید.

قسمت دوم- شرائط سند تنظیمی در دفتر اسناد رسمی

اشاره

سند تنظیمی در دفتر اسناد رسمی در صورتی رسمی شناخته میشود که طبق مستفاد از مادهٔ «۱۲۸۷» ق. م در حدود صلاحیت دفتر اسناد رسمی طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد.

برای آنکه حدود صلاحیت دفتر اسناد رسمی و مقررات قانونی مربوط به تنظیم اسناد مزبور معلوم گردد بطور اختصار امور ذیل تذکر داده میشود:

۱- سازمان دفتر اسناد رسمی.

اشاره

بدستور مادهٔ «۸۱» ق. ثبت، برای تنظیم اسناد رسمی، وزارت دادگستری در هر محلی که مقتضی بداند بعدهٔ کافی دفتر اسناد رسمی معین می‌کند. هر دفتر اسناد رسمی مرکب از یک نفر صاحب دفتر و لااقل یک نفر نماینده ادارهٔ ثبت میباشد.

بدستور ماده «۵۶» قانون دفتر اسناد رسمی، اداره ثبت میتواند در هر دفتری که مقتضی بداند از تعیین نماینده صرفنظر نماید.

الف- سردفتر

دفتر اسناد رسمی بدستور ماده «۲» قانون دفتر اسناد رسمی بمدیریت و بمسئولیت یک سر دفتر اداره میشود. سردفتر بدستور مادهٔ «۳» ق. د. ا. ر بموجب حکم وزیر دادگستری منصوب میشود و وابسته بوزارت دادگستری است، و ادارهٔ کل ثبت اسناد و املاک، طبق حکم مزبور پروانه برای او صادر مینماید. چنانکه ماده «۱۲۸۷» ق. م که میگوید: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است». مادهٔ مزبور سر دفتر را در ردیف مأمورین رسمی آورده

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۱

است ولی مادهٔ «۳» ق. د. ا. ر صریحاً او را وابسته بوزارت دادگستری میداند.

ب- دفترخانه

بدستور ماده «۴» قانون دفتر اسناد رسمی: «دفترخانه‌ها از نظر صلاحیت بسه درجه تقسیم میشوند:

۱- دفترخانه درجه اول که بوسیله یک سردفتر درجهٔ اول و یک یا چند دفتریار اداره میشود و اجازه تنظیم و ثبت همه گونه اسناد و معاملات را دارا است.

۲- دفترخانه درجه دوم که بوسیله یک سردفتر درجه دوم اداره میشود و اجازهٔ تنظیم و ثبت اسناد و معاملات بهر مبلغی را دارا بوده و میتواند یک دفتریار داشته باشد.

۳- دفترخانه درجه سوم که بوسیله یک سردفتر درجه سوم اداره میشود و اجازه تنظیم و ثبت اسناد تا پنج‌هزار ریال را دارد.

تبصره ۱- ثبت و تنظیم اسناد کلیه معاملاتی که باید در دفتر املاک ثبت شود در دفترخانه درجه دوم و سوم منوط باجازه مخصوص وزارت عدلیه خواهد بود.

تبصره ۲- وزارت عدلیه میتواند در نقاطی که فقط دفتر اسناد رسمی درجه سوم تشکیل شده است نصاب معاملات را زیاد و کم کند بشرط آنکه از ده هزار ریال بیشتر و از دو هزار ریال کمتر نباشد».

ج- دفتریار

چنانکه ماده «۲۴» قانون دفتر اسناد رسمی میگوید: «دفتریار کسی است که سمت معاونت دفترخانه را دارا است و بر حسب پیشنهاد سر دفتر و تصویب وزارت عدلیه انتخاب میشود ...». دفتریار اموری را که سر دفتر باو ارجاع مینماید انجام میدهد. بدستور ماده «۵۰» قانون دفاتر اسناد رسمی: «در مواقعی که سر دفتر در مرخصی باشد و یا بواسطهٔ مرض و امثال آن از انجام وظیفه معذور است دفتریار عهده‌دار دفترخانه خواهد بود».

د- دفاتر رسمی ثبت اسناد

در هر دفترخانه دو دفتر برای ثبت اسناد وجود دارد که ثبت در یکی را سر دفتر و ثبت در دیگری را دفتریار عهده‌دار میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۲

بدستور مادهٔ «۱» آئین‌نامه دفاتر اسناد رسمی: «دفاتر اسناد رسمی باید مجلد بوده و تمام صفحات آن را در بدو امر مدعی العموم بدایت محل یا نماینده او شماره گذارده بامضاء خود ممضی و بمهر پارکه مهر نماید».

بدستور ماده «۲» آئین‌نامه فوق الذکر: «مجموع عدهٔ صفحات هر دفتر را باید مدعی العموم یا نماینده او با تمام حروف در صفحه اول و آخر دفتر با ذکر تاریخ قید کند».

بدستور ماده «۳» آئین‌نامه مزبور: «دفاتر ثبت اسناد مادام که صفحهٔ سفید دارد استعمال میشود و پس از تمام شدن، متصدی دفتر ذیل آن را بسته و در ضمن صورت‌مجلسی که بلافاصله پس از آخرین ثبت دفتر نوشته میشود ختم دفتر را قید کرده و امضاء می‌نماید».

۲- صلاحیت سر دفتر.

اشاره

صلاحیت سر دفتر بر دو قسم است: صلاحیت محلی و صلاحیت ذاتی.

الف- صلاحیت محلی

صلاحیت محلی سردفتر عبارت از ناحیه ایست که سر دفتر میتواند معاملات مربوط بآن ناحیه را تنظیم و در دفتر رسمی ثبت نماید. ماده «۸۳» ق. ثبت مصوب ۱۳۱۰ تعیین حدود صلاحیت محلی دفاتر اسناد رسمی را بآئین‌نامه واگذار نموده است، ولی آئین‌نامه راجع باین موضوع بسکوت برگزار کرده است. در اوائل تشکیل ثبت اسناد، دفاتر را بنواحی معینی اختصاص داده بودند که هر دفتری میتوانست معاملات مربوط بناحیه مخصوص را ثبت نماید. چندی این طریقه ادامه داشت، ولی چون در عمل مواجه با اشکالات مراجعین شدند آن را الغاء نموده و اکنون دفاتر رسمی میتوانند معاملات مربوط بتمامی کشور را ثبت نمایند.

چنانکه از ماده «۲۲» ق. دفتر اسناد رسمی که میگوید: «دفترخانه محلی است که سر دفتر برای انجام کار و وظائف دفتری خود تعیین و بادارهٔ ثبت محل و اداره ثبت اسناد مرکز اطلاع میدهد. سایر شرایط دفترخانه و اوقات کار طبق نظامنامه وزارت عدلیه خواهد بود» استنباط میشود محل سردفتران ثابت است و نمیتوانند محل کار خود را

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۳

تغییر دهند. ماده «۱۳» آئین‌نامه دفتر اسناد رسمی «۱۳۱۶» نیز مقرر میدارد که بدون اطلاع و اجازه اداره ثبت نمیتوانند محل کار خود را تغییر دهند. بنابراین آنان نمیتوانند از محل معینی بمحل دیگری در همان شهر و یا از شهری بشهر دیگر رفته معاملات را انجام دهند.

ب- صلاحیت ذاتی

ماده «۴» قانون دفتر اسناد رسمی از نظر صلاحیت در تنظیم اسناد رسمی دفتر خانه را بسه درجه تقسیم نموده است و هر یک از سردفتران درجه ۱ و ۲ و ۳ که از حدود صلاحیتی که برای آنها معین شده تجاوز نماید و سندی تنظیم و ثبت کند آن سند رسمی محسوب نمیشود، زیرا صلاحیت آن را نداشته است و بدستور ماده «۱۲۸۷» ق. م سندی رسمی میباشد که مأمور رسمی در حدود صلاحیت خود آن را تنظیم نموده باشد. دادگاه مستقیماً سندی که خارج از صلاحیت سر دفتر تنظیم و ثبت شده باشد عادی میشناسد اگر چه اصحاب دعوی ایراد ننمایند.

۳- اهلیت سر دفتر.

سر دفتر در مواردی که ذیلا متذکر میگردد از تنظیم و ثبت سند ممنوع میباشد:

الف- انفصال موقت، طبق ماده «۴۲ و ۴۳» ق. د. ا. ر. و یا تعلیق سردفتر بدستور ماده «۳۹» ق. د. ا. ر. در دو مورد بالا چنانچه سر دفتر سندی را تنظیم و ثبت نماید آن سند رسمی شناخته نمیشود.

ب- بدستور ماده «۵۳» ق. ثبت اسناد و املاک: «مسئول دفتر نمیتواند اسنادی را که بمنفعت خود یا کسانی که در تحت ولایت و یا وصایت یا قیمومت او واقعند یا با او قرابت نسبی تا درجه چهارم یا سببی تا درجه سوم را دارند و یا در خدمت او هستند ثبت نماید».

چنانکه از روح قانون میتوان استنباط نمود سندی که بر خلاف ماده بالا از طرف

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۴

سر دفتر به ثبت رسد رسمیت خود را از دست نمیدهد و صرفاً سردفتر متخلف شناخته میشود، ولی با تفسیری که از مادهٔ «۱۲۸۷» بعمل آمد باید ممنوعیت سردفتر را از ثبت اینگونه اسناد، عدم اهلیت قانونی سردفتر در انجام آن دانست و این امر سلب حق ثبت آن سند را از او مینماید و با نداشتن حق ثبت سند، نمیتواند سند مزبور رسمی شناخته شود.

۴- مقرراتی که در سند رسمی تنظیمی در دفتر اسناد رسمی باید رعایت شود.

الف- نوشتن در اوراق مخصوص

چنانکه از ماده «۱۰» آئین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۵ خرداد ماه ۱۳۱۶ مستفاد میشود سند رسمی باید در اوراقی که اداره ثبت اسناد بدفاتر رسمی میفرستد تنظیم گردد. دوائر دولتی و مؤسساتی که برای ثبت معاملات خود اوراق مخصوص تهیه نموده و برای ثبت معامله در آن اوراق بدفاتر اسناد رسمی مراجعه مینمایند، در صورتی اوراق مزبور پذیرفته میشود که بتصویب ادارهٔ کل ثبت اسناد و املاک رسیده باشد. بنظر میرسد عدم رعایت این امر موجب رسمی نبودن سند نمیگردد اگر چه سردفتر متخلف شناخته میشود.

ب- نوشتن در دو نسخه

بدستور ماده «۲۱» آئین‌نامه د. ا. ر: «در مورد اسنادی که در دو نسخه تنظیم میشود پس از ثبت یک نسخه در دفتر، باید در ذیل آن

نسخه قید (نسختان) شود و در نسخه ثانی قید شود که نسخه اول این سند در ذیل شمارهٔ فلان ثبت و تمبر حق‌الثبت هم بآن الصاق گردیده است و اگر سند بیش از دو نسخه لازم باشد فقط رونوشت داده میشود».

ج- نوشتن بزبان فارسی

راجع بنوشتن سند رسمی بزبان فارسی ماده‌ای در قانون ثبت اسناد و دفاتر اسناد رسمی دیده نمیشود، ولی میتوان از ماده «۶۱» قانون ثبت که میگوید: «هرگاه طرفین معامله یا شهود زبان فارسی را ندانند و مسئول دفتر نیز زبان آنها را نداند اظهارات آنها بوسیلهٔ مترجم رسمی ترجمه خواهد شد ...» استنباط

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۵

میشود که سند رسمی در دفتر اسناد رسمی باید بزبان فارسی نوشته شود، ولی چون جزائی برای تخلف از آن بیان نشده چنانچه سند رسمی بزبان خارجی نوشته شود آن سند رسمی محسوب میگردد، زیرا قانون صریحاً این امر را لازم ندانسته است.

د- ثبت سند در دو دفتر

بدستور ماده «۸۴» ق. ثبت و ماده «۱۱۹» آئین‌نامه دفتر اسناد رسمی، سند باید در دو دفتر که یکی دفتر سردفتر و دیگری دفتر نماینده است ثبت شود.

ماده «۸۴» ق. ثبت: «نماینده‌ای که از طرف اداره کل ثبت اسناد و املاک برای هر دفتری تعیین میشود بایـد در اوقات کار در دفتر اسناد رسمی حاضر باشد تا هر معامله و تعهدی که واقع میشود پس از ثبت در دفتر صاحب دفتر در دفتر خود ثبت نماید. در هر یک از این دو دفتر باید نمره صفحه دفتر دیگری که سند در آن ثبت شده است قید گردد».

استثنائاً ماده «۵۶» ق. دفاتر اسناد رسمی، بوزارت دادگستری اجازه داده است در هر دفتری که مقتضی بداند میتواند از تعیین نماینده مذکور در ماده «۸۱» ق. ثبت اسناد و املاک مطابق نظامنامه مخصوص صرفنظر نماید. این امر عموماً در دفاتر اسناد رسمی قراء و قصبات بعمل می‌آید که عایدات دفترخانه کافی برای اداره دفترخانه و زندگانی سردفتر و نماینده نمیباشد. در صورتی که برای دفترخانه نماینده تعیین نشده باشد بنابر مستنبط از ماده «۱۹» آئین‌نامهٔ دفاتر اسناد رسمی ثبت سند فقط در دفتر سر دفتر بعمل می‌آید.

ه- ثبت تمام مندرجات سند

بدستور ماده «۵۶» قانون ثبت اسناد: «اسناد باید حرف بحرف از اول تا آخر متن و حاشیه و سجل و ظهر ثبت شود».

و- نتراشیدن و پاک نکردن و الحاق ننمودن دفاتر ثبت

بدستور ماده «۶۲» قانون ثبت: «تراشیدن و پاک کردن و الحاق کردن بهر نحوی از انحاء در دفاتر ثبت اسناد

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۶

و املاک ممنوع است. کلیه الحاقات و آنچه که بجای کلمات تراشیده شده و یا در محل پاک شده نوشته شود از درجه اعتبار ساقط خواهد بود».

ماده بطور مطلق آنچه بجای کلمات تراشیده شده و یا در محل پاک شده نوشته میشود از درجه اعتبار ساقط میداند، ولی این امر با اصول حقوقی و نصف سازگار نمیباشد، زیرا صرف این عمل نمیتواند آن را بلااثر نماید و ممکن است پس از نوشتن کلمات مزبور بامضاءهای مندرج در سند رسیده باشد. بنظر میرسد که منظور ماده رسمی نبودن قسمتهای نامبرده است.

ز- امضاء سند و دفاتر بوسیلهٔ طرفین معامله

بدستور ماده «۶۳» ق. ثبت:

«طرفین معامله یا وکلای آنها باید ثبت سند را ملاحظه نموده و مطابقت آن ثبت با اصل سند بتوسط مشار الیهم و مسئول دفتر ثبت تصدیق گردد. در مورد اسنادی که فقط برای یک طرف ایجاد تعهد مینماید تصدیق و امضای طرف متعهد کافی خواهد بود».

بدستور ماده «۱۹» آئین‌نامه دفتر اسناد رسمی: «سند معامله باید پس از تنظیم و ثبت در دفتر سر دفتر و نماینده (چنانچه دارای نماینده باشد) و انجام سایر تشریفات بتصدیق و امضاء اصحاب معامله برسد و متعاملین باید در یک جلسه اسناد و دفاتر مربوطه را امضاء نمایند و در صورتی که قبوض اقساطی هم ضمیمه سند باشد قبوض مزبور را هم بایستی در همان جلسه که اسناد و دفاتر امضاء میشود امضاء کنند. بدستور ماده «۶۵» ق. ثبت: «امضای ثبت سند پس از قرائت آن بتوسط طرفین معامله یا وکلای آنها دلیل رضایت آنها خواهد بود». چنانچه یکی یا تمامی اصحاب معامله مدعی شوند که نخوانده سند را امضاء نموده‌اند مسموع نخواهد بود، ولی بنظر میرسد چنانچه آن را اثبات نمایند سند اعتبار قانونی خود را از دست میدهد و همچنین است هرگاه مدعی شوند که عبارات آن را نفهمیده‌اند و آن را اثبات نمایند.

ح- معرف اصحاب معامله

بدستور ماده «۵۰» ق. ثبت: «هرگاه مسئول دفتر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۷

در هویت متعاملین یا طرفی که تعهد می‌کند تردید داشته باشد باید دو نفر از اشخاص معروف و معتمد حضوراً هویت آنان را تصدیق نموده و مسئول دفتر مراتب را در دفتر ثبت و بامضای شهود رسانیده و این نکته را در خود اسناد قید نماید» و ماده «۵۱» ق. ث:

«در مورد مادهٔ فوق شاهدی که یک طرف از اصحاب معامله را معرفی مینماید نمیتواند معرف طرف دیگر باشد».

ط- معتمد اصحاب معامله که، کور، کر و گنگ و بی‌سواد هستند

بدستور ماده «۶۴» قانون ثبت: «در صورتی که طرفین معامله و یا یکی از آنها کور یا کر و گنگ و بی‌سواد باشند علاوه بر معرفین، هر یک از اشخاص مزبوره باید بمعیت خود یک نفر از معتمدین خود را حاضر نمایند که در موقع قرائت ثبت و امضای آن حضور بهم‌رسانند مگر اینکه بین خود معرفین کسی باشد که طرف اعتماد آنها است. معتمد مزبور در مورد اشخاص کر و گنگ باید از جمله اشخاصی باشد که بتواند بآنها باشاره مطلب را بفهماند.

در مورد این ماده مراتب در سندی که ثبت میشود در ستون ملاحظات دفتر باید قید گردد».

ی- قرائت سند و فهماندن آن

بدستور ماده «۶۷» قانون. ثبت: «ثبت سند باید برای شخص بیسواد قرائت شده و این قرائت و همچنین رضایت مشار الیه باید در دفتر ثبت قید و از طرف معتمد امضاء گردد. معامله‌کننده بیسواد نیز باید علامت انگشت خود را ذیل ثبت سند بگذارد». چنانچه بیسوادی که سند را انگشت زده است مدعی گردد که سند را برای او نخوانده‌اند یا قسمتی از آن را باو نفهمانده‌اند مسموع نخواهد بود، مگر اینکه آن را ثابت نماید، در این صورت سند مزبور در صورت اول و قسمتی که نفهمیده در صورت دوم اعتبار قانونی را نخواهد داشت.

یا- مطلع باسواد برای اصحاب معامله که سواد ندارند

بدستور ماده «۶۶» قانون ثبت: «در موقعی که معامله راجع باشخاص بیسواد است علاوه بر معرفین، حضور یک نفر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۸
مطلع بـاسواد نیز که طرف اعتمـاد شـخص بی‌سواد باشـد لازمست، مگر در صورتی که بین خود معرفین شـخص باسوادی باشـد که طرف اعتماد شخص بیسواد است».

یب- امضاء شهود و معرفین در دفتر سردفتر

بدستور ماده «۸۷» ق. ثبت:
«شـهود و معرفین و اصحاب معامله باید دفتر صاحب دفتر را مطابق مواد (۵۰ و ۶۳) این قانون امضاء نمایند ولی در دفتر ثبت نماینده فقط امضاء اصحاب معامله کافی خواهد بود».
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۹۹

باب دوم سند رسمی ازدواج و طلاق

۱- اجباری بودن ثبت ازدواج و طلاق.

در قانون ازدواج مصوب ۲۳ مرداد ماه «۱۳۱۰» برای جلوگیری از پیدایش دعاوی بین زن و شوهر راجع بنکاح و طلاق، مقرر بود که هر ازدواج و طلاق بایـد در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عـدلیه تنظیم میشود به ثبت برسـد. در صورتی که مجری صیغه مزاوجت یـا طلاـق دارای چنین دفتری نمیبود، شوهر مکلف بود تـا بیست روز پس از وقوع عقـد نکـاح یـا طلاـق، بکسـی که دارای دفتر فوق الـذکر باشـد مراجعه و قبـاله مزاوجت یـا طلاق‌نـامه را بثبت رسانـد و الاـ بیک ماه تا شـش ماه حبس تأدیبی محکوم میگردد.
قـانون مزبور چنانکه مشاهـده میشود ضـمناً اجازه ازدواج و طلاق بکسانی که دفاتر رسـمی نداشـتند داده بود و فقط شوهر را مکلف نموده بود که پس از وقوع نکـاح و طلاـق آن را در دفتر رسـمی ثبت کنـد و این امر نمیتوانست از ازدواج و طلاق‌هـای غیر رسـمی جلوگیری نماید، لذا بوسیلهٔ مادهٔ واحده در خرداد ماه «۱۳۱۶» ماده بالا و همچنین ماده «۳» قانون ازدواج «۱۳۱۰» بطریق زیر اصلاح گردید:
ماده «۱» اصـلاحی سال ۱۳۱۶: «در نقـاطی کـه وزارت عـدلیه معین و اعلاـم مینمایـد، هر ازدواج و طلاـق و رجـوع بایـد در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم میشود واقع و به ثبت برسد. در نقاط مزبور هر مردی که در غیر از دفاتر
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۰
رسـمی ازدواج و طلاـق مبـادرت به ازدواج و طلاـق و رجوع نمایـد بیک تا شـش ماه حبس تأدیبی محکوم میشود و همین مجازات درباره عاقدی مقرر است که در این نقاط بدون داشتن دفاتر رسمی باجرای صیغه ازدواج یا طلاق یا رجوع مبادرت نماید».
جملهٔ الحاقی سال ۱۳۱۷: «در حوزه‌هـائی کـه آگهی فوق‌الـذکر از طرف وزارت دادگستری نشـده اسـت، شـوهر مکلـف است در صورتی که در غیر دفاتر رسـمی ازدواج و طلاق مبادرت بازدواج یا طلاق یا رجوع نماید تا بیست روز پس از وقوع عقد یا طلاق یا رجوع بیکی از دفاتر رسمی ازدواج و طلاق رجوع کرده، قباله مزاوجت یا طلاق‌نامه یا رجوع را به ثبت رساند و الا بیک ماه تا شش ماه حبس تأدیبی محکوم خواهد شد».
ماده «۲» قانون ازدواج ۱۳۱۰: «قبالـهٔ ازدواج و طلاق‌نامه در صورتی که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه به ثبت رسـیده باشد، سـند رسمی و الا سند عادی محسوب خواهد شد».
ماده «۳» قانون اصلاحی سال ۱۳۱۶: «هر کس بر خلاف مقررات ماده «۱۰۴۱» قانون مدنی با کسی که هنوز بسن قانونی برای ازدواج

نرسیده است مزاوجت کند بشش ماه الی دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد، در صورتی که دختر بسن سیزده سال تمام نرسیده باشد لااقل بدو الی سه سال حبس تأدیبی محکوم میشود و در هر دو مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس، بجزای نقدی از دو هزار ریال الی بیست هزار ریال محکوم گردد و اگر در اثر ازدواج بر خلاف مقررات فوق، مواقعه منتهی بنقص یکی از اعضاء یا مرض دائم زن گردد مجازات زوج از ۵ الی ۱۰ سال حبس با اعمال شاقه است و اگر منتهی بفوت زن شود مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته‌اند نیز بهمان مجازات یا مجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم میشوند. محاکمهٔ این اشخاص را وزارت عدلیه میتواند بمحاکم مخصوصی که اصول تشکیلات و ترتیب رسیدگی آن بموجب نظامنامه معین میشود رجوع

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۱

نماید و در صورت عدم تشکیل محکمه مخصوص، رسیدگی در محاکم عمومی بعمل خواهد آمد». اکنون دادگاههای مخصوصی موجود نیست و در دادگاههای عمومی بتخلفات آنها رسیدگی میشود.

چنانکه از مادهٔ بالا- و مواد دیگر قانون ازدواج که برای متخلفین از ثبت ازدواج و طلاق، کیفر معینی مقرر داشته و هیچگونه جزاء مدنی برای نکاح و طلاقی که ثبت نشده در نظر نگرفته است، محقق میگردد که نکاح و طلاقی که ثبت نشده، شفاهی باشد یا کتبی، صحیح است و از حیث آثار و احکام مدنی مانند نکاح و طلاقی است که در دفاتر رسمی ازدواج و طلاق به ثبت رسیده است.

۲- دفتر ازدواج و طلاق و وظائف سر دفترداران.

اشاره

بدستور ماده «۱» مقررات دفتر ازدواج و طلاق وزارت دادگستری مورخ ۲۰/ ۵/ ۲۹:

«در هر حوزه‌ای که از طرف وزارت عدلیه بر طبق ماده اول قانون ازدواج اعلام شده باشد، کلیه ازدواج و طلاق‌هائی که در حوزه مزبور واقع شود باید در یکی از دفاتر به ثبت رسد و لو اینکه طرفین ازدواج ساکن آن محل نباشند».

بدستور ماده «۵» مقررات مزبور: «عقود و ازدواج و طلاقی که در خارج از حوزه مأموریت صاحب دفتر واقع شده و در محل وقوع عقد یا طلاق دفتر رسمی ازدواج و طلاق وجود نداشته و در صورتی که متناکحین بخواهند بآن عقد یا طلاق رسمیت بدهند بایستی در یکی از دفاتر ازدواج و طلاق حاضر شده و بر طبق مقررات قانون و نظامنامه، تشریفات ثبت را در دفتر و ورقه ازدواج یا طلاق تکمیل کنند».

هر یک از دفتر ازدواج و طلاق بوسیله یک نفر سردفتر ازدواج که از طرف وزیر دادگستری منصوب میشود اداره میگردد و مدیر کل ثبت طبق حکم مزبور پروانه صادر خواهد نمود. اغلب کسی که بسمت سردفتری طلاق تعیین میشود دارای دفتر ازدواج میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۲

در دفترخانه ازدواج و طلاق دفتری برای ثبت ازدواج و دفتر دیگری برای ثبت طلاق موجود است.

بدستور ماده اول آئین‌نامه دفتر ثبت ازدواج و طلاق مورخ ۲۳ مهر ماه ۱۳۱۰: «دفاتر ثبت ازدواج و طلاق مجلد بوده و کلیه صفحات آن بامضای مدعی العموم یا نماینده او رسیده و بمهر پارکه ممهور خواهد شد. بعلاوه در ظهر صفحه اول و آخر دفتر نیز تعداد کلیه صفحات باتمام حروف قید و از طرف مدعی العموم و یا نماینده او ممضی و ممهور میشود».

بدستور ماده «۱۳» آئین‌نامه دفتر ثبت ازدواج و طلاق: «در دفتر ثبت نکاح و طلاق باید نکات ذیل قید شود:

الف– برای عقد مزاوجت:

۱– نمره و تاریخ ثبت باتمام حروف.

۲– تاریخ وقوع عقد (روز ماه سال) باتمام حروف.

۳– اسم زوج و زوجه بنحوی که در هویت آنها تردید نباشد.

۴– نکاح دائم است یا منقطع و در صورت انقطاع مدت آن چیست.

۵– مهر.

۶– سایر شرایط ضمن عقد نکاح و یا ضمن عقد لازم دیگر که بین زوجین مقرر شده است.

۷– امضاء اشخاص مذکور در ماده «۱۰»

ب– برای طلاق:

۱– نمره و تاریخ ثبت باتمام حروف.

۲– تاریخ وقوع طلاق (روز ماه سال) باتمام حروف.

۳– اسم زوج و زوجه بنحوی که در هویت آنان تردیدی نباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۳

۴– نوع طلاق از رجعی و بائن و در صورت رجعی بودن تصریح باینکه دفعه چندم است.

۵– امضاء اشخاص مذکور در ماده «۱۰»

۳– سند ازدواج و طلاق.

بدستور ماده «۱۴» آئین‌نامه دفتر ثبت ازدواج و طلاق: «صاحب دفتر مکلف است که فوراً پس از ثبت نکاح، یا طلاق دو نسخه از سواد ثبت را تهیه و پس از امضاء اشخاصی که دفتر ثبت را امضاء کرده‌اند بهر یک از زوجین یا زوجین سابق یک نسخه بدهد».

بدستور آئین‌نامه تکمیلی ثبت ازدواج و طلاق مورخ ۴/ ۸/ ۱۰: «ذیل ثبت ازدواج و طلاق در دفتر بامضای مجری یا مجریان صیغه ازدواج یا طلاق خواهد رسید.

سند ازدواج یا طلاق برای اینکه سند رسمی محسوب شود لازم است علاوه بر سایر شرایط مقرر در نظامنامه مذکور فوق بامضاء اشخاص ذیل برسد:

۱– زن و شوهر در سند ازدواج. شوهر در طلاق‌نامه.

۲– مجری یا مجریان صیغه ازدواج یا طلاق.

۳– امضاء دو شاهد یا بیشتر بنحوی که سند مجموعاً دارای لااقل شش امضاء باشد.

هرگاه زن و شوهر یا بعض از شهود سواد نداشته باشند بجای امضاء علامت انگشت خواهند گذارد».

مقررات مربوط به ثبت سند ازدواج و طلاق مانند آنست که در ثبت اسناد رسمی میباشد.

بدستور ماده «۱۲۸۷» ق. م که تصریح مینماید سندی که بوسیله مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده رسمی است، هرگاه در ثبت ازدواج و طلاق و رجوع رعایت یکی از مقررات قانون ازدواج و طلاق یا آئین‌نامه که در حدود دستور قانون تنظیم شده است نشود، رسمی نمیباشد و چنانچه دارای امضاء

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۴

زوجین در نکاح و امضاء زوج در طلاق و رجوع باشد سند عادی بشمار می‌آید. این است که ماده «۱۵» آئین‌نامه دفتر ثبت ازدواج و طلاق مورخ ۲۳ مهر ماه ۱۳۱۰ میگوید:

«اوراق عقد و طلاقی که مطابق مقررات این نظامنامه به ثبت برسد سند رسمی بوده و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن ثابت شود.

در مورد مهریه سند رسمی ازدواج، بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه، لازم الاجرا بتقاضای زوجه یا قائم مقام قانونی او صادر خواهد شد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۵

باب سوم سندی که گواهی امضاء شده است

۱- دفتر گواهی امضاء

اداره ثبت کل به بعض از سردفتران اسناد رسمی اجازهٔ گواهی امضاء زیر اسناد عادی را میدهد و دفتری برای این امر اختصاص دارد که دفتر تصدیق امضاء نامیده میشود و یکی از دفاتر یازده‌گانه رسمی است که ماده «۱» آئین‌نامهٔ اصلاحی سال ۲۳ نام برده است.

دفتر گواهی امضاء بدستور مادهٔ «۲» آئین‌نامهٔ قانون ثبت اسناد اصلاحی سال ۲۳ باید در بدو امر دادستان شهرستان محل، یا نمایندهٔ او شماره گذاشته و امضاء کرده و بمهر دادسرا ممهور و مجموع عدهٔ صفحات را در صفحهٔ اول و آخر دفتر باتمام حروف ذکر و قید نماید.

۲- شرط گواهی امضاء

کسی که میخواهد امضاء او در ذیل سند عادی گواهی شود، نزد سردفتر حاضر شده و ذیل سند را امضاء مینماید و سردفتر در دفتر گواهی امضاء پس از ذکر نوع و تاریخ سند، نام و مشخصات او را می‌نویسد و امضاءکننده، امضاء دیگری در حضور سر دفتر در مقابل آن مینماید، سپس سردفتر امضائی که در سند شده گواهی کرده و بمهر دفترخانه ممهور مینماید.

۳- اعتبار سندی که گواهی امضاء شده است

سند عادی که امضاء آن از طرف سردفتر گواهی امضاء، که سمت رسمی را دارد،

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۶

تصدیق شده است، سند عادی میباشد ولی بنابر مستنبط از مادهٔ «۱۲۹۱» ق. م. اعتبار سند رسمی را دارا است و دربارهٔ طرفین و وراث و قائم مقام امضاءکننده معتبر خواهد بود، زیرا بدستور مادهٔ «۱۲۹۱» ق. م: «اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته دربارهٔ طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است:

۱- اگر طرفی که سند بر علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید.

۲- هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی الواقع امضاء یا مهر کرده است».

طریق استنباط از مادهٔ «۱۲۹۱» ق. م آنست که چون سندی که ثابت شود طرفی که تکذیب یا تردید کرده فی الواقع امضاء نموده است، دارای اعتبار سند رسمی میباشد، ناچار سندی که گواهی امضاء بطور رسمی شده است اعتبار سند رسمی را خواهد داشت.

بنابر آنچه گفته شد بدستور مادهٔ «۱۲۹۲» ق. م امضاء کنندهٔ سندی که امضاء آن گواهی رسمی شده است، نمیتواند محتویات آن سند را تکذیب نماید و در مقابل آن فقط میتواند دعوی جعلیت کند و یا ثابت نماید که بجهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده

است. منـدرجات سـند نـامبرده از اعلامیـات افراد است و چنانکه در اعتبار اسـناد رسـمی گفته شـد ذی‌نفع میتوانـد بوسـیلهٔ هر دلیلی خلاف آن را ثابت نماید.

سنـدی که امضـاء و گواهی رسـمی شـده است قوهٔ اجرائی نـدارد، زیرا قوهٔ اجرائی خارج از حـدود اعتبار اسـناد رسـمی است و باید بوسـیلهٔ قانون داده شود، چنانکه باسـناد رسـمی در حدود مادهٔ اول و دوم قانون ثبت اسناد و املاک، و نسبت بمهریه مذکور در سند رسمی ازدواج، طبق آئین‌نامه دفتر ثبت ازدواج و طلاق مورخ ۲۳ مهر ماه ۱۳۱۰ داده شده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۷

باب چهارم ثبت دفتر املاک

اشاره

یکی از اسناد رسمی، ثبت دفتر املاک است. ثبت دفتر املاک مانند ثبت دفاتر اسناد رسمی دارای تشریفاتی میباشد که قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی و آئین‌نامه‌های- آنها مقرر داشته‌اند. بدستور مادهٔ «۱۲۸۷» ق. م که میگوید: «اسنادی که در ادارهٔ ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسـناد رسـمی یا در نزد سائر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسـمی است». هر یـک از تشـریفاتی که قـانون و آئین‌نامـهٔ که باجازهٔ قانونی تنظیم یافته در ثبت دفتر املاک رعایت نشود، آن ثبت سند رسـمی محسوب نمیگردد. بعضـی از حقوقیین دست بتفسیر وسیع زده و بر آنند که عمل باطلاق ماده بر خلاف نصف و عدالت قضائی است و موجب عدم رسـمیت بسیاری از اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی و دفاتر املاک خواهد بود، بنابراین مقتضی است گفته شود که تمامی تشـریفات قانونی در رسـمیت و اعتبار سند رسمی تأثیر ندارد، زیرا بسیاری از آن تشریفات اداری است و صرفاً جنبه جلوگیری از اشـتباهات و تقلبات را دارد و سـندی که بدون رعایت این تشـریفات ثبت گردد نمیتوان آن را رسمی نشناخت، و تشریفات دیگری نیز موجود میباشد که رسمیت سند بانجام آنها منوط است و انجام نشدن هر یک از آنها موجب عدم رسمیت سند خواهد شد. آن دو دسـته از تشریفات در مواد قانونی و یا آئین‌نامه‌ها از یکدیگر تفکیک نشده است و فقط بوسیله سیاق عبارت ماده و آثار آن میتوان دانست که هر یک از تشریفات از کدام دسته‌اند، و بعض از تشریفات

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۸

ثبت هستند که تشخیص آن دشوار و ممکن است مورد اختلاف قرار گیرد. بعض از دادرسان ملاک تشخیص را سود و زیان کسانی که در تنظیم سـند مداخله داشـته و یا از سند منتفع و متضرر میشوند دانسته‌اند و بر آنند که فقط تشریفات قانونی که عدم رعایت آن بزیـان کسـی تمـام میشود از تشـریفاتیست که در رسـمیت سـند مؤثر است و الاـ تـأثیری در آن نـدارد و از تخلفـات اداری محسوب میگردد. نظر مزبور را نمیتوان پیروی نمود، زیرا بـا توجه باطلاـق مادهٔ «۱۲۸۷» ق. م تفسـیر وسـیع بالا بر خلاف شیوهٔ کنونی مفسرین حقوقی است.

ثبت در دفتر املاک بر دو قسم است:

۱- ثبت ابتدائی ملک ۲- تغییر مندرجات دفتر املاک که هر یک بطور اختصار در مبحث جداگانه مورد مطالعه قرار میگیرد.

مبحث اول- ثبت ابتدائی ملک

کلیات

قـانون برای آنکه ملکی در دفتر املاـک ثبت شود یـک سلسله عملیات مقـدماتی را لازم دانسـته است که بایـد بترتیب یکی پس از

دیگری انجام شود و پس از اتمام جریان عملیات مزبور، وضعیت ملك بنام صاحب آن در دفتر ثبت املاك وارد میشود و بر طبق آن سند مالکیت صادر میگردد. سند مزبور بامضاء مدیر ثبت یا کسی که از طرف وزارت دادگستری حق امضاء دارد ممضی و بمهر ادارهٔ ثبت میرسد و مینوت آن نیز مانند اصل سند مالکیت امضاء و مهر شده و در پروندهٔ ثبتی ملك بایگانی میگردد. مادهٔ «۲۱» ق. ثبت میگوید: «پس اتمام عملیات مقدماتی ثبت، ملك در دفتر املاك ثبت شده و سند مالکیت مطابق ثبت دفتر املاك داده میشود». چنانکه از مادهٔ بالا معلوم است سند مالکیت اگر چه خود سند مستقلی مانند دفتر املاك است ولی در حقیقت رونوشت رسمی از ثبت دفتر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۰۹

املاك میباشد، بنابراین در صورتی که مفاد آن با ثبت دفتر املاك اختلاف داشته باشد ثبت دفتر املاك مقدم است و باید سند مالکیت مطابق آن تصحیح شود.

قسمت اول – جریان عملیات مقدماتی

1- انتشار آگهی مقدماتی

ادارهٔ ثبت، قبل از اقدام به ثبت عمومی املاك طبق مادهٔ «۱۰» قانون ثبت باید بانتشار آگهی مقدماتی مبادرت ورزد و در آن، حدود بخشی را که ثبت املاك آن در نظر گرفته شده است اعلام دارد. این آگهی در ظرف سی روز سه مرتبه، اول، پانزدهم، و سی‌ام، ماه بوسیله انتشار در جراید باطلاع عموم میرسد.

انتشار آگهی مقدماتی برای اعلام کسانی میباشد که حق درخواست ثبت ملك واقع در بخش معینه را دارند.

2- نصب پلاک

پلاك قطعه‌ای فلزیست که شماره ملك بر آن حك شده است. بهر یك از قطعات واقع در بخش که قبلا اعلان مقدماتی آن منتشر شده شماره ترتیبی مخصوص داده میشود و پلاك نصب میگردد، بوسیلهٔ این عمل است که ملك شخصیت ثبتی پیدا مینماید. در صورتی که ملکی بدون نصب پلاك ثبت شود عدم نصب پلاك ثبت را از رسمیت نمیاندازد، زیرا نصب پلاك را قانون در نظر نگرفته و تکلیف آن را نیز بنظامنامه محول ننموده است.

3- توزیع اظهارنامه

اداره ثبت بهر یك از پلاك‌ها اظهارنامه میدهد. توزیع اظهارنامه در ثبت عمومی از امور مقدماتی است که آئین‌نامه برای سهولت تقاضای ثبت در نظر گرفته است. قانون هم در این امر ساکت میباشد و بآئین‌نامه محول ننموده است، بنابراین عدم رعایت توزیع اظهارنامه در ثبت، آن را از رسمیت خارج نمیگرداند.

4- دادن اظهارنامه

طبق مادهٔ «۱۱» ق. ثبت، در ظرف ۶۰ روز از تاریخ

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۰

نشر اولین آگهی مقدماتی متصرفین بعنوان مالکیت و کسانی که حق تقاضای ثبت ملك را دارا باشند مانند ولی، قیم، متولی موقوفه و امثال آن، اظهارنامه خود را تنظیم و باداره یا دائره یا شعبهٔ ثبت مربوطه که در آگهی مقدماتی ذکر گردیده تسلیم مینماید.

ماده «۲۹» آئین‌نامه ثبت، بکسانی که باید اظهارنامه بدهند، اجازه داده است که بتوانند تا زمانی که آگهی نوبتی منتشر نشده

اظهارنامهٔ خود را تسلیم نمایند. اظهارنامه در دفتر توزیع اظهارنامه قید و در لفافه‌ای به پیوست مستندات بایگانی میشود.

5- انتشار آگهی نوبتی

بدستور ماده «۱۱» ق. ث اداره ثبت مربوطه نام اشخاصی که اظهارنامه‌های آنها رسیده با نوع ملک و شماره پلاک تا نود روز پس از انتشار اولین آگهی مقدماتی آگهی مینماید. آگهی مزبور آگهی نوبتی نامیده میشود.
آگهی نوبتی در ظرف ۶۰ روز دو نوبت بفاصله سی روز بدستور مادهٔ «۱۱» قانون ثبت و مادهٔ «۵۲» آئین‌نامهٔ آن در یکی از روزنامه‌های حوزه ملک و اگر آن حوزه روزنامه نداشته باشد در یکی از روزنامه‌های نزدیکترین حوزه منتشر میشود.

6- انتشار آگهی تحدیدی

در اظهارنامه اگر چه حدود ملک ذکر میگردد، ولی چون حدود بطور اجمال ذکر میشود و این امر منظور را تأمین نمینماید و باید حدود معینه با محل در خارج تطبیق گردد، لذا بدستور مادهٔ «۱۴» ق. ثبت، پس از انتشار اولین آگهی نوبتی اداره ثبت، مکلف است آگهی تحدید حدود مانند آگهی نوبتی منتشر نماید. در آگهی تحدیدی موعدی را معین مینماید و متقاضی و صاحبان املاک مجاور را در محل دعوت می‌کند که برای انجام عملیات تحدید حدود حاضر شوند. فاصله بین انتشار اولین آگهی تحدیدی و روز تحدید حدود نباید کمتر از بیست روز و بیشتر از شصت روز باشد. (ماده ۶۶ و ۶۷ آئین‌نامه).

7- عملیات تحدید حدود

در روزی که در اعلان تحدیدی معین شده است نمایندهٔ ثبت و متقاضی و صاحبان املاک مجاور در محل ملک حاضر میگردند و متقاضی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۱

حدود ملکی را که تقاضای ثبت آن شده بطور مشخص بدون ابهام و اجمال معرفی مینماید و در صورت مجلس تحدید حدود نوشته شده و بامضاء متقاضی و مجاورین و حاضرین و نمایندهٔ ثبت میرسد. حدودی که تشخیص و تعیین آن دشوار یا غیر ممکن است باید بوسیلهٔ نقشه ترسیم گردد و این امر بوسیله مهندسین رسمی اداره ثبت بعمل می‌آید.
بدستور ماده «۱۵» ق. ث: «اگر تقاضاکننده در موقع تحدید حدود خود یا نماینده‌اش حاضر نباشد ملک مورد تقاضا با حدود اظهار شده از طرف مجاورین تحدید خواهد شد. هرگاه مجاورین نیز در موقع تحدید حدود حاضر نشوند و باین جهت حدود ملک تعیین نگردد، اعلان تحدید حدود نسبت بآن املاک تجدید میشود و اگر برای مرتبه دوم نیز تقاضاکننده و مجاورین هیچ‌یک حاضر نشده و تحدید حدود بعمل نیاید حق‌الثبت ملک دو برابر اخذ خواهد شد.
تبصره- از تاریخ اجرای این قانون تحدید حدود املاکی که یک یا چند حد آن اراضی موات یا شارع یا مرتع عمومی و یا جنگل عمومی باشند، باید بوسیلهٔ انتشار آگهی تحدیدی انجام شود عدم حضور نماینده ادارات و بنگاههای مربوط مانع انجام تحدید حدود نخواهد بود». (اسفند ۳۷)

قسمت دوم- حفظ حقوق اشخاص ثالث

قانون برای آنکه حقوق اشخاص ثالث (غیر از متقاضیان ثبت) نسبت بمورد تقاضای ثبت و یا نسبت بحدود آن ضایع نگردد، اجازه داده است که:

۱- هرگاه کسی نسبت بمورد تقاضای ثبت، مدعی حقی است، میتواند بدستور ماده «۱۶» ق. ثبت در ظرف نود روز از تاریخ انتشار

اولین آگهی نوبتی دادخواست اعتراض باداره یا دائره یا شعبه ثبت مربوطه بدهد در صورتی که قبل از انتشار آگهی مزبور دعوائی نسبت بمورد تقاضای ثبت در جریان دادرسی بوده است بدستور ماده «۱۷» قانون

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۲

ثبت در مدت معینه نود روز، گواهی از دادگاه مربوطه گرفته و باداره یا دائره یا شعبه ثبت ملک مورد تقاضا تسلیم نماید.

۲- هرگاه کسی نسبت بحدود یا حقوق ارتقاعی ملک مجاور در ملک مورد تقاضا، خود را ذیحق میداند، میتواند بدستور ماده «۲۰» ق. ثبت در ظرف مدت سی روز از تاریخ تنظیم صورت مجلس تحدیدی دادخواست اعتراض خود را باداره یا دائره یا شعبه ثبت ملک مورد تقاضا تسلیم نماید.

در دو مورد بالا چنانچه اعتراض و یا گواهی دادگاه در مدت مقرر باداره یا دائره یا شعبهٔ ثبت مربوطه داده نشود، هیچ‌گونه دعوائی از کسی نسبت بملک مورد تقاضا و یا حدود ملک پذیرفته نمیشود و چنانچه حقی داشته باشند ساقط میگردد و فقط میتوانند در حدود مقررات مخصوصه مذکور در موارد «۱۰۵- ۱۱۶» ق. ثبت دعوی کیفری اقامه و مطالبه ضرر و زیان خود را بنمایند. ماده «۲۴» ق. ثبت اسناد و املاک: «پس از انقضای مدت اعتراض دعوی اینکه در ضمن جریان ثبت تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد نه بعنوان عین نه بعنوان قیمت نه به هیچ عنوان دیگر خواه حقوقی باشد خواه جزائی، در مورد مذکور در ماده «۴۴» مطابق ماده «۴۵» و در موارد مذکور در مواد «۱۰۵- ۱۰۶- ۱۰۷- ۱۰۸- ۱۰۹- ۱۱۶- ۱۱۷» مطابق مقررات جزائی مذکور در باب ششم این قانون رفتار خواهد شد». دادخواست اعتراض بر ثبت مورد تقاضا و یا دادخواست اعتراض بر تحدید حدود و یا حقوق ارتقاعی املاک مجاور بمرجع صلاحیتدار (دادگاه بخش- دادگاه شهرستان) فرستاده میشود و اداره ثبت تا رسیدگی نهائی از ثبت ملک در دفتر املاک خودداری مینماید.

قسمت سوم- ثبت ملک در دفتر املاک

پس از اتمام عملیات مقدماتی ثبت بر طبق ماده «۲۱» قانون، اداره ثبت وضعیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۳

ملک را در دفتر املاک ثبت شده و سند مالکیت مطابق ثبت دفتر املاک داده میشود.

منظور از اتمام عملیات مقدماتی ثبت نه فقط انجام وظایفی است که قانون بعهدهٔ اداره ثبت و متقاضی برگزار نموده است بلکه نیز شامل دعاوی اعتراضی میباشد که بر ملک مورد تقاضای ثبت و حدود آن اقامه شده است. بنابراین پس از آنکه عملیات مقدماتی ثبت چنانکه مشروحاً ذکر گردید (مانند رسیدن اظهارنامه، انتشار آگهی‌ها، عملیات تحدید حدود و رفع اشتباهات اگر اشتباهی شده است) هرگاه نسبت بملک مورد تقاضای ثبت اعتراض نشده وضعیت آن ملک در دفتر مخصوصی بنام دفتر املاک ثبت میگردد. و در صورتی که آن ملک مورد اعتراض واقع شده خواه اعتراض راجع باصل ملک باشد و خواه اعتراض راجع بحدود و حقوق ارتفاقی، ادارهٔ ثبت تا حصول نتیجهٔ نهائی اعتراض، از ثبت ملک در دفتر املاک خودداری خواهد نمود، مقصود از نتیجهٔ نهائی اعتراض، رسیدن جریان دادخواست اعتراض بجائی است که دیگر قابل سیر و جریان در دادگاه نباشد، مانند آنکه معترض دادخواست خود را مسترد و یا مستدعی ثبت بدعوی معترض تسلیم شود و یا آنکه بر طبق ماده «۱۶» قانون ثبت دادخواست اعتراض خارج از مدت تشخیص و رد شود و یا در دادگاه دادخواست جریان پیدا نموده و رأی نهائی در آن باب صادر گردد.

چنانکه تبصره ماده «۲۲» قانون ثبت تصریح مینماید: «حکم نهائی عبارت از حکمی است که بواسطهٔ طی مراحل قانونی و یا بواسطهٔ انقضای مدت اعتراض و استیناف و تمیز دعوائی که حکم در آن موضوع صادر شده از دعاوی مختومه محسوب شود». رأی اعم است از حکم در ماهیت دعوی، و از قرار مانند قرار رد و ابطال دادخواست یا سقوط دعوی، اعلام نتیجهٔ نهائی دادخواست‌هائی که

در اثر ابطال یا رد تجدید گردیده است برای ثبت ملک در دفتر املاک باداره مزبور نیز لازم میباشد.

آیا پس از صدور حکم نهائی اقامهٔ دعوی بعنوان اعادهٔ دادرسی جلوگیری از ثبت ملک در دفتر املاک مینماید؟

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۴

چنانکه در قانون آئین دادرسی مدنی ملاحظه میشود یکی از طرق فوق‌العاده برای رسیدگی بحکم قطعی، اعادهٔ دادرسی است و کسی که در دعوی اعتراض بر ثبت حکم قطعی (اگر چه نهائی باشد) بر بی‌حقی او صادر گردیده است میتواند در حدود ماده «۵۹۱» قانون آئین دادرسی مدنی تقاضای گسیختن آن را از طریق اعاده دادرسی بخواهد و چون پذیرفتن تقاضای مزبور از طرف دادگاه در حقیقت حکم قطعی را در معرض تزلزل قرار میدهد، لذا بخشنامه وزارت دادگستری بشماره ۲۳۱۹۸- ۱۱/ ۱۰/ ۱۳ بادارات ثبت دستور داده است که پس از ورود گواهی حاکی از تقدیم دادخواست اعادهٔ دادرسی، از ثبت ملک در دفتر املاک خودداری نماید و وصول گواهی مزبور باداره ثبت پس از ثبت ملک اثری نخواهد داشت. ولی هیچ‌یک از طرق فوق‌العادهٔ دیگر مانند دخول شخص ثالث و اعتراض ثالث بحکم صادر در اثر اعتراض بر ثبت نمیتواند جلوگیری از ثبت ملک در دفتر املاک بنماید، زیرا کسی که نسبت بملک مورد تقاضا ادعائی داشته باشد باید در حدود ماده «۱۶» و «۲۰» قانون ثبت در مدت قانونی از طریق ادارهٔ ثبت اعتراض نماید و هرگاه اعتراض ننمود بر طبق ماده «۲۴» قانون ثبت، به هیچ عنوان (جز در موارد مذکور در مادهٔ مزبور) دعوائی از کسی پذیرفته نخواهد شد. و اشخاص ثالث که بعنوان اعتراض بر حکم اقامه دعوی مینمایند و یا بدعوی حق، داخل در دعوی مستدعی است ثبت وارد میشوند چون از طریق ادارهٔ ثبت در حدود ماده «۱۶» قانون دادخواست نداده‌اند بر طبق ماده «۲۴» ق. ثبت دعوی آنان پذیرفته نخواهد شد.

هرگاه مستدعی ثبت باعتراض معترض بر اصل ملک تمکین نمود یا دعوی منتهی بصدور حکم نهائی بر له معترض گردید، بدستور ماده «۱۰۱» آئین‌نامه معترض جانشین مستدعی ثبت شناخته شده و ملک بنام او ثبت خواهد گردید و احتیاج بدرخواست ثبت جدید نخواهد داشت. چون در عمل مشاهده گردید که پس از در خواست ثبت، متقاضی، ملک مورد تقاضا را بدیگری انتقال میداده و برای فرار از پرداخت حق‌الثبت دفاتر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۵

اسناد رسمی، متقاضی در دفتر املاک حاضر میشده و اقرار بمالکیت حین تقاضای ثبت منتقل الیه مینمود، لذا اداره ثبت برای جلوگیری از این امر باقرار مزبور جریان ثبت را تغییر نمیدهد و تسلیم اظهارنامهٔ جدید با پرداخت حق‌الثبت از ناحیهٔ منتقل الیه را لازم میداند، زیرا تصدیق ناقل کشف از بطلان تقاضای اولیه او مینماید و ماده آئین‌نامه ناظر بر این امر میباشد.

چنانچه در جریان عملیات ثبتی، متقاضی فوت نماید، بدستور ماده «۱۰۵» آئین‌نامه پس از ارائهٔ گواهی حصر وراثت، بقیه عملیات ثبتی بنام وراث او جریان پیدا خواهد کرد.

باری پس از اتمام عملیات مقدماتی ثبت نسبت بجریان اداری و دادخواست اعتراض، ملک بنام کسی که دعوی اعتراض نتیجهٔ بنفع او خاتمه یافته در دفتر املاک وارد میشود.

قسمت چهارم- تصحیح اشتباهات عملیات مقدماتی قبل از ثبت ملک

در صورتی که قبل از ثبت ملک در دفتر املاک، ادارهٔ ثبت متوجه اشتباهی در جریان عملیات مقدماتی ثبت شود، در دو هیئت شورای عالی ثبت و هیئت نظارت بدستور ماده «۶» ق. ثبت اصلاحی سال ۱۷ مطرح میگردد و طبق تصمیم آنها عمل خواهد شد.

ماده «۶» اصلاحی سال ۱۷: «برای رسیدگی باختلافات و اشتباهات حاصله در امور مربوط به ثبت املاک و ثبت اسناد و تشخیص وقوع و مؤثر بودن اشتباه و رفع اختلاف و اخذ تصمیم مقتضی، دو هیأت بعنوان شورای عالی ثبت و هیئت نظارت در ادارهٔ کل ثبت

تشکیل میشود.

شورای عالی ثبت مرکب خواهد بود از مدعی العموم دیوان‌عالی تمیز و مدیر کل

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۶

امور قضائی یا یک نفر از اعضاء عالی‌رتبه قضائی به تعیین وزیر عدلیه و مدیر کل ثبت.

هیئت نظارت عبارت خواهد بود از معاون کل ثبت و رئیس ادارهٔ امور املاك و یک نفر از اعضاء ادارهٔ کل ثبت به تشخیص وزیر عدلیه، وظایف و حدود صلاحیت هر یک از دو هیئت مذکور در ماده «۲۵ و ۲۵ مکرر» تعیین میشود.

ترتیب طرح مسائل و رسیدگی در هر یک از دو هیئت بر طبق آئین‌نامه وزارت عدلیه خواهد بود».

ماده «۲۵» اصلاحی ق. ثبت سال ۱۷: «۱- هرگاه در اجرای مقررات مادهٔ «۱۱» از جهت پذیرفتن تقاضای ثبت اختلافی بین اشخاص و ادارهٔ ثبت واقع شود و یا اشتباهی تولید گردد و یا در تصرف اشخاص تزاحم و تعارض باشد رسیدگی بآن از صلاحیت شورایعالی ثبت مذکور در ماده «۶» خواهد بود که بتقاضای مدیر کل ثبت رسیدگی و اظهار نظر خواهد کرد.

۲- رسیدگی بسایر اشتباهات و اختلافاتی که در جریان عملیات ثبت املاك واقع شود از صلاحیت هیئت نظارت مذکور در ماده «۶» خواهد بود.

۳- در موارد صلاحیت هر یک از دو هیئت تشخیص وقوع اشتباه و مؤثر بودن آن با خود هیئت خواهد بود و رأی و تصمیم هر یک از آنها قطعی است بدون آنکه در رسیدگی باعتراضات به ثبت در محاکم تأثیری داشته باشد.

۴- هرگاه تشخیص صلاحیت یکی از دو هیئت مورد تردید اداره کل ثبت باشد و یا پس از ارجاع بهیئت نظارت، هیئت مذکور خود را صالح نداند موضوع در شورای عالی ثبت طرح و رأی این هیئت در تشخیص صلاحیت قاطع است.

۵- هرگاه شورایعالی ثبت یا هیئت نظارت تشخیص دادند که در جریان ثبت املاك اشتباه مؤثری واقع شده، عملیاتی که در نتیجهٔ آن اشتباه و یا بعد از آن بعمل آمده و یا اشتباه مربوط بآن بوده ابطال و جریان ثبت بر طبق مقررات این قانون تجدید یا

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۷

تکمیل یا اصلاح میگردد.

۶- هرگاه بر حسب تشخیص شورایعالی ثبت یا هیئت نظارت مقرر شود هر سه نوبت آگهی مذکور در ماده «۱۱» تجدید شود، معترضین مطابق ماده «۱۶» حق اعتراض خواهند داشت و چنانچه مقرر شود فقط آگهی‌های نوبت دوم و سوم و یا نوبت سوم تجدید شود در این صورت از تاریخ نشر آخرین آگهی تا پنجاه روز اشخاص حق اعتراض دارند.

۷- چنانکه اشتباه از طرف خود درخواست کنندهٔ ثبت ناشی شده باشد، هزینهٔ اقداماتی که برای جریان ثبت ملك بعمل می‌آید بعهدهٔ تقاضاکننده ثبت است و چنانچه رأی یکی از دو هیئت بر ابطال کلیه عملیات ثبتی باشد جریان مجدد عملیات ثبت موقوف بتأدیه حق‌الثبت جدید خواهد بود.

۸- رسیدگی هر یک از دو هیئت در اثر اشتباه یا اختلاف تا موقعی جائز و ممکن است که هنوز ملك در دفتر املاك به ثبت نرسیده باشد».

وزارت دادگستری نظر بقسمت ذیل ماده «۶» قانون ثبت مقرر میدارد:

۱- در مواردی که مطابق شق اول ماده «۲۵» قانون ثبت، رسیدگی باختلافات و یا اشتباهات و یا تزاحم و تعارض اشخاص در تصرف، از صلاحیت شورایعالی ثبت است، ادارهٔ ثبت مربوطه با رسیدگی باظهارات و مدارك طرفین و تحقیقات و معاینه محلی (چنانچه لازم باشد) باید گزارش جامعی با نظریهٔ خود تنظیم نموده بضمیمهٔ پروندهٔ ثبتی و اوراق مربوطه برسیدگی و تحقیقات برای طرح در شوری باداره امور املاك ثبت ارسال دارد.

ادارهٔ امور املاک بگزارشها و پیشینه‌های آن رسیدگی نموده و چنانچه نقایصی از حیث رسیدگی و تحقیقات مشاهده نماید اقدام لازم در رفع آنها مینماید و پس از تکمیل رسیدگی گزارش امر را با نظریه خود بر قابل طرح بودن در شورای عالی ثبت یا قابل

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۸

طرح نبودن، نزد مدیر کل ثبت میفرستد تا در صورتی که مدیر کل ثبت لازم بداند کار در شورایعالی مطرح گردد.

۲- در مواردی که آراء هیئت نظارت باید در شورایعالی ثبت مطرح گردد، مدیر کل ثبت برای تهیه گزارش و اظهار نظر یک نفر از رؤسا یا کارمندان ثبت را معین می‌نماید-.

۳- در موارد شق ۲ ماده «۲۵» که رسیدگی باشتباهات و اختلافات از صلاحیت هیئات نظارت است، ادارهٔ ثبت مربوطه در مورد اختلافات، باظهارات و مدارک اشخاص رسیدگی نموده در صورت لزوم با تحقیقات و معاینه محلی، گزارش موضوع را تنظیم نموده و با نظریه خود و اوراق مربوطه باداره امور املاک میفرستد و در مورد اشتباهات در جریان عملیات ثبتی باید قبلا محل، گزارش موضوع اشتباه را برای طرح در هیئات نظارت باداره امور املاک ثبت ارسال دارد و ادارهٔ امور املاک پس از رسیدگی چنانچه نقایصی از حیث رسیدگی مشاهده نماید اقدام در رفع آنها نموده پس از تکمیل در هیئت نظارت مطرح مینماید.

۴- در موارد مذکور در ماده «۲۵» مکرر که رسیدگی بآن از وظائف شورایعالی ثبت است (باستثناء آراء هیئت نظارت) اقدام برسیدگی و تحقیقات لازمه و تنظیم گزارش و اظهار نظر بعهدهٔ ادارهٔ امور اسناد است.

۵- تعیین جلسات شورای عالی ثبت بنظر مدیر کل ثبت بتناسب میزان کار خواهد بود.

۶- در جلسات شوری یک نفر از رؤساء یا کارمندان ادارهٔ ثبت به تعیین مدیر کل ثبت بسمت منشی‌گری انتخاب میشود.

۷- شورایعالی ثبت نسبت باموری که طرح میشود چنانچه نقایصی نسبت بمقدمات امر مشاهده ننماید نظریهٔ خود را اظهار مینماید و در صورت مشاهده نقیصه دستور مقتضی بمحل در رفع نقص خواهد داد و هرگاه موضوع را اساساً خارج از صلاحیت شورا بداند

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۱۹

رد مینماید، مگر اینکه موضوع بعنوان مشورت از طرف وزیر دادگستری یا مدیر کل ثبت مطرح شده باشد که در این صورت نظر مشورتی خود را اظهار خواهد نمود.

۸- در هر جلسه از جلسات شورایعالی ثبت صورت‌مجلس تنظیم میشود مشتمل بر امور ذیل:

۱- اسامی حاضرین.

۲- موضوع طرح شده.

۳- نظر شوری.

۴- امضاء اعضاء شوری.

قسمت پنجم- دفاتر اداره ثبت املاک

1- دفتر املاک.

اشاره

دفتر املاک یکی از مهمترین دفاتر اداره ثبت محسوب میشود. دفتر املاک دفتریست که در آن موقعیت و وضعیت طبیعی و حقوقی املاک و نام صاحبان آن ثبت میگردد.

دفتر املاک چنانکه ماده «۱» آئین‌نامه ثبت املاک مقرر داشته است در تهران یک نسخه و در ولایات دو نسخه میباشد که پس از

ختم و بسته شدن، بدستور ماده «۴» آئین‌نامه مزبور یک نسخه از آن در بایگانی حوزه وقوع ملک و نسخه دیگر به بایگانی اداره مرکزی ثبت اسناد و املاک کل ارسال میگردد.

اداره یا دائره ثبت ممکنست نسبت بوسعت خود دارای بخش‌های متعدد باشد، در این صورت بدستور ماده «۳» آئین‌نامه ثبت املاک برای ثبت املاک هر بخش، یک دفتر املاک تخصیص داده میشود. چنانکه حوزه شهرستان تهران را مورد مثل قرار دهیم اگر دارای ۱۲ بخش ثبتی است باید ۱۲ جلد دفتر املاک که هر یکی از مجلدات مختص

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۰

بیک بخش است دارا باشد که املاک واقعه در هر بخش در دفتر املاک مختص بان ثبت گردد.

صفحات هر مجلدی از دفتر املاک دارای شماره‌های ترتیبی است و برای ثبت هر ملکی در آن دفتر، چندین صفحه نسبت باحتیاجی که شرح دادن وضعیت آن ملک دارا است منظور میگردد و بر طبق ماده «۳» آئین‌نامه ثبت املاک برای ثبت هر شماره مستقل سه صفحه و بجهت ثبت هر شماره از املاک مزروعی علاوه بر گنجایش مقدار ثبت، لااقل سه صفحه سفید برای ثبت انتقالات بعدی منظور میگردد و هر یک از آن صفحات علاوه بر شماره ترتیبی دفتر، دارای شماره‌های مختص بخود خواهد بود.

ثبت ملک در دفتر بدو طریق ممکن است: بنام مالکین و بشماره پلاک.

۱- ثبت بنام مالکین

و آن ثبت ملک است در دفتر املاک بنام مالک ملک بدین طریق که وضعیت هر ملکی را بخواهند بدانند باید قبلا نام مالک آن را دانسته و پس از یافتن نام مزبور در دفتر املاک میتوان از وضعیت ملک اطلاع یافت.

ثبت بنام مالکین در دفتر هر چند بحروف تهجی تنظیم میشود ولی یافتن وضعیت ملک در دفتر فوق‌العاده دشوار است، زیرا مالکین تغییر مینمایند و انتقالات هرگاه در ذیل صفحه اولیه ثبت گردد باید نام مالک اول را منظور داشت و هرگاه صفحه جدید را تعیین و ملک بنام انتقال‌گیرنده ثبت شود علاوه بر آنکه هر انتقالی صفحهٔ جدیدی را ایجاب مینماید و بر حجم دفتر املاک افزوده میشود، احتیاج بمأمورین بیشتری خواهد داشت که مخالف اصل تشکیلات اداری است.

۲- ثبت بشمارهٔ پلاک

چنانکه قبلا گفته شد، پس از تعیین نواحی ثبتی، هر یک از املاک واقعه در بخش را شماره‌گذاری نموده و آن شماره بوسیلهٔ فلزی یا سنگی در آن ملک نصب میگردد و بدین طریق هر ملکی بشماره مخصوص معرفی شده و شخصیت ثبتی پیدا مینماید و در دفتر املاک هم تحت آن شماره ثبت میگردد.

در این طریقه اشکالات مذکور در طریقه ثبت بنام مالکین موجود نیست و میتوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۱

بر وضعیت هر ملکی بسهولت پس از دانستن شماره و حوزه آن اطلاع یافت و بدین جهت است که کشورها عموماً ثبت در دفتر املاک را بشماره پلاک پذیرفته‌اند.

ثبت ملک در دفتر املاک بطریق فوق بدو نحو معمولست: بترتیب ورود- بترتیب شمارهٔ پلاک.

الف- ثبت بترتیب ورود- و آن طریقهٔ است که در ایران پیروی شده و هر ملکی پس از اتمام عملیات مقدماتی ثبت، تحت شمارهٔ مختص بخود بدون رعایت ترتیب شماره پلاک، در دفتر املاک وارد میگردد. مثلا هرگاه جریان مقدماتی پلاک صد خاتمه پیدا

کند و جریان پلاک ۵ تمام نشده باشد پلاک ۱۰۰ قبل از پلاک ۵ در دفتر ثبت میشود. و چون شماره‌های املاک بترتیب وارد دفتر نمیشود اطلاع بر وضعیت ملکی بدون کمک دفتر دیگری دشوار میبود، لذا دفتر دیگری که دفتر نمایندهٔ املاک مینامند ایجاد نموده‌اند که در آن شماره‌های پلاک بترتیب، یکی پس از دیگری ذکر شده و در مقابل هر شماره بصفحه و شمارهٔ دفتر املاک مربوطه که پلاک مزبور در آن ثبت است اشاره میشود تا در موقع لزوم شمارهٔ پلاک مربوطه را در دفتر املاک بیابند.

ب- ثبت بشمارهٔ ترتیب- و آن ثبت ملک بشماره‌های ترتیبی است. در این طریق احتیاجی بداشتن دفتر نماینده املاک نیست و بآسانی پلاک لازم را در دفتر املاک میتوان یافت. طریق مزبور در سویس پیروی شده است.

هر یک از طرق فوق که در تنظیم دفتر املاک منظور شود در صفحات مختصه بهر ملک دو امر باید ذکر گردد:

اول- فنی

در قسمت فنی امور ذیل ذکر میشود:

مشخصات و شرح ملک و حدود آن چنانکه در پروندهٔ ثبتی است.

هرگاه ثبت ملک از نظر مالی یا حقوقی و مالی است، تعیین مقدار اراضی دائره و مقدار محصول و عایدات خالص آن لازم میباشد ولی هرگاه ثبت ملک فقط از نظر حقوقی است احتیاجی بذکر امور مزبور نخواهد بود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۲

تعیین قیمت ملک از نظر مالی برای وصول مقدار مالیات و از نظر حقوقی برای اخذ حق‌الثبت است.

دوم- حقوقی

در قسمت حقوقی امور ذیل ذکر میگردد:

وضعیت حقوقی ملک- نام مالک- معاملات و انتقالات راجعه بآن و توقیف ملک.

بدستور ماده «۱۰۳» آئین‌نامه پس از اتمام عملیات مقدماتی ثبت، مسئول دفتر ملک را با مشخصات زیر در دفتر املاک ثبت نموده و بامضاء مدیر ثبت یا کارمندی که از طرف وزارت دادگستری برای امضاء کردن دفتر و برگهای مالکیت مجاز است میرساند:

۱- شماره ملک ۲- تاریخ ثبت ملک در دفتر املاک ۳- نام و نام خانوادگی و شماره شناسنامه و محل صدور آن و محل اقامت و تابعیت مالک.

۴- نوع و مشخصات ملک و محل وقوع و اجزاء و متعلقات آن.

۵- حدود ملک.

۶- بهاء ملک «۱».

۷- حقوق عینیه که اشخاص در آن ملک دارند با ذکر اسامی صاحبان آن حقوق

---

(۱) چون تعیین قیمت ملک در اخذ حق‌الثبت مؤثر است و مالکین نوعاً املاک خود را کمتر از قیمت واقعی آن تقویم مینمایند، لذا اداره ثبت در تقویمی که صاحبان املاک مینمایند تجدید نظر می‌کند و چنانکه بخشنامه شماره ۲۳۰۹۳ مورخه ۲۹/ ۱۰/ ۱۱ بادارات ثبت دستور میدهد، قیمت عادله هر ملکی را بایـد در نظر گرفته و تفاوت حق‌الثبت را دریافت دارند و قبل از ارزیابی ورقه مالکیت صادر نگردد و هرگاه ارزیابی ملک محتاج بجلب نظر کارشناس فنی است بر حسب احتیاجات محلی یک یا دو کارشناس و ارزیاب

در نظر گرفته و اداره ثبت استخدام نماید. برای سهولت وصول حق‌الثبت بخشنامه شماره ۱۷۱۲۰/ ۲۸۵۵۴ مورخه ۱۵/ ۱۱/ ۱۲ دستور داده که کلیه املاک واقعه در هر بلوک را بترتیب شماره ردیف ارزیابی کرده صورت آن را تهیه و روی هر پرونده یادداشت بگذارند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۳

و همچنین حقوق ارتفاقی که برای آن ملک در املاک مجاور یا برای املاک مجاور در آن ملک موجود است.

در صفحات مختصه دفتر املاک ستونهای مخصوصی برای ذکر وضعیت حقوقی معین نشده است، بلکه بلافاصله پس از نوشتن قسمت فنی، قسمت حقوقی نوشته میشود و انتقالات بترتیب تاریخ یکی بعد از دیگری وارد میگردد. اشکالی که این طرز در بر دارد آنست که برای اطلاع از جزئیات حقوقی ملک باید تمامی صفحات مختصه بآن ملک مراجعه شود.

بنظر میرسد که هرگاه صفحات دفتر املاک علاوه بر ستون ملاحظات دارای ستون‌های- جداگانه برای هر یک از معاملات، حقوق ارتفاقی و وثیقه (رهن، معاملات با حق استرداد) میبود، اطلاع یافتن از وضعیت ملک سهل می‌گشت. برای توضیح این امر دفتر املاک سویس شرح داده میشود:

هر صفحه از دفتر املاک دارای ستونهای متعددیست که در هر یک موضوع مخصوصی ثبت میگردد:

در ستون مالک: نام مالک- تاریخ ثبت- طریق مالکیت- اشاره بورقه مثبتهٔ آن درج میشود.

در ستون حقوق ارتفاقی: حقوق ارتفاقی ملک مورد ثبت در املاک مجاور و بالعکس حقوق ارتفاقی املاک مجاور در ملک مورد ثبت با تعیین تاریخ و شمارهٔ سند راجعهٔ بآن نوشته میشود.

در ستون وثیقه و تعهدات: عنوان وثیقه- نام طلبکار- مبلغ دین- ربح آن- تاریخ ثبت و شماره سند مربوطه قید میگردد.

در ستون ملاحظات: امور راجعه بوثیقه از قبیل پرداخت قسمتی از دین یا تخفیف در ربح و غیره درج میشود.

در ستون یادداشت: مفاد مواد «۹۵۹/- ۹۶۱» قانون مدنی سویس مانند حق

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۴

استرداد در معاملات با حق استرداد، اجاره، توقیف ملک و غیره نوشته میشود.

واگذاری قسمتی از ملک

اشاره

یکی از موضوعاتی که باید تذکر داده شود تعیین شمارهٔ پلاک قسمتی از ملک ثبت شده است که مفروزاً مورد معامله واقع میشود. عموماً دو طریقه در تعیین شماره آن معمول داشته‌اند:

۱- طریقه شماره فرعی. ۲- طریقه شماره ردیف.

۱- طریقه شمارهٔ فرعی

و آن عبارتست از دادن شمارهٔ فرعی از پلاک اصلی بقسمتی از ملک که مفروز میگردد، چنانچه هرگاه قسمتی بطور مفروز از پلاک ۶۵۳ بکسی انتقال داده شود، برای ثبت قسمت مزبور در دفتر املاک، پلاک فرعی ۱/ ۶۵۳ تعیین میگردد و امور مربوطه بقسمت فرعی مزبور در ذیل صفات مختصه بپلاک اصلی (۶۵۳) در دفتر املاک نوشته میشود و هرگاه قسمت دیگری مفروزاً از پلاک (۶۵۳) انتقال داده شود بپلاک فرعی ۲/ ۶۵۳ تعیین میگردد و امور راجعه بقسمت فرعی اخیر بلافاصله در ذیل قسمت اول

نوشته میشود.

۲- طریقهٔ شمارهٔ ردیف:

و آن عبارت از دادن آخرین شمارهٔ اصلی است بقسمت مفروز مورد واگذاری، چنانکه برای قسمت مفروز از پلاک ۶۵۳ پس از انتقال آخرین شماره ردیف معین شده و در صفحات مختصه بپلاک جدید درج خواهد شد. این طریقه بر طریقه اول برتری دارد، زیرا انتقال قسمتی از ملک بطور مفروز شخصیت جدیدی برای آن ایجاد مینماید و این امر موجب داشتن پلاک مستقلی خواهد بود که تمامی وضعیت فنی و حقوقی یکی بعد از دیگری در صفحات مختصه بآن درج خواهد شد و در موقع لزوم مراجعه بآن سهل خواهد بود. اگر چه عمل بطریقه مزبور موجب افزایش اوراق دفتر املاک گردد.

طریقهٔ شمارهٔ پلاک فرعی در دفتر املاک ایران پیروی شده است، و بدستور مادهٔ «۱۰۴» آئین‌نامه ثبت املاک شمارهٔ فرعی را در صفحهٔ مستقلی از دفتر اصلی یا متمم

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۵

آن با تمام مشخصات مانند ملک مستقلی ثبت میکنند و در ستون ملاحظات پلاک اصلی، مراتب را با مرکب قرمز قید مینمایند.

چون اوراق مختصه بهر پلاک در دفتر املاک، در اثر ثبت معاملات ممکن است تمام شود، دفتر دیگری که دفتر فرعی املاک مینامند موجود میباشد که صفحات آن را بکمک خواسته و معاملات مربوطه بهر پلاکی را بترتیب صفحاتی که برای پلاک معینه اختصاص میدهند درج میشود و برای مراجعه بآن در ذیل صفحات مختومه دفتر املاک، شماره دفتر فرعی و صفحهٔ مربوطه ذکر میگردد.

برای آنکه بر عدهٔ دفاتر املاک افزوده نشود در بعضی کشورها طریقه دیگری برای ثبت املاک در دفتر پیش‌بینی شده است و آن اختصار در مطالب مندرجه در دفتر میباشد، بدین طریق که چون هر پلاکی دارای پرونده ثبتی است که اوراق مربوطه از نقشهٔ ترسیمی و مستندات حقوقی در آن بایگانی میباشد، لازم ندانسته‌اند که قسمتهای فنی و حقوقی و همچنین انتقالات راجعه باملاک مفصلا در دفتر نوشته شود، بلکه کافی است که بموضوعات لازمه اشاره شود و بشماره مستند و بایگانی شده در پرونده، احاله گردد.

2- دفتر ثبت قنوات.

طبق ماده «۱۲۶» آئین‌نامه ثبت املاک دفتری برای ثبت قنوات که جزء ملک نبوده و مستقلا مورد معامله واقع میگردد، تخصیص داده شده است که در آن تعداد قنوات هر بخش و سهام مالکین هر یک ثبت میگردد. در ولایات از دفتر مزبور دو نسخه تنظیم میشود.

3- دفتر نمایندهٔ املاک:

چنانکه قبلا تذکر داده شد طریقهٔ ثبت املاک بترتیب ورود، ایجاب دفتر دیگری بنام دفتر نمایندهٔ املاک مینماید. ماده یک آئین‌نامه هم وجود آن را لازم دانسته و برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۶

هر بخش یا بلوکی که دارای شماره ردیف است یک دفتر نماینده اختصاص داده شده است باین ترتیب که هرگاه بخشی دارای ۲۰۰۰۰ پلاک اصلی باشد یک دفتر و در صورت عدم کفایت، دفتر نماینده املاک بیشتری خواهد داشت که املاک را بترتیب شماره در آن دفاتر وارد مینمایند؛ بدین نحو پس از آنکه آگهی‌های نوبتی ثبت عمومی یک بخش یا بلوک خاتمه پیدا نمود و

شماره‌های اصلی و فرعی معین شد، باید از شماره یک مرتباً شماره‌های املاك را در ستون شمارهٔ ملك وارد کرد و شماره‌های فرعی را هم در ذیل شماره‌های اصلی آن بترتیب قید نمود و پس از صدور ورقهٔ مالکیت، مشخصات مالك در تاریخ ثبت و سایر مطالب در ستونهای مخصوصه در مقابل هر پلاکی ثبت خواهد شد.

4- دفتر ثبت موقوفات:

املاك موقوفه بین املاك دیگر دارای خصوصیت حقوقی است که آن را از نقل و انتقال جز در موارد مخصوصه بر طبق ماده «۸۸» قانون مدنی مصون داشته است، ولی وضعیت حقوقی املاك دیگر نوعاً در تغییر و تبدیل میباشد و بدین جهت دفاتر املاك همیشه در جریان و مورد احتیاج است، لذا آئین‌نامه ثبت، دفتر مخصوصی برای ثبت موقوفات معین نموده است که پس از ذکر وضعیات فنی و حالات حقوقی موقوفات در دفتر املاك، در دفتر ثبت موقوفات بترتیب و در زیر یکدیگر ثبت میگردد و بشماره و صفحهٔ دفتر املاك اشاره میشود. در دفتر مزبور احتیاج بگذاردن صفحه سفید نخواهد بود. بدستور ماده «۱۰۷» آئین‌نامه ثلث باقی نیز در دفتر موقوفات ثبت میشود، زیرا ثلث باقی، مانند موقوفات جز در موارد استثنائی قابل واگذاری نمیباشد.

5- دفتر املاک توقیف شده:

چون در موارد محکومیت اشخاص، یا تعهد پرداخت وجه و یا مالی بوسیله سند رسمی ممکن است اجرائیه از دادگاهها یا ادارهٔ ثبت اسناد صادر شود و در اثر امتناع مدیون از اجراء آن بمعرفی دائن، املاك او توقیف شود و یا مستقیماً از طرف دادگاهها،
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۷
ملك تأمین و توقیف گردد برای آنکه ملك توقیف شده مصون از نقل و انتقال بماند، بادارهٔ ثبت اسناد و املاك حوزهٔ وقوع ملك بوسیلهٔ نامه و یا قرار اطلاع داده میشود که ملك در تحت پلاك معینه توقیف گردد. در ادارهٔ ثبت املاك دفتر مخصوصی که دفتر املاك توقیف شده نامیده میشود موجود است که هرگاه آن ملك بنام دیگری به ثبت نرسیده باشد، توقیف ملك مزبور با خصوصیت و تاریخ در آن درج میگردد و در صورتی که ملك مزبور بنام دیگری به ثبت رسیده یا قبلا توقیف شده باشد بوسیلهٔ نامهٔ در جواب آن از طرف اداره ثبت بدادگاه یا اداره مربوطه اطلاع داده خواهد شد.
در صورتی که ملك بنام کسی که دستور توقیف بر علیه او صادر شده است در دفتر املاك ثبت شده باشد، توقیف نیز در دفتر املاك ثبت میگردد. و هرگاه ملك مورد توقیف مجهول المالك آگهی شده است، نامه وارده در پروندهٔ مربوطهٔ بآن ملك بایگانی شده و باداره یا دادگاه در پاسخ، وضعیت ملك تذکر داده میشود.

6- دفتر املاک مجهول المالک

مطابق ماده «۱۲» قانون ثبت اصلاحی سال ۲۲: «نسبت باملاکی که مجهول المالك اعلان شده، اشخاصی که حق تقاضای ثبت دارند میتوانند در ظرف مدت دو سال از تاریخ اجرای این قانون تقاضای ثبت نمایند و پس از گذشتن مدت دو سال، معاملات راجع بآن املاك، قبل از تقاضای ثبت در دفتر اسناد رسمی پذیرفته نمیشود و صدی «۲۵» از حق- الثبت معمولی در موقع تقاضای ثبت علاوه دریافت خواهد شد، و نسبت باملاکی که آگهی نوبتی آنها منتشر نشده از تاریخ انتشار اولین آگهی نوبتی مذکور در ماده «۱۱» معاملات این املاك به هیچ عنوان قبل از تقاضای ثبت، در دفاتر اسناد رسمی پذیرفته نخواهد شد و پس از یک سال از تاریخ اولین آگهی نوبتی صدی «۲۵» از حق‌الثبت معمولی در موقع تقاضای ثبت علاوه دریافت خواهد شد.
در این موارد املاکی که قیمت آنها تا پنج‌هزار ریال است از پرداخت حق‌الثبت
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۸

بکلی معاف هستند و املاکی که قیمت آنها تا ده هزار ریال است فقط از پرداخت صدی ۲۵ اضافه معاف خواهند بود.»
لـذا برای آنکه پس از انقضاء مـدت دو سال املاکی که تقاضای ثبت آن نشده معلوم باشد، دفتری بنام دفتر املاک مجهول المالك با سـتونهای لازمه تنظیم گردیده است تا پس از انتشار آگهی نوبتی هر بخش، شـماره‌هائی که تمام یا قسمتی از آن مجهول المالك آگهی شـده، فورا در دفتر املاـك مجهول المالـك ثبت گردد و بدسـتور مـاده «۵۱» آئین‌نامه بتدریـج که نسبت باملاك مـذکور تقاضای ثبت میشود، در سـتونهائی که برای هر شـش ماه اول و دوم هر سال منظور گردیده است در محل مخصوص خود یادداشـت میشود تا بقسـمی که مذکور شد در هر موقع معلوم باشد نسبت بکدام شماره مجهول المالك تقاضای ثبت شده است تا برای انتشار آگهی‌های آنها در هر شش ماه اقدام گردد و همچنین بتوان مفاد ماده «۱۲» اصلاحی قانون ثبت را اعمال نمود.
دفـاتر دیگری برای انجـام عملیـات مقـدماتی ثبـت املاـك در اداره ثبـت موجـود اسـت کـه در آئین‌نـامه تـذکر داده نشـده و در اثر احتیاجات تنظیم گردیده است.

قسمت ششم– پروندهٔ ثبتی

پس از رسیدن اظهارنامه بادارهٔ ثبت، در بایگانی پرونده تشکیل میگردد که اظهارنامه و اوراق و اسناد مربوطه به پلاك مورد تقاضا، در آن ضـبط شود. املاك مجهول المالك نیز دارای پرونـده‌ای میباشـد که اوراق و خلاصه معاملات مربوطه در آن بایگانی میشود. برای سـهولت امر بایگانی، شمارهٔ پروندهٔ ثبتی و شمارهٔ پلاك ملك یکی است. بدستور ماده «۹۵» آئین‌نامه پرونده‌های ثبتی املاك از ادارات ثبت خارج نمیگردد و اگر مقام صلاحیتداری خواستار پرونده ثبتی باشد با اجازهٔ مدیر ثبت، بوسیلهٔ یکی
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۲۹
از کارمنـدان ادارهٔ ثبت برای رسـیدگی فرسـتاده میشود و پس از ملاحظه اعاده میگردد و بردن پرونـده برای تعیین حـدود بخارج، از این ترتیب مستثنی است.

قسمت هفتم– سند مالکیت

پس از اتمام جریان عملیات مقـدماتی ثبت، چنانکه گفته شـد وضـعیت ملك در دفتر املاك وارد میشود و بر طبق آن سـند مالکیت صادر و در ذیل آن نوشـته میشود: (این سـند که مطابق با ثبت دفتر املاك است بر حسب دسـتور مادهٔ «۲۱» قانون ثبت به .... مالك داده میشود و سـند رسمی است) و بامضاء مدیر ثبت یا کسی که از طرف وزارت دادگستری حق امضاء را دارد ممضی و بمهر ادارهٔ مزبور میرسـد، و در دفتر وارد و شـمارهٔ خروج زده بمالك آن میدهند و رسـید دریافت میدارند و مینوت سـند مالکیت هم به امضاء مدیر ثبت یا کسی که از طرف وزارت دادگستری برای این امر معین شده رسیده، در پرونده مربوطه بایگانی میشود.
برای تسـریع جریان امور ثبت، بر طبق بخشـنامهٔ شـماره ۳۰۶۹۷ مورخهٔ ۲۹/ ۱۱/ ۱۲ بادارات ثبت دسـتور داده شـده است که بصدور اوراق مـالکیت مراجعه کننـدگان اکتفـا ننموده بلکه بایـد از روی شـمارهٔ ردیف، اقـدام بصـدور اوراق مـالکیت املاـکی که جریـان مقـدماتی را طی نموده‌انـد بنماینـد و سـپس صورتی از اوراق مـالکیت صـادر شـده در روزنامه منتشـر کننـد تا صاحبان املاك برای تصفیهٔ حساب خود و اخذ اوراق مالکیت باداره ثبت مراجعه نمایند.
سنـد مـالکیت در ابتـدا عبـارت از ورقهٔ بوده است که معاملات و انتقالات در ذیل آن ثبت میشـده ولی چون در جریان عمل، عـدم کفایت آن برای ثبت معاملات ظاهر گردید بکتابچه با جلد چرمی یا مشمعی مبدل شد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۰

قسمت هشتم– مراجعه بدفتر املاک

مندرجات دفتر املاک در حدود مادۀ «۲۲» قانون ثبت نسبت بتمامی افراد دارای اعتبار کامل است و مراجعۀ بآن مورد احتیاج بسیاری از افراد میباشد، لذا مادۀ «۸» قانون ثبت اسناد و املاک، مانند قانون آلمان و سویس، مراجعۀ بدفتر مزبور را برای اشخاص ذی‌نفع جایز دانسته است.

قانون سویس مراجعۀ بدفتر املاک را بطور مطلق تجویز ننموده است، بلکه مادۀ «۹۷۰» قانون مدنی سویس فقط باشخاص ذی‌نفع اجازه میدهد که میتوانند با حضور یکی از مأمورین صفحات مختصه پلاکی را که معین میکنند مراجعه نمایند. در مادۀ مزبور اجازه داده شده که شخص ذی‌نفع میتواند بطریق فوق، مستندات راجعۀ بآن پلاک را در پروندۀ ثبتی مراجعه نماید و همچنین از جریان ثبتی آن گواهی بخواهد.

در قانون فرانسه اجازه داده شده است بدون آنکه کسی اثبات نفعی برای خود بنماید میتواند از وضعیت املاک اطلاع بخواهد. قید ذی‌نفع بودن مراجعه کنندگان در قوانین آلمان و سویس مخالف با اعتبار کامل مندرجات دفتر املاک است که موجب آزادی مراجعه بآن خواهد بود.

مراجعه بدفاتر املاک ایران برای اشخاص ذی‌نفع مطابق مقررات آئین‌نامه وزارت دادگستری بعمل می‌آید. از مفهوم مادۀ «۸» که مراجعه بدفاتر املاک را باشخاص ذی‌نفع اجازه داده است استفاده میشود که رجوع بدفاتر دیگر، برای عموم ممنوع میباشد.

ولی بدیهی است که اصحاب معامله و قائم مقام آنها حق دارند از دفاتر دیگر در حدود مقررات اداری استفاده نمایند و بدین جهت قانون ثبت خود را محتاج بذکر آن ندانسته است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۱

مبحث دوم – تغییر مندرجات دفتر املاک

اشاره

پس از آنکه ملکی در دفتر املاک ثبت گردید قانون در سه مورد آن را قابل تغییر و تبدیل دانسته است:

۱- بوسیلۀ انتقال.

۲- بوسیلۀ ارث.

۳- بوسیلۀ اعلام صاحب ملک.

قسمت اول – ثبت معاملات

1- موارد ثبت معاملات.

مادۀ «۲۲ و ۲۶» قانون ثبت، تغییر دفتر املاک را در موارد ذیل اجازه داده است:

الف- انتقال تمام یا قسمتی از ملک ثبت شده.

منظور از انتقال، اخراج ملک است از مالکیت مالک آن، به نحوی از انحاء قانونی، مانند معاوضه- بیع- صلح- هبه و امثال آن و همچنین است وصیت اگر چه تحقق انتقال منوط بفوت موصی میباشد.

انتقال اعم است از آنکه برضایت مالک بعمل آید، چنانکه مالک یا قائم مقام قانونی او ملک را انتقال دهند و یا بر طبق مقررات قانونی در اثر صدور برگ اجرائیه از دادگاه و یا برگ لازم‌الاجراء ادارۀ ثبت، ملک از طرف دادگاه یا ادارۀ ثبت، انتقال داده شود.

ب- واگذاری حقی نسبت بعین ملک ثبت شده و آن بر دو نوع است:

۱- حق ارتفاق مانند حق‌العبور و حق‌الشرب و امثال آن.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۲

۲- حق وثیقه در مورد رهن و معاملات با حق استرداد.

ج- واگذاری حق انتفاع: عمری، رقبی، سکنی و حبس.

د- معاملات راجع بانتقال منافع برای مدت بیش از سه سال.

انتقال منافع بیش از سه سال تحت هر عنوان قانونی که واقع گردد خواه اجاره باشد و خواه صلح باید در دفتر املاک ثبت گردد. لزوم ثبت انتقال منافع ملك در مدت بیش از سه سال را میتوان از این جهت دانست که انتقال منافع املاك اگر چه مزروعی باشد نوعاً سه سال یا کمتر واقع میشود و هرگاه اینگونه معاملات در دفتر املاك وارد شود، صفحات مختصه بزودی پر میگردد و از طرف دیگر تأثیر فاحش در قیمت ملك نمینماید تا وضعیت اقتصادی ملك را تغییر دهد و برای اطلاع عمومی ثبت آن لازم باشد، بخلاف انتقال منافع ملك در مدت بیش از سه سال که ثبت آن را، قانون لازم دانسته است.

ه- افراز در مورد ملك مشاع.

چون افراز ملك مشاع تغییر در وضعیت حقوقی ملك میدهد ثبت آن در دفتر املاك نیز لازم است و عدم تذکر قانون را میتوان حمل بر وضوح مطلب با ذکر امور فوق نمود، یا ممکن است آن را نوعی از انتقال قسمتی از ملك دانسته باشد، گرچه این تصور بعید است.

2- طریق ثبت معاملات در دفتر املاک.

برای جلوگیری از تقلباتی که ممکن است در مورد معاملات راجعهٔ باموال غیر منقول بعمل آید، آئین‌نامه در حدود قانون ثبت، مقرراتی را وضع نموده و بخشنامه‌هائی در تکمیل آن صادر شده است که مختصراً بیان میگردد:

معاملات راجعه باموال غیر منقول ثبت شده مطابق ماده «۴۶» قانون ثبت باید بوسیلهٔ سند رسمی بعمل آید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۳

سردفتر با رعایت تشریفات لازم از قبیل ارسال برگ سؤالیه بادارهٔ ثبت مربوطه و رسیدن پاسخ آن سند معامله تنظیم و ثبت مینماید و خلاصهٔ معامله را در دو نسخه روی برگ مخصوصی که از طرف وزارت دادگستری تهیه شده می‌نویسد، یکی را بکسی که ملك یا حقی باو واگذار شده تسلیم و دیگری را برای استحضار بدفتر املاك حوزهٔ ثبت ملك ارسال میدارد. بر طبق مادهٔ «۱۰۴» اصلاحی ۲۳ و ۲۴ آئین‌نامه پس از وصول خلاصهٔ معامله، دفتر املاك بطریق ذیل عمل خواهد نمود:

۱- در مورد انتقال قطعی تمام ملك، خلاصهٔ انتقال در زیر ثبت ملك درج، و در ستون ملاحظات دفتر املاك با مرکب قرمز خروج آن را از مالکیت مالك اول قید مینماید.

۲- در مورد انتقال قطعی قسمتی از ملك مفروزاً یا مشاعاً خروج آن را از مالکیت مالك اول بنحوی که بمنزلهٔ ذکر خلاصهٔ معامله نیز محسوب گردد با مرکب قرمز در زیر ثبت ملك یا در ستون ملاحظات دفتر املاك قید مینمایند. در صورتی که مورد انتقال قسمت مشاع از ملك باشد، بنحو ثبت املاك مشاعه و چنانچه مفروز است مانند ثبت یک مستقل با تمام مشخصات و حدود و بها، در صفحهٔ مستقلی از دفتر اصلی یا متمم، ثبت مینماید و در ملاحظات ثبت جدید اشاره به افراز قسمت مزبور از پلاك اصلی با تذکر بشمارهٔ صفحهٔ ثبت اصلی ملك خواهد شد.

هرگاه برای استیفاء طلب دائن، تمام یا قسمتی از ملك مدیون طبق حکم دادگاه بتصرف داین داده میشود، ادارهٔ ثبت باید متصرف را جانشین مدیون شناخته و مطابق همان حکم ملك را بنام محکوم له در زیر ثبت اصل ملك مانند مورد انتقال ثبت نماید (ماده

۱۲۴ آئین‌نامه ثبت).

۳- در مورد انتقال شرطی یا رهنی تمام یا قسمتی از ملک، بنحو فوق الذکر، در دفتر املاک در زیر ثبت ملک قید، و فسخ یا فک آن را در ستون ملاحظات، در مقابل قسمت مربوطه یادداشت مینمایند.

۴- در مورد واگذاری حق انتفاع و یا ارتفاق و همچنین در مورد انتقال منافع

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۴

بیش از سه سال، خلاصهٔ معامله در زیر ثبت اصل ملک در دفتر املاک وارد خواهد شد.

در صورتی که انتقالات عدیده نسبت بملک مورد ثبت بعمل آید کلیه آن انتقالات در دفتر املاک زیر یکدیگر بترتیب تاریخ، ثبت خواهد شد. منظور، تاریخ تنظیم سند میباشد که در برگهای خلاصهٔ معامله قید گردیده است.

بنابر آنچه گذشت خلاصهٔ معامله که بدفتر املاک میرسد مسئول دفتر فوراً وارد دفتر می‌نماید و در صورتی که چندین معامله بتواریخ مختلف واقع شده و هیچیک وارد دفتر نشده بترتیب وقوع معامله یکی را پس از دیگری ثبت مینماید. «۱»

در کلیه موارد فوق پس از درج مراتب، دفتر املاک بامضاء مدیر ثبت یا کارمندی که از طرف وزارت دادگستری برای امضاء کردن دفتر و برگهای مالکیت مجاز است میرسد.

قسمت دوم- ثبت انتقال بوسیلهٔ ارث

اشاره

هرگاه کسی که ملک که در دفتر املاک بنام او ثبت شده است فوت نماید، برای تغییر دفتر املاک و ثبت ملک بنام ورثهٔ او مادهٔ «۲۲» قانون ثبت سه امر را که: ۱- وراثت ۲- انحصار ۳- توافق ورثه در سهم الارث باشد، لازم دانسته است. بنابراین

---

(۱) اگر چه قانون در مورد معاملات راجعهٔ باموال غیر منقول سر دفتر را مکلف بمراعات مقررات لازمه در ثبت سند از قبیل تحقیق در هویت متعاملین و عدم مخالفت آن با مصرحات قانونی نموده است، و لیکن برای جلوگیری از وقوع اشتباه در دفتر املاک، مسئول دفتر املاک را نیز مکلف نموده است که در صحت معامله و وقوع آن از طرف کسی که حق آن معامله را دارد نظر نماید و هرگاه سند مخالف صریح قوانین موضوعهٔ کشوری است و یا انتقال دهنده حق چنین انتقالی را نداشته، از ثبت آن امتناع نماید (مفهوم مواد ۱۰۰ و ۱۰۱ قانون ثبت).

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۵

هر یک از ورثه میتواند با ابراز گواهی انحصار وراثت که مثبت وراثت و انحصار است و ورقهٔ حاکی از موافقت بقیهٔ ورثه در مقدار سهم الارث، تقاضای ثبت ملک را در مقداری که استحقاق دارد بنام خود از ادارهٔ ثبت بخواهد.

هرگاه موافقت بین آنها حاصل نشود حل امر منوط باقامهٔ دعوی در دادگاه صلاحیتدار و صدور حکم نهائی خواهد بود. در صورتی که در تصدیق انحصار وراثت بدستور ماده «۳۷۲» ق. امور حسبی، سهم وارث یا ورثه از متروکات بنحو اشاعه معین شده باشد، گواهی بر توافق ورثه در سهم الارث لازم نیست.

باری پس از ابراز انحصار وراثت و تعیین سهم الارث بدستور ماده «۱۰۵» آئین‌نامه خلاصهٔ مفاد و شمارهٔ گواهینامه بر حصر وراثت، در ملاحظات دفتر قید، و در زیر ثبت اولیه، ملک بنام وارث نسبت بسهام آنها ثبت میشود و چنانچه مالک پس از خاتمهٔ جریان عملیات ثبتی و قبل از ثبت ملک فوت نماید، بدستور قسمت اصلاحی مادهٔ «۱۰۵» در سال ۲۳، ملک طبق مقررات بنام وارث با قید انتقال از مورث با داشتن گواهی حصر وراثت و توافق در سهم الارث، ثبت میگردد و دیگر ملک مستقلا بنام مورث ثبت نخواهد

شد.

مندرجات دفتر املاک دارای اعتبار کامل است لذا همین که ملکی بنام کسی ثبت گردید او مالک شناخته خواهد شد تا آنکه ثبت بنام دیگری تبدیل گردد و این امر کاملا در مورد انتقال اختیاری مراعات گردیده است، و ماده «۲۲» قانون که میگوید:
«... کسی که ملک مزبور باو انتقال گردیده و این انتقال نیز ثبت گردد ...» تصریح باین امر مینماید، ولی در مورد ارث مراعات این اصل ممکن نیست، زیرا ترکه بفوت مورث قهراً بورثه منتقل میشود و هرگاه مالکیت رسمی آنها منوط بثبت در دفتر املاک باشد، باید مورث را که ملک بنامش ثبت شده است، پس از فوت، مالک شناخت و این امر خلاف اصل حقوقی است، بدین جهت است که ماده «۲۲» مالکیت ورثه را منوط به

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۶

ثبت ملک بنام آنها ندانسته است و تصریح مینماید: «... یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً باو رسیده باشد مالک خواهد شناخت». بنابراین با ابراز دلیل بر ثبت ملک بنام مورث در دفتر املاک و تصدیق انحصار وراثت مادامی‌که دلیل خلاف ابراز نگردد، وارث مالک شناخته میشود، مثلا هرگاه کسی بعنوان وراثت با ابراز ادلهٔ مذکوره تقاضای افراز خانه را بطرفیت مالک مشاع بنماید، دادگاه او را مالک میشناسد و رسیدگی بتقاضای افراز او می‌نماید.

3- ثبت حق وثیقه بوسیلهٔ اعلام مالک

در بعض موارد استثناءً قانون اجازه میدهد که در نتیجهٔ اعلام صاحب ملک بحقانیت کس دیگری در ملک ثبت‌شدهٔ خود، دفتر املاک تغییر یابد و آن حق در دفتر قید گردد.

یکی از آن موارد در صورتیست که ملک قبلا مورد رهن و یا معاملهٔ با حق استرداد بوده و متقاضی در اظهارنامهٔ خود حق مزبور را قید ننموده است و مدت اعتراض گذشته و ملک در دفتر املاک ثبت شده باشد، در این مورد مالک باید در حدود مادهٔ «۱۱۶» قانون ثبت حق مرتهن و انتقال‌گیرنده را در اداره ثبت تصدیق نماید، در این صورت حق انتقال‌گیرنده یا مرتهن در دفتر املاک، ذیل ثبت اصل ملک درج میگردد، و همچنین است در موارد مذکور در ماده «۱۰۵ و ۱۰۶» قانون ثبت که پس از اخطار ادارهٔ ثبت حق مالک را طرف باید تصدیق کند.

مبحث سوم – اعتبار مندرجات دفتر املاک

اشاره

مندرجات دفتر املاک نسبت بثبت هر ملکی دو قسمت میباشد:

اول – قسمت فنی و حقوقی ملک.

قسمت فنی ثبت هر ملکی عبارت از قسمتهائی است که از وضعیت طبیعی مورد

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۷

ثبت حکایت مینماید از قبیل خانه یا باغ یا زمین بودن مورد ثبت و همچنین مساحت و حدود آن و قسمت حقوقی ثبت هر ملکی عبارت از قسمتهائی است که از وضعیت حقوقی مورد ثبت حکایت میکند از قبیل وقف بودن و ملک بودن آن و مالک آن کیست و همچنین حقوق دیگران نسبت به مورد ثبت مانند: حق ارتفاق حق انتفاع حق رهن یا حق ارتفاق آن در املاک مجاور.
قسمتهای فنی و حقوقی دفتر املاک بدستور مادهٔ «۲۲» قانون ثبت که میگوید:

«همین‌که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملك باسم او ثبت شده ... مالك خواهد شناخت» و ماده «۲۴» قانون ثبت که میگوید: «پس از انقضای مدت اعتراض دعوی اینکه در ضمن جریان ثبت تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد ...» دارای اعتبار کامل است یعنی نسبت بکلیه اشخاص ثالث معتبر خواهد بود. آنچه طبق قانون از وضعیتهای فنی و حقوقی ملك در دفتر املاك ثبت شده است مطابق با حقیقت فرض میشود مثلا هرگاه مورد ثبت بعنوان ملکیت بنام کسی ثبت شده، آن محدوده ملك کسی است که بنام او ثبت گردیده و اگر بعنوان وقفیت یا حبس ثبت شده آن محدوده وقف و حبس میباشد. بنابراین ثبت دفتر املاك نسبت بخارج از حدود ملك هیچ‌گونه تأثیر حقوقی ندارد، مثلا هرگاه در تحدید حدود ملك قید شده باشد که حد شمالی محدود بملك حسین است، این امر مثبت مالکیت حسین در ملك مجاور حد شمالی نمیشود و اگر نوشته باشد که حد غربی کوچه و یا خیابان است، مثبت بودن کوچه عمومی و خیابان در حد غربی نمیگردد، بنابراین چنانچه حد غربی، ملك کس دیگری باشد باین اعتبار مالك مورد ثبت نمیتواند حق‌العبور برای ملك خود در ملك مجاور بدست آورد. و همچنین هرگاه بعنوان زمین، ملك در دفتر املاك ثبت شده است، ثبت مزبور شامل بنائی که در آن موجود است نمیشود و میتوان نسبت به بنای آن اقامه دعوی نمود، زیرا زمین شامل بنای موجود در آن نمیباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۸

تبصره- بنابر مستنبط از ماده «۳۵۷» ق. م هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مورد ثبت شناخته شود مشمول ماده «۲۲ و ۲۴» ق. ثبت میباشد و هیچ‌گونه دعوی و اعتراضی نسبت بآن پذیرفته نمیشود، بنابراین در ثبت خانه، بنا، و در ثبت باغ، اشجار جزء مورد ثبت است مگر آنکه ثابت شود که بنای سابق منهدم و بناء جدید بعداً احداث گردیده و یا باغ خشك شده و درختان جدید غرس شده است.

بالعکس بنابر مستنبط از ماده «۳۵۸» ق. م هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مورد ثبت شمرده نشود ثبت شامل آن نمیگردد، و مشمول مواد «۲۲ و ۲۴» ق. ثبت نمیباشد. بنابراین ساختمان و چشمه جزء مورد ثبت بشمار نمیرود، مگر آنکه در تقاضانامه ذکر شود و در دفتر املاك ثبت گردد، اگر چه بنا و چشمه در زمین در ملکیت مالك آن زمین شناخته شود تا خلاف آن ثابت گردد (ماده ۹۶ ق. م).

اینست که بدستور ماده «۲۳» ق. ثبت، ثبت ملك در دفتر املاك بحقوق اشخاصی که در آن مجرای آب یا چاه قنات (اعم از دائر یا بائر) دارند و در ثبت شناخته نشده است خللی وارد نمیآورد و بدستور ماده «۳۱» ق. ثبت، ثبت رقبه بعنوان وقف و حبس در دفتر املاك، مثبت تولیت نمیباشد.

بنابراین ثبت دو امر فوق در دفتر املاك علاوه بر آنکه مانع از اقامهٔ دعوی در دادگاه نخواهد بود، مثبت عدم حق برای خواهان در مجرای آب و چاه قنات نمیباشد و همچنین مثبت تولیت کسی که تولیت او ثبت شده نمیگردد، بدین جهت است که میتوان گفت: پس از اقامه دعوی و اثبات حق ارتفاق برای غیر، در مجرای آب و یا اثبات تولیت غیر بر موقوفه درج آن امور در دفتر املاك لزومی ندارد.

دوم- قسمت ثبت معاملات ملك

اشاره

ثبت معاملاتی که در دفتر املاك بدستور ماده «۲۶» ق. ثبت املاك باید ثبت شود، از دو نظر مورد بحث قرار میگیرد: آثار معامله در دفتر املاك و آثار عدم ثبت معامله در دفتر املاك.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۳۹

الف- آثار ثبت معامله در دفتر املاک

چنانکه ماده «۷۲» ق. ثبت که میگوید: «کلیه معاملات راجعه باموال غیر منقول که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک، ثبت شده است، نسبت بطرفین معامله و قائم مقام قانونی آنها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود». تصریح مینماید معاملات که طبق مقررات قانونی راجع به ثبت املاک، در دفتر املاک ثبت شود خواه راجع بعین ملک باشد یا راجع بحقوق عینی و منافع آن، نسبت بتمامی افراد اعتبار کامل دارد. بنابراین معاملاتی که در دفتر املاک ثبت شده است، خواه در سند مالکیت قید گردد و خواه ذکر نشود، مادام که مخالفت آن با مقررات ثبت املاک در دادگاه مسلم نشود معتبر خواهد بود و در صورتی که در دادگاه ثابت گردد که در ثبت معامله در دفتر املاک مقررات مربوطه رعایت نشده است آن ثبت دفتر، اعتباری را که ماده «۷۲» ق. ثبت بآن میدهد دارا نخواهد بود.

ب- آثار عدم ثبت معامله در دفتر املاک

چنانکه از ماده «۷۲» قانون ثبت معلوم میشود معامله که نسبت بملک ثبت شده طبق سند رسمی واقع میگردد، مادام که در دفتر املاک ثبت نشود نسبت باشخاص ثالث معتبر نخواهد بود. بنابراین ابراز سند رسمی معامله راجع به املاکی که به ثبت رسیده است کافی برای اثبات مندرجات آن در مقابل اشخاص ثالث نمی‌باشد و شخص ثالث می‌تواند صرفاً بعنوان آنکه سند تنظیمی بین دو نفر نسبت به اشخاص ثالث اعتباری ندارد، در پاسخ دعوی اکتفا نماید. این است که هرگاه دو معامله معارض راجع بیک ملک واقع شود هر یک از آن دو که در دفتر املاک ثبت نشده است نسبت بطرفین معامله و قائم مقام آنها و اشخاص ثالث معتبر است و آنکه ثبت نشده فقط نسبت بطرفین و قائم مقام آنها اعتبار خواهد داشت.

مثلا هرگاه حسن که ملک بنام او در دفتر املاک ثبت شده است آن را نزد تقی رهن گذارد و سپس همان ملک را بدون حفظ حق مرتهن به جعفر انتقال دهد و معامله اخیر در دفتر املاک ثبت گردد، بدون آنکه حق رهن تقی ثبت شده باشد، جعفر نسبت بآن ملک مالک مطلق شناخته میشود و ادارات و دادگاهها او را مالک رسمی میشناسد و سند رهنی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۰

در مقابل آن بلااثر است تا آنکه تقی در دادگاه باستناد سند رهنی مقدم، اقامهٔ دعوی بر بطلان معامله واگذاری حسن بجعفر بنماید و دادگاه حکم بطلان بدهد و ثبت او را ابطال کند. بدین جهت نمیتوان بظاهر ماده «۷۲» قانون ثبت، استناد جست و بر آن بود که انتقال منافع کمتر از سه سال که در دفتر املاک ثبت نشده است و تاریخ آن مقدم است، چنانچه با معامله ثبت شده که تاریخ آن مؤخر است تعارض داشته باشد، معامله ثبت نشده بلااثر خواهد بود، زیرا اعتبار کامل داشتن معاملات ثبت شده نسبت به اشخاص ثالث، منافات با پذیرفتن دعوی خلاف نخواهد داشت، و مادامی‌که خلاف آن ثابت نشده اعتبار ثبت املاک باقیست و چنانچه در دادگاه ثابت شود که انتقال منافع کمتر از سه سال صحیح است و معامله که در دفتر املاک ثبت شده باطل میباشد ادارهٔ ثبت املاک، ثبت دفتر املاک را ابطال خواهد نمود. قید کامل در ماده «۷۲» ق. ثبت از نظر اعتباری است که معامله ثبت شده در دفتر املاک نسبت باشخاص ثالث که به هیچ‌وجه مداخله در تنظیم سند نداشته‌اند دارا میباشد بخلاف معامله که در دفتر املاک ثبت نشده که مانند معاملهٔ اموال منقول است که فقط نسبت بطرفین معامله و قائم مقام قانونی آنها معتبر میباشد، چنانکه هرگاه کسی بطرفیت شخص ثالث که متصرف خانه میباشد باستناد انتقالنامه که ثبت نشده مدعی تخلیه گردد، متصرف میتواند دفاع نماید که سند تنظیمی بین زید و عمر و نسبت باو اعتباری نخواهد داشت، ولی هرگاه انتقال وارد دفتر املاک شده باشد بدستور مفاد ماده «۷۲» قانون ثبت متصرف نمیتواند بدفاع قبلی خود متمسک گردد، و سند مزبور بر علیه متصرف، مادامی‌که خلاف آن ثابت نشده معتبر خواهد بود.

بنابر آنچه گفته شد هرگاه کسی منافع خانه خود را از اول فروردین ۳۲۰ برای دو سال بدیگری واگذار نماید و بعداً مالک، منافع همان خانه را برای مدت پنج سال از اول فروردین بشخص ثالثی انتقال دهد و انتقال اخیر هم در دفتر املاک وارد شود در مورد دعوی بین دو منتقل الیه منافع در دادگاه، نمیتوان باستناد ماده «۷۲» ق. ثبت انتقال منافع دو سال که مقدم واقع شده و ثبت نشده بلااثر، و آنکه مؤخر واقع و ثبت

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۱

شده قابل ترتیب اثر دانست.

مبحث چهارم – تصحیح دفتر املاک

اشاره

با تمامی دقت‌های لازمی که در ثبت اصل ملک و معاملات مربوطه بآن بعمل می‌آید مع ذلک اشتباهاتی در دفتر املاک روی میدهد. رسیدگی باشتباهات دفتر املاک طبق لایحه قانونی مربوط باشتباهات ثبتی و اسناد مالکیت معارض مصوب پنجم دی‌ماه ۱۳۳۳ بعمل می‌آید.

اشتباهات در دفتر املاک بر دو قسم است:

۱– اشتباهات در ثبت ملک و یا ثبت انتقالات

بدستور ماده «۱» لایحه قانونی: «اشتباهات قلمی که در موقع ثبت ملک یا ثبت انتقالات بعدی، در دفتر املاک رخ داده، و یا اشتباهاتی که قبل از ثبت ملک در جریان عملیات مقدماتی ثبت پیش آمده و موقع ثبت ملک در دفتر املاک مورد توجه قرار نگرفته و بعداً ادارهٔ ثبت بآن متوجه گردد، در هیئت نظارت، مذکور در ماده «۶» قانون ثبت مطرح میشود. و در صورتی که پس از رسیدگی، وقوع اشتباه محرز و مسلم تشخیص گردد و اصلاح اشتباه موجب خلل بحق دیگری نباشد، هیئت نظارت دستور رفع اشتباه و اصلاح آن را در ستون ملاحظات ثبت ملک در دفتر املاک، و سند مالکیت، صادر مینماید (و مأمور ثبت املاک طبق دستور هیئت نظارت عمل خواهد نمود) و در صورتی که اصلاح مزبور خللی بحق دیگری برساند بشخص ذی‌نفع اخطار میکند که میتواند بدادگاه مراجعه نماید و ادارهٔ ثبت دستور رفع اشتباه یا اصلاح آن را پس از تعیین تکلیف نهائی در دادگاه صادر خواهد نمود».

بدستور ماده «۲» لایحهٔ قانونی: «در کلیه مواردی که هیئت نظارت طبق بند ۲

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۲

از ماده «۲۵» اصلاحی سال ۱۳۱۷ قانون ثبت یا بموجب این قانون باشتباهات رسیدگی مینماید، میتواند با تعیین فهرستی از نوع اشتباهات که بنظر هیئت مؤثر یا غیر مؤثر تشخیص گردیده دستور رفع اشتباه و اصلاح ثبت ملک یا اجرای شقوق ۵ و ۶ و ۷ ماده «۲۵» اصلاحی قانون ثبت را برؤسای ثبتی که مقتضی بداند بدهد».

۲– اسناد مالکیت معارض

بدستور ماده «۳» لایحه قانونی: «در هر موقع که معلوم شود نسبت بملکی کلا یا بعضاً اسناد مالکیت معارض صادر شده، خواه نسبت باصل ملک خواه نسبت بحدود یا حقوق ارتفاقی آن، بترتیب ذیل عمل خواهد شد:

۱)– سند مالکیتی که قبلا در دفتر املاک ثبت شده تا موقعی که بموجب حکم نهائی دادگاه ابطال نشده است معتبر شناخته خواهد شد و سند مالکیتی که تاریخاً مؤخر بر ثبت اولیه در دفتر املاک به ثبت رسیده تا زمانی که حکم نهائی از دادگاه بصحت آن صادر

نگردیده باشد سند معارض تلقی میشود.

۲)- ادارات ثبت مکلفند بمحض اطلاع از صدور اسناد معارض، وجود سند مالکیت معارض (سند مؤخر التاریخ) را بدفتر اسناد رسمی حوزهٔ مربوطه و بدارندگان اسناد کتباً ابلاغ نمایند. چنانچه دارندهٔ سند مالکیت معارض با اخطاری که طبق آئین دادرسی مدنی باو ابلاغ شده است در مدت دو ماه از تاریخ ابلاغ بدادگاه محل وقوع ملك مراجعه نکند و گواهی طرح دعوی را در ظرف مدت مذکور بادارهٔ ثبت محل تسلیم و رسید اخذ ننماید و دارندهٔ سند مالکیت مقدم گواهی عدم طرح دعوی را از مراجع صالحه در مدت مزبور تقدیم دارد، ادارهٔ ثبت بطلان سند مالکیت معارض مورد اخطار را در ستون ملاحظات ثبت ملك قید، و مراتب را بدارندهٔ سند مزبور و دفاتر رسمی اعلام خواهد نمود». و کسی که سند مالکیت او ابطال شده است میتواند بر علیه کسی که سند مالکیت مقدم را دارد اقامهٔ دعوی کند و صحت سند مالکیت خود را اثبات نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۳

بدستور ماده «۴» لایحه قانونی: «دارندهٔ سند مالکیت مقدم قبل از تعیین تکلیف نهائی در دادگاه میتواند نسبت بمورد سند مالکیت معامله کند، ولی دفاتر اسناد رسمی مکلفند در متن سند قید کنند نسبت بمورد معامله سند مالکیت معارض صادر شده و مادام که تکلیف نهائی طبق این قانون معلوم نشده بخریدار، سند مالکیت جدید داده نخواهد شد و همین حکم نسبت بانتقالات بعدی هم جاری است». در این صورت دارندهٔ سند مالکیت مؤخر، بطرفیت منتقل الیه اقامه دعوی مینماید.

بدستور ماده «۵» لایحه قانونی دارندهٔ سند مالکیت معارض مادام که تکلیف نهائی سند مزبور در دادگاه معلوم نشده، حق هیچ‌گونه معامله نسبت بآن ندارد، ولی میتواند حقوق متصورهٔ خود را بدیگری انتقال دهد».

در صورتی که دارندهٔ سند مالکیت مؤخر در دادگاه اقامهٔ دعوی نماید، بدستور تبصره ۱ ماده «۵» لایحهٔ قانونی: «دادگاه پس از رسیدگی‌های لازم هر یک از اسناد معارض را که تشخیص دهد جریان ثبتی آن بر طبق قانون و مقررات صحیحاً انجام شده تعیین، و حکم ابطال سند دیگر را خواهد داد». و پس از رسیدن دعوی مزبور بمرحله نهائی ادارهٔ ثبت طبق رأی مزبور دفتر املاك را تصحیح مینماید.

بدستور ماده «۶» لایحه قانونی: «کسی که طبق ماده فوق ممنوع از معامله است هرگاه نسبت بملك مزبور معامله نماید، پس از صدور حکم نهائی بر بطلان سند مؤخر التاریخ و با انقضاء مدت دو ماه و عدم مراجعه دارندهٔ سندی که تاریخاً مؤخر است بمحاکم، بجریمهٔ نقدی معادل یك برابر بهای مورد معامله محکوم خواهد شد و نیز سردفتران اسناد رسمی هم که با وجود اخطار ادارهٔ ثبت در مورد سند مالکیت معارض، اقدام بثبت معامله نمایند بانفصال ابد از شغل سردفتری محکوم خواهند شد».

تبصره- مجازات کارمندان ثبت

بدستور ماده «۷» لایحه قانونی: «کارمندان اداره ثبت که عمل مخالف مقررات آنها موجب صدور سند مالکیت معارض یا معاملات متعدد بشود، در دادگاه اداری مورد تعقیب و بانفصال موقت که کمتر از دو سال نخواهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۴

بود و یا انفصال ابد بتناسب موضوع، محکوم میشوند و تخلف آنها مشمول مرور زمان تخلفات اداری نخواهد بود». این امر در صورتیست که عمل کارمند منطبق با یکی از جرائم عمومی نباشد و الا در دادگاه کیفری رسیدگی میگردد. در هر صورت کسی که از عمل خلاف کارمندان در موارد بالا زیان دیده است، میتواند در دادگاه عمومی بر علیه کارمند اقامه دعوی نموده و خواستار جبران آن شود.

مبحث پنجم- دعاوی راجع بملك ثبت شده

اشاره

چنانکه گفته شد منظور از ثبت ملک اثبات مالکیت رسمی و استقرار آن میباشد و این امر مستلزم اعتبار کامل مندرجات دفتر املاک است و استماع دعاوی نسبت باملاک ثبت شده منافات با اعتبار کامل دفتر املاک دارد، لذا دعاوی راجع باملاک ثبت شده پذیرفته نمیشود. شرح اصل ثبتی مزبور ایجاب تفصیلی را مینماید که ذیلا بیان میگردد:
دعاوی نسبت باملاک ثبت شده را میتوان از حیث منشأ بر سه دسته تقسیم نمود:

اول – دعاوی که منشأ آن قبل از انقضاء مدت اعتراض است.

اشاره

پس از انقضاء مدت اعتراض دعوی اینکه در ضمن جریان ثبت تضییع حقی از کسی شده بدستور ماده «۲۴» قانون ثبت پذیرفته نمیشود.
قانون برای جلوگیری از استماع هر گونه دعاوی که ممکن است در نتیجهٔ تفسیر قضائی مادهٔ مزبور روی دهد، ناچار در ذیل مادهٔ بالا بتصریح فروض محتملهٔ دعاوی شده است و بعبارت (نه بعنوان عین نه بعنوان قیمت نه به هیچ عنوان دیگر خواه حقوقی باشد و خواه جزائی) منظور خود را بیان کرده است. «۱»

---

(۱) عدم استماع دعاوی در مورد مزبور گرچه مربوط بثبت ملک در دفتر املاک نمیباشد بلکه نتیجه گذشتن مدت اعتراض و عدم استفادهٔ اشخاص ذی‌نفع از موقعیت است که موجب سقوط حق اقامه دعوی گردیده است و لیکن چون پس از انقضاء مدت اعتراض، فاصله با ثبت ملک در دفتر املاک اصولا نیست لذا فصلی بآن اختصاص داده نشده و در ردیف دعاوی راجع بملک ثبت شده ذکر گردیده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۵

منظور ماده «۲۴» بالا ـ از کلمه (حقی) حقیست که هرگاه در مدت مقرر نسبت بآن اعتراض بثبت نشود آن حق را نمیتوان موضوع دعوی قرار داد و آنها عبارتند: ۱- [حق نسبت بعین ملک از قبیل ملکیت، وقفیت و حبس مؤبد، ثلث باقی، حق وثیقه (رهن و معاملات با حق استرداد ماده «۳۲ و ۱۱۶» ق. ثبت) که مدت اعتراض بآنها بدستور ماده «۱۶» ق. ثبت. ۹ روز از تاریخ اولین آگهی نوبتی میباشد] ۲- [حدود در صورتیست که ملک مورد تقاضا از حدود خود تجاوز بحدود املاک مجاور بنماید که مدت اعتراض بآن بدستور مادهٔ «۲۰» قانون ثبت ۳۰ روز از تاریخ تنظیم جلسه تحدید حدود میباشد]. ۳- [حقوق ارتفاقی (منظور حقوق ارتفاقیست که مالک ملک مورد تقاضا در املاک مجاور برای ملک خود شناخته است) که مدت اعتراض بآنها بدستور ماده «۲۰» ق. ثبت ۳۰ روز از تاریخ تنظیم صورت‌مجلس تحدید حدود است.] زیرا نسبت بحقوق نامبرده است که هرگاه ملک ثبت شود بدون آنکه اعتراض بعمل آید نمیتوان اقامه دعوی نمود و الا چنانچه کسی دارای حق انتفاع نسبت بملکی بصورت رقبی یا عمری باشد و یا مالک منفعت ملکی باشد بسببی از اسباب مانند اجاره، صلح و معاوضه اگر چه مدت آن طولانی باشد، اعتراض بثبت ملک ننماید حق او در اثر ثبت عین ملک ساقط نمیشود و هر زمان میتواند بر علیه مالک اقامهٔ دعوی کند.
با توجه باطلاق ماده «۲۴» قانون ثبت، فرقی در عدم استماع دعاوی نمینماید که منشأ دعوی قبل از تقاضای ثبت باشد یا بین تقاضای ثبت و انقضاء مدت اعتراض مانند آنکه مالک پس از تقاضای ثبت، ملک خود را بدیگری بوسیلهٔ سند عادی انتقال دهد و اداره ثبت را از آن امر آگاه ننماید (ماده ۴۳ اصلاحی قانون ثبت).

بنابر آنچه گفته شد منظور از عدم استماع دعاوی، مستفاد از ماده «۲۴» قانون ثبت، دعاوی راجع بعین ملك مورد تقاضای ثبت، و حق وثیقه است. بنابراین مطالبهٔ اجرت المثل مدت قبل از تقاضا تا زمان انقضای مدت اعتراض نسبت بملکی که بنام دیگری ثبت شده مانعی نخواهد داشت مانند آنکه کسی مدعی گردد ملکی را که متقاضی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۶

بنام خود ثبت کرده قبلا ملك او بوده است و متقاضی پس از سکونت دو سال تقاضای ثبت آن را بدون استحقاق بنام خود نموده و مدت اعتراض هم منقضی شده است و فعلا چون نسبت بعین ملك حقش ساقط گردیده، اجرت المثل مدت قبل از انقضاء تا زمان انقضاء مدت اعتراض را مطالبه مینماید، و متقاضی چون منکر ادعای او است تقاضای رسیدگی بمالکیت سابقه خود را میخواهد. اگر چه در مقام رسیدگی بدعوی فوق، دادگاه از باب مقدمه ناچار است رسیدگی بمالکیت خواهان نسبت بقبل از انقضاء مدت اعتراض و رسیدگی مزبور نماید و در مواردی که ماده «۲۴» ق. ثبت رسیدگی بآن را منع نموده نمیباشد.

در موارد مخصوصی که در نظر قانون اهمیت بسزائی داشته است در مادهٔ «۲۴» قانون ثبت استثناء بذینفع اجازه داده که پس از انقضاء مدت اعتراض اقامهٔ دعوی کند ولی برای حفظ اصل ثبتی (مالکیت رسمی کسانی که بنام آنها تقاضای ثبت ملك شده و مدت اعتراض منقضی گردیده) فقط اجازهٔ مطالبهٔ قیمت ملك داده شده است.

موارد استثنائی که نسبت بعین ملک ثبت شده میتوان اقامه دعوی نمود.

اشاره

موارد استثنائی از نظر مرجع رسیدگی بر دو نوع است:

۱- موردی که مرجع رسیدگی آن دادگاه حقوق میباشد

و آن مورد مذکور در ماده «۴۴» قانون ثبت است که مطابق مادهٔ «۴۵» قانون مزبور اجازهٔ اقامه دعوی بقائم مقام معترض داده شده است. ماده «۴۵» ق. ثبت: «اگر بواسطهٔ عدم اقدام در مورد مواد ۱۷- ۱۸- ۱۹ ملکی به ثبت رسیده و بعد معلوم شود عدم تعقیب یا عدم ابراز تصدیق بعلت فوت یا جنون یا حجر طرف دعوی یا مستدعی ثبت بوده و اخطار مذکور در ماده فوق هم با اینکه مستدعی ثبت به فوت یا جنون یا حجر عالم بوده بعمل نیامده است، قائم- مقام قانونی متوفی یا مجنون و یا محجور میتواند در ظرف پنج سال از بابت قیمت ملك و اجور و خسارات در محکمه حقوق بوسیلهٔ عرض‌حال جدید بر علیه مستدعی ثبت اقامه

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۷

دعوی نماید. مبدأ پنج سال مذکور فوق در مورد وارث کبیر و وراثی که ولی خاص (پدر یا جد پدری یا وصی منصوب مسلم الوصایه) دارند از تاریخ فوت و در غیر این موارد از تاریخ تعیین قیم یا مدیر تصفیه محسوب میشود. در مورد این ماده چنانچه مستدعی ثبت محکوم گردد و ملك را قبلا بدیگری انتقال داده و در موقع اجرای حکم مفلس باشد و ثابت شود برای فرار از ادای حق طرف خود را مفلس قلمداد کرده بحبس تادیبی از یك سال تا دو سال محکوم خواهد شد. تعقیب جزائی در این مورد منوط بشکایت مدعی خصوصی است و با استرداد شکایت تعقیب موقوف میشود».

۲- موردی که مرجع رسیدگی آن دادگاه کیفری است

اشاره

و آن از قرار ذیل است:

الف- موردی که کسی ملک را بدیگری انتقال دهد و یا با علم باینکه بنحوی از انحاء سلب مالکیت از او شده است

(چنانکه در نتیجهٔ رسیدگی در دادگاه حکم قطعی بمالکیت دیگری صادر گردیده و حکم مزبور بشخص او ابلاغ شده باشد) تقاضای آن را بنام خود بنماید.
و همچنین است موردی که در موقع تقاضای ثبت مالک بوده، ولی در نتیجهٔ انتقال یا سلب مالکیت بنحوی از انحاء در موقع ثبت ملک در دفتر املاک، مالک نباشد و مع هذا سند مالکیت بگیرد و یا سند مالکیت نگیرد، ولی پس از اخطار ادارهٔ ثبت، حاضر برای تصدیق حق طرف نشود. (ماده «۱۰۵» قانون ثبت)

ب- موردی که ملک بوسیلهٔ مورث انتقال داده شده و یا بنحوی از انحاء سلب مالکیت از او گردیده است

و سپس یکی از ورثه و یا تمامی آنها با علم باین امر تقاضای ثبت ملک را بنمایند، و یا بنام خود سند مالکیت بگیرند و یا مطابق قسمت اخیر ماده «۱۰۵» پس از اخطار ادارهٔ ثبت رفتار ننمایند.
در مورد فوق علم وارث را شرط مجرمیت او دانسته و طریقهٔ اثبات آن را فقط وجود امضاء، یا مهر یا نوشته بخط او قرار داده است (ماده «۱۰۶» قانون ثبت)

ج- موردی که کسی ملکی را بعنوان اجاره یا عمری یا رقبی

و یا سکنی و یا
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۸
مباشرت و بطور کلی نسبت بآن امین محسوب بوده و بعنوان مالکیت تقاضای ثبت آن را بنماید (ماده «۱۰۷» قانون ثبت).

د- موردی که کسی ملکی را بیکی از عناوین اجاره، عمری، رقبی، سکنی یا مباشرت و بطور کلی بعنوان امانت متصرف بوده

و شخصاً تقاضای ثبت ننموده باشد ولی بواسطهٔ تبانی او ملک بنام دیگری به ثبت برسد، در این صورت بطریق ذیل عمل خواهد شد:
۱- اگر کسی که ملک بنام او ثبت شده است مشمول مقررات یکی از مواد «۱۰۵ و ۱۰۶ و ۱۰۹» باشد شخص او و امین هر دو بعنوان مجرم اصلی تعقیب و نسبت بخسارات خواهان خصوصی متضامناً مسئول خواهند بود.
۲- اگر کسی که ملک بنام او به ثبت رسیده مشمول مواد «۱۰۵ و ۱۰۶ و ۱۰۹» نباشد شخص مزبور به هیچ عنوان اعم از حقوقی و جزائی قابل تعقیب نیست (چنانکه ملک در تصرف امین است و دیگری تقاضای ثبت نماید و شخص ثالثی بعنوان معترض، بر ثبت او اعتراض کند و در جریان دادرسی، متقاضی ثبت، تسلیم باعتراض شود و نتیجهٔ ملک بنام شخص ثالث به ثبت رسد) فقط امین بعنوان مجرم اصلی تعقیب خواهد شد و مطابق مادهٔ ۲۳۸ ق. مجازات عمومی محکوم میشود (ماده «۱۰۸» قانون ثبت).

ه- موردی که کسی نسبت بملکی که در تصرف دیگری بوده، خود را متصرف قلمداد کرده و تقاضای ثبت آن را بنماید.

اختلافات راجع به حدود را قانون صریحاً مشمول مورد فوق ندانسته است (مادهٔ «۱۰۹» قانون ثبت). بنابراین کسی که در موقع

تحدید حدود، قسمتی از ملک مجاور را که در تصرف غیر است، جزء ملک مورد تقاضا معرفی و خود را متصرف قلمداد نماید و صورت جلسه تحدید حدود هم بهمین نحو تنظیم گردد، نمیتوان باستناد مادهٔ «۱۰۹» قانون ثبت او را باتهام کلاهبرداری مورد تعقیب قرار داد. کلیه اختلافات راجع بحدود ملک موضوعاً خارج و مشمول حکم مواد کیفری ثبت نمیباشد، زیرا مواد مزبور تقاضای ثبت ملک را در موارد مخصوصه جرم شناخته و اختلاف حدی که ناشی از معرفی نمودن قسمتی از ملک مجاور بعنوان قسمتی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۴۹

از ملک خود در جلسه تحدیدی میباشد، اصطلاحاً تقاضای ثبت نامیده نمیشود، و تذکر بعدم شمول اختلافات راجع بحدود، در ذیل مادهٔ «۱۰۹» قانون ثبت، استثناء از حکم ماده نبوده بلکه بیان فرد شایعی از منشأ اختلافات حدی است که بمنظور توضیح ذکر شده است.

و- مورد املاکی که برهن یا بعنوان معامله با حق استرداد (یکی از عناوین مذکور در مادهٔ «۳۳» قانون ثبت) انتقال داده شده است،

چون رهن و معامله با حق استرداد از حقوق عینی میباشد که باید در ضمن ثبت اصل ملک در دفتر املاک قید گردد، لذا راهن یا انتقال دهنده مکلف است در موقع تقاضای ثبت ملک، حق طرف (مرتهن یا انتقال گیرنده) را در ضمن اظهارنامه خود قید نماید، و در صورتی که متقاضی بتکلیف خود عمل ننمود، مرتهن یا انتقال گیرنده در مدت ۹۰ روز از تاریخ نشر اولین آگهی نوبتی میتواند بر طبق مادهٔ «۱۶» قانون ثبت، اعتراض نماید و الا- حق عینی او که حق وثیقه است ساقط میگردد، و لیکن حق دینی او باقی و مادام که مرور زمان منقول، شامل طلب او نشود، حق مطالبهٔ آن را خواهد داشت و میتواند در دادگاه حقوقی اقامهٔ دعوی نماید «۱».

در صورتی که انتقال دهنده یا راهن حق وثیقه انتقال گیرنده یا مرتهن را در اظهار- نامهٔ خود در موقع تقاضای ثبت قید ننمود، آنها میتوانند تا یک سال از تاریخ انقضاء مدت حق استرداد یا رهن، بوسیلهٔ اظهارنامهٔ رسمی حق خود را مطالبه کنند، در این حال معامله بیکی از دو وضعیت ذیل خواهد بود:

اگر اخطار اظهارنامه پس از انقضاء مدت استرداد یا رهن بعمل آید در ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه، راهن یا انتقال دهنده باید حق مرتهن را بدهد و هرگاه نداد کلاهبردار محسوبست. و چون موعد پرداخت دین گذشته، تصدیق حق مرتهن یا

---

(۱) ذکر مورد معاملات با حق استرداد در ضمن موارد استثنائی ماده «۲۴» قانون، از نظر جمع آوری مواد کیفری بوده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۰

انتقال گیرنده در ادارهٔ ثبت موجب عدم تعقیب او نخواهد بود.

اگر اخطار اظهارنامه قبل از انقضاء مدت استرداد و یا رهن بعمل آید بطریق ذیل عمل میشود:

در صورتی که ملک مورد معامله در ملکیت راهن یا انتقال دهنده باقی باشد وقتی مجرم محسوب خواهند شد که حق طرف را تا ده روز پس از ابلاغ اظهارنامه در ادارهٔ ثبت تصدیق ننمایند، و در صورتی که ملک مورد معامله در ملکیت راهن یا انتقال دهنده باقی نباشد، وقتی مجرم محسوب خواهند شد که تا ده روز پس از انقضاء مدت حق استرداد یا رهن، حق طرف را تأدیه ننمایند. (ماده ۱۱۶ ق. ثبت)

مقررات مخصوصهٔ دادرسی کیفری در دعوی ثبتی

چون نظر اساسی در موارد کیفری فوق، جبران خسارات کسی است که در جریان ثبت حق او تضییع شده است، لذا برای رسیدگی باین امر و تعقیب متهم مجرم به کلاهبرداری، مقررات مخصوصی در قانون ثبت معین شده که ذیلا بیان میشود:

۱- جرم کلاهبرداری بدون تعقیب شاکی خصوصی از لحاظ جنبهٔ عمومی قابل تعقیب است، ولی در موارد دعاوی ثبت طبق مادهٔ «۱۱۱» قانون، تعقیب متهم موکول به شکایت شاکی خصوصی است، جز در مورد موقوفات عام المنفعه و اموال محجورین مذکور در مادهٔ «۱۱۱» مکرر قانون ثبت، مصوب ۷/ ۵/ ۱۲ که میگوید: «اگر در مورد مواد «۱۰۷ و ۱۰۸» متهم کسی باشد که املاک موقوفهٔ عام المنفعه را بعنوان متولی یا متصدی و یا املاک مولی علیه را بعنوان ولایت یا قیمومت در تصرف دارد، تعقیب جزائی موکول بشکایت مدعی خصوصی نیست».

۲- تعقیب متهم در مورد کلاهبرداری باسترداد شکایت شاکی خصوصی متروک نخواهد ماند، ولی در مورد دعاوی ثبت باسترداد شکایت شاکی خصوصی قبل از صدور حکم نهائی بر طبق مادهٔ «۱۱۲» قانون ثبت، تعقیب کیفری متروک میماند. در مورد حکم نهائی چون جرم

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۱

متهم ثابت شده است استرداد دعوی رفع اثرات حکم نهائی را نمینماید.

پس از استرداد دعوی بر طبق مادهٔ «۱۱۳» قانون ثبت تجدید شکایت از طرف مدعی خصوصی پذیرفته نمیشود.

۳- بر طبق ذیل مادهٔ «۱۵» قانون آئین دادرسی کیفری، کسی که تا جلسه اول دادرسی کیفری ادعای خصوصی ننماید دیگر ادعای مزبور در دادگاه جزائی پذیرفته نمیشود، ولی در مورد دعاوی ثبت بر طبق ماده «۱۱۴» قانون مزبور از شاکی خصوصی حتی پس از صدور حکم جزائی نیز میتوان دادخواست مطالبه خسارات پذیرفت.

۴- بر طبق ماده «۱۷» قانون آئین دادرسی کیفری هرگاه ثبوت تقصیر متهم منوط بمسائلی باشد که دادرسی و ثبوت آن از خصائص دادگاه حقوقی است مثل حق مالکیت، و افلاس امر کیفری تعقیب نمیشود و اگر تعقیب شده معلق میماند، تا حکم قطعی از محاکم حقوقی صادر شود، ولی در موارد ثبتی چنانکه از مواد کیفری مزبور معلوم است، دادگاه کیفری صالح برای رسیدگی بمالکیت نیز میباشد.

۵- بر طبق مادهٔ «۱۴» قانون آئین دادرسی کیفری، دادگاه جزاء هرگاه در خصوص دعوی عمومی حکمی صادر نمود و نسبت بدعوی خصوصی حکمی صادر نکرد، شاکی خصوصی میتواند بدادگاه حقوق مراجعه کند، ولی در موارد ثبتی بر طبق ماده «۱۱۴» قانون ثبت، تعیین میزان خسارت با دادگاهیست که بجنبهٔ کیفری رسیدگی کرده است، اگر چه پس از صدور حکم کیفری باشد و دادگاههای حقوقی صالح برای رسیدگی باین امر نمیباشند.

خساراتی که مورد رسیدگی دادگاه کیفری، در موارد ثبتی میتواند واقع گردد بر دو نوع است:

خسارات مستقیم و خسارات غیر مستقیم.

الف- خسارات مستقیم- و آن عبارت است از قیمت ملک مورد ثبت در حین

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۲

انقضاء مدت اعتراض که بوسیلهٔ کارشناس فنی تعیین میشود. تعیین قیمت حین انقضاء از نظر آنست که رابطهٔ مالکیت شاکی خصوصی (مالک سابق) تا تاریخ مزبور از عین ملک قطع نشده است و بوسیلهٔ دادخواست اعتراض میتوانسته نسبت بآن اقامه دعوی کند و جلوگیری از تملک متقاضی ثبت بنماید، ولی در اثر انقضاء مدت اعتراض رابطهٔ شاکی خصوصی از عین ملک قطع میگردد، و بقیمت آن تبدیل میشود، چنانکه در مورد اتلاف و تسبیب است «۱».

ب- خسارات غیر مستقیم- و آن چنانکه ماده «۱۱۴» قانون ثبت تفسیر نموده عبارتست از خسارات ناشیه از دادرسی مطابق اصول معموله مانند هزینه دادخواست و پول تمبر برگها و حق‌الوکاله و غیره.

مادهٔ «۱۱۴» قانون ثبت برای اهتمام در وصول خسارات شاکی خصوصی در موارد کیفری ثبتی مقرر داشته که محکوم علیه مادام که

خسارات مورد حکم را جبران ننماید در توقیف خواهد ماند، ولی در مورد امین در صورتی که ملک بنام کسی ثبت شده که مشمول مواد «۱۰۵ و ۱۰۶ و ۱۰۹» نمیباشد مادهٔ «۱۰۸» قانون ثبت بوزیر دادگستری اجازه داده که هرگاه محکوم علیه نتواند در ظرف پنج سال با تأدیه خسارات یا از طریق دیگری رضایت شاکی خصوصی را فراهم سازد، از مقام سلطنت عفو او را استدعا نماید.

تبصره- در این تبصره سه امر تذکر داده میشود:

۱- در صورتی که شاکی خصوصی نتواند در اثر موانع قانونی، مانند مرور زمان کیفری، یا فوت متهم، دعوای کیفری اقامه کند آیا خسارات خود را میتواند از طریق دادگاه حقوقی مطالبه نماید؟

---

(۱) اجرت المثل زمان تصرف متقاضی ثبت را نمیتوان باستناد مواد کیفری ثبت از دادگاه جزا مطالبه نمود، زیرا اجرت المثل از خسارات مربوط بتقاضای ثبت نیست، علاوه بر آنکه ماده «۱۱۴» قانون ثبت خسارات مستقیم را تعبیر بخساراتی نموده که بواسطهٔ تقاضای ثبت و صدور سند مالکیت بشاکی خصوصی وارد آمده است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۳

چنانکه از خصوصیت منظوره در طریق رسیدگی و تعقیب متهم معلوم میگردد مقصود اساسی از وضع مواد کیفری ثبت، جبران خسارات مالک متضرر میباشد که در نتیجهٔ ثبت ملک دچار شده است. بنابراین میتوان با تفسیر وسیعی از مواد قانون ثبت بر آن شد که چون از جنبهٔ کیفری، جبران خسارات مالک ممکن نیست، برای نائل شدن بمقصود اصلی از طریق دادگاه حقوق، خسارات، قابل مطالبه باشد، باین معنی که شاکی خصوصی بتواند مادام که مورد مشمول مرور زمان منقول نشده، از متقاضی ثبت، و در صورت فوت او از متصرف ترکه، مطالبهٔ خسارات وارده را بنماید. این امر مخالف با عموم منع اقامه دعوی، مذکور در قسمت اول ماده «۲۴» قانون ثبت نخواهد بود، زیرا مواد استثنائی دو امر را متذکر شده است: یکی حق مطالبه خسارات ناشیه از ثبت در موارد معینه، و دیگری طریق مطالبه آن بوسیله دادگاه کیفری. و در صورتی که طریق مطالبه بوسیلهٔ دادگاه کیفری در اثر موانع قانونی مسدود باشد امر اساسی که حق مطالبه خسارات است بحال خود باقی خواهد ماند و از مواد استثنائی هم انحصار طریقهٔ کیفری حتی در حال مسدود بودن آن استفاده نمیشود. بنابراین با توجه باینکه طرف دعوی خسارات، کسی است که قانون در موارد استثنائی مطالبه خسارات را از او اجازه داده است، اقامهٔ دعوی حقوقی بدون مانع خواهد بود. نظر قضائی، مخصوصاً با روش دادرسان کیفری که با تفسیر موسع سر و کاری ندارند، با تفسیر حقوقی فوق موافقت ندارد و در دادگاه حقوقی، مطالبهٔ خسارات ناشیه از ثبت به هیچ‌وجه پذیرفته نمی‌شود.

۲- در صورتی که شاکی خصوصی قبلاـ دادخواست اعتراض بر ثبت ملک داده و در اثر رد یا ابطال آن و یا صدور قرار سقوط دعوی، اعتراض بر ثبت منتهی بحکم نشده باشد، آیا اقامه دعوی کیفری میتوان نمود؟

با توجه باطلاق مواد کیفری ثبت، برای اقامه دعوی بعنوان کیفری در مواردی که حق اعتراض نسبت باصل ملک بنحوی از انحاء ساقط شده باشد (چنانکه دادخواست

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۴

اعتراض بر ثبت رد، یا ابطال شود و تجدید نشود و یا بر طبق ماده «۱۹» قانون ثبت تجدید گردد و در مرتبه دوم رد، یا ابطال شده باشد و یا بر طبق ماده «۱۸» قانون ثبت دعوی اعتراض ساقط شده باشد) مانعی بنظر نمیرسد و مادهٔ «۱۵» قانون آئین دادرسی کیفری که میگوید: «کسی که دادگاه حقوق را ابتدا مرجع دعوی خصوصی خود قرار داده دیگر دعوی مزبور در دادگاه کیفر پذیرفته نمیشود». شامل مورد فوق نخواهد بود، زیرا موضوع دعوی دادگاه حقوقی و کیفری اگر چه ناشی از یک منشأ است که ثبت ملک

غیر میباشد، ولی خواسته در دادگاه حقوقی عین ملک و در دادگاه کیفری قیمت آنست و باین لحاظ دعوی اقامه شده در دادگاه حقوقی، غیر از دعوی اقامه شده در دادگاه کیفری است.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۶، ص: ۱۵۴

۳- آیا میتوان قبل از انقضاء مدت اعتراض، باستناد مواد کیفری، متقاضی ثبت ملک غیر را مورد تعقیب کیفری قرار داد؟

جواب پرسش فوق در مواردی که قانون متقاضی ثبت ملک غیر را کلاهبردار محسوب نموده است، مثبت خواهد بود، زیرا مواد مزبور مجرد تقاضای ثبت را جرم شناخته است و پس از تحقق جرم، تعقیب متهم مانعی نخواهد داشت و شاکی خصوصی میتواند در صورت بقاء مدت اعتراض، عین ملک را مطالبه کند و هرگاه در جریان امر مدت مزبور منقضی گردد خواسته خود را تغییر و ضرر و زیان ناشی از جرم را بخواهد.

و این امر با توجه باولویت مستفاد از ماده «۵۰۸» قانون آئین دادرسی مدنی اشکالی ندارد و ماده «۲۴» قانون ثبت هم تعقیب متهم را منوط بانقضاء مدت اعتراض نیز ندانسته است، زیرا مادهٔ مزبور شامل دو قسمت میباشد: سقوط حق اقامهٔ دعوی پس از انقضاء مدت اعتراض و بیان مواردی که مطالبه خسارات از متقاضی ثبت میتوان نمود و به هیچوجه مادهٔ مزبور ناظر بموقع تعقیب نمیباشد.

دوم- دعاوی که منشأ آن پس از انقضاء مدت اعتراض است

دعاوی مزبوره هرگاه قبل از ثبت ملک در دفتر املاک اقامه شود (چنانکه پس

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۵

از انقضاء مدت اعتراض، کسی که تقاضای ثبت نموده ملک خود را بدیگری انتقال دهد و سپس قبل از ثبت ملک در دفتر املاک، بین متعاملین در بطلان و فسخ معامله اختلاف شود و در دادگاه اقامه دعوی گردد) چون دلیلی بر منع استماع آن موجود نیست، دعاوی مزبور پذیرفته خواهد شد، ولی اقامهٔ دعوی مانع از ورود ملک در دفتر املاک نمیباشد و پس از ختم عملیات مقدماتی ملک، در دفتر ثبت خواهد شد. مگر آنکه بوسیلهٔ قرار تأمین صادر از طرف دادگاه از ثبت ملک جلوگیری بعمل آید.

اما در صورتی که نتیجه نهائی دعوی اقامه شده قبل از ثبت ملک در دفتر املاک باداره ثبت برسد، ملک بنام کسی ثبت خواهد شد که در حکم نهائی ملک از آن او شناخته شده است، زیرا حکم مزبور نسبت باصحاب دعوی معتبر و دلیلی بر رفع اثرات آن موجود نیست و در صورتی که نتیجهٔ نهائی دعوی اقامه شده پس از ثبت ملک باداره ثبت برسد، گفته شده چون بر طبق ماده «۲۲» قانون ثبت، دولت کسی را مالک خواهد شناخت که ملک بنام او در دفتر املاک ثبت شده، اثری بر حکم مزبور داده نخواهد شد و همچنین است هرگاه دعاوی فوق پس از ورود ملک در دفتر املاک اقامه گردد، ولی ضعف استدلال مزبور از گفتاری که بعداً بیان میشود معلوم میگردد.

سوم- دعاوی که منشأ آن پس از ثبت ملک است

اشاره

چنانکه کسی که ملک بنام او در دفتر املاک ثبت شده آن را بدیگری انتقال دهد و سپس بین متعاملین در بطلان و یا فسخ معامله و یا در اخذ بشفعه بین شفیع و مشتری اختلاف گردد و ذی‌نفع بدادگاه مراجعه نماید، دادگاه در جریان رسیدگی ممکن است بیکی

از دو وضعیت ذیل مواجه شود:

1- انتقال وارد دفتر املاک نشده است

در این صورت چون دلیلی بر منع استماع اینگونه دعاوی موجود نیست دعاوی مزبوره پـذیرفته خواهـد شـد، اگر چه اقامه دعوی در دادگاه مانع از ثبت انتقال در دفتر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۶

املاک نخواهد بود.

نتیجه نهائی هرگاه قبل از ثبت انتقال باداره ثبت برسـد آن اداره بر طبق مفاد حکم عمل مینماید و اگر نتیجه نهائی پس از ثبت انتقال باداره ثبت برسد مانند آنست که پس از ثبت انتقال اقامه دعوی شده باشد که شرح آن بعداً بیان میشود.

میتوان مفاد ماده «۲۲» قانون ثبت را که میگوید: «... دولت فقط کسی را که ملك باسم او ثبت شده و یا کسی را که ملك مزبور باو منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاك به ثبت رسیده ... مالك خواهد شناخت» مانع استماع دعاوی نسبت بمعاملات قبل از ثبت آن در دفتر املاـك نیز دانست. بـاین تقریب که قبـل از ثبت انتقـال بنام منتقل الیه در دفتر املاك، دولت فقط ناقل را که ملك بنام او در دفتر ثبت است مالك می‌شناسد و منتقل الیه مالك شناخته نمیشود تا دعوی بطلان یا فسخ معامله بین متعاملین مورد داشته باشـد و پس از ثبت انتقـال هم در دفتر املاـك منتقـل الیه مالـك شـناخته میشود و بدسـتور مـاده «۲۲» قانون ثبت هیـچ‌گونه دعوی مسموع نخواهد بود.

اسـتدلال فوق بیشتر بسفسـطه شـباهت دارد تا باسـتدلال حقوقی، زیرا چنانکه در تفسیر ماده «۲۲» ق ثبت خواهـد آمد پس از صدور حکم نهائی و رسیدن رونوشت آن بدفتر املاك، ادارهٔ ثبت موظف است مفاد آن را وارد دفتر نماید، زیرا بدستور ماده «۹» ق. آئیـن دادرسـی مـدنی: «هیـچ مقـام رسـمی و هیـچ اداره دولـتی نمیتوانـد حکـم دادگـاه دادگستری را تغییر دهـد و یـا از اجرای آن جلوگیری کنـد، مگر خود دادگـاهی که حکم داده و یـا دادگاه بالاتر از آن، آن هم در مواردی که قانون معین میکنـد». بنابراین هر یك از متعاملین میتواننـد بطرفیت یکـدیگر اقامهٔ دعوی نمایند و بطلان یا فسخ معامله را بخواهند و عملیاتی که شده است ملغی الاثر سازند.

2- انتقال وارد دفتر املاک شده است

اشاره

دعاوی که نسبت بمعاملهٔ ثبت شده در دفتر املاك، ممکنست اقامه شود، عبارتند

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۷

از دعوی فسخ یا بطلان معامله از ناحیه یکی از متعاملین بطرفیت دیگری، و دعوی اخذ بشـفعه از ناحیهٔ شفیع بطرفیت مشتری و چون وضعیت حقوقی هر یک از آنها مختلف است لذا جداگانه ذکر میگردد.

الف- دعوی بطلان

دادگاهها عموماً تا قبل از هزار و سیصد و بیست بعلل خارج باسـتناد ظاهر ماده «۲۲» ق. ثبت بر آن بودنـد که پس از ثبت انتقال در دفتر املاـك، دولت فقـط منتقـل الیه را مالـك میشناسد و پـذیرفتن دعوی بطلاـن که نتیجه شـناختن مـالکیت ناقـل است، منافات با مالکیت رسـمی منتقل الیه دارد، لـذا دعوای بطلان را نمی‌پذیرفتنـد. چون از ناحیـهٔ مالك سابق که ملك از او منتقل گردید. دعوای

بطلان پـذیرفته نمیشـد، بعض از وکلاء راه دیگری اندیشـیده بودنـد که منتفع میتواند بعنوان اتلاف و تسبیب بطرفیت منتقل الیه اقامه دعوی بنماید و باسـتناد آنکه بدون داشـتن حق، ملک او را بنام خود ثبت نموده است، جبران خسارت وارده را که قیمت ملک باشد از او بخواهد.

پس از هزار و سیصد و بیست نظر دادگاهها تغییر نمود و توانسـتند عمیقتر فکر کننـد و بر آن شدند که رسیدگی باین گونه دعاوی منافات با ماده «۲۲» ق. ثبت ندارد، زیرا ثبت دفتر املاک باستناد سندی بعمل آمده که معامله مندرج در آن باطل بوده است.

و ثبتی اعتبار قانونی دارد که در حقیقت صحیح باشد چون آثار حقوقی همیشه بر موضوعات قانونی که بطور صحیح واقع شده است مترتب میگردد و این امر احتیـاج بـآن نـدارد که در قانون تصـریح شود. بنابراین ثبت انتقال باطل در دفتر املاک دارای اعتبار قانونی نمیباشد.

ب- دعوی فسخ

دعوی فسخ معامله از ناحیه یکی از متعاملین بطرفیت دیگری مانند دعوی بطلان در دادگاهها باستناد ظاهر ماده «۲۲» ق. ثبت، تا قبل از ۱۳۲۰ پـذیرفته نمیشـد و حتی بعضـی از دادرسان قـدم فراتر گذارده بودند و دعوی مطالبهٔ ارش باسـتناد عیب را هم نمی‌پذیرفتند. وزارت دادگستری هم در بخشنامه مورخه ۶/ ۱۲/ ۱۵

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۸

راجع باقامـهٔ دعوی فسـخ در اثر وجود غبن، اسـتناد بمادهٔ فوق‌الذکر جسـته و بدادگاهها ابلاغ نمود که پذیرفتن دعوی غبن، علاوه بر آنکه بـا مـالکیت مشتری منافـات دارد، لطمـهٔ بزرگی باعتبـار اسـناد رسـمی و اسـناد مالکیت وارد میسازد و دادگاهها را از پـذیرفتن اینگونه دعاوی منع مینمایـد. ولی پس از ۱۳۲۰ دادگاه‌ها از روش سابق خود برگشـتند و دعاوی فسخ را نسـبت بمعاملات ثبت شده در دفتر املاک میپذیرند.

گرچه تفسیر قضائی دادگاهها تا قبل از ۱۳۲۰ از ماده «۲۲» قانون ثبت چنانکه فوقاً گفته شـد در ظاهر موجب اعتبار کامل مندرجات دفتر املاـک و حفـظ اعتماد عمومی میگردیـد، ولی از نظر حقوقی چنین بنظر میرسـد که ماده «۲۲» قـانون ثبت در مورد بیان دو امر است: یکی تأسیس اصل مالکیت رسـمی کسـی که ملک بنام او ابتداء در دفتر املاک ثبت شده و دیگر تغییر عادی مندرجات دفتر املاـک در اثر انتقـال و ارث، و مـاده ناظر بامور دیگری نمیباشـد، بنابراین پـذیرفتن دعوی فسـخ منافات با مفاد مادهٔ بالا نـدارد، زیرا مـدعی فسخ بـا اعتراف بمـالکیت سابق طرف خود انحلال آن را اعلام میـدارد، چه فسـخ از نظر تحلیلی برگشت ملک از منتقل الیه بناقل است و مانند معامله مجدد خواهد بود.

ج- دعوی اخذ بشفعه

بر طبق ماده «۸۰۸» قانون مـدنی: «هرگاه مال غیر- منقول قابل تقسـیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شـریک حصه خود را بقصد بیع بشـخص ثالثی منتقل کند شـریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است باو بدهد و حصهٔ مبیعه را تملک کند ...»

اخذ بشفعه بوسیلهٔ اعلام شریک، بدفتر اسناد رسمی که تنظیم‌کننده سند فروش سهم شریک دیگر بمشتری است بعمل می‌آید.

در صورتی که مشتری بجهتی از جهات ماننـد آنکه حق اخـذ بشـفعه را در اثر تأخیر در اخـذ ساقط بدانـد، و حاضـر برای موافقت و قبول ثمن نگردد، مانعی برای اقامه دعوی از ناحیهٔ شفیع بطرفیت مشتری موجود نیست، زیرا شفیع در دعوی خود از دادگاه میخواهد که حکم بر موقعیت اخذ بشفعه و تملک او بدهد و این امر مانند فسخ معامله است و

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۵۹

منافات با مفاد ماده «۲۲» قانون ثبت ندارد.

خاتمه– در اعتبار دفتر املاک در قانون سویس

اشاره

قانون ایران برای حفظ و استقرار مالکیت رسمی در مورد اموال غیر منقول ثبت شده، و همچنین برای جلوگیری از دعاوی نسبت بآن در حدود اصول و قواعد حقوقی ایران منتهی درجهٔ اعتبار را بدفتر املاک داده و در موضوع اختلافات بین متعاملین نسبت باملاک ثبت شده سکوت اختیار کرده است. قانون سویس ثبت ملک را از نظر حقوقی پذیرفته و موادی راجع باستماع دعاوی و تصحیح دفتر املاک اختصاص داده است.

برای آشنا شدن بمقررات راجعه باعتبار دفتر املاک در قانون سویس ذیلا مختصری از آن ذکر میشود:

۱– رسیدگی باختلافات بین متعاملین

مندرجات دفتر املاک فقط از نظر اعتماد عمومی مورد توجه قرار گرفته و بدین جهت قانون آن را معتبر دانسته و صحیح و واقع شناخته است، لذا هرگاه کسی باعتماد آنکه ملک بنام (آ) در دفتر املاک ثبت شده است از او خریداری نماید، چون مالکیت (آ) صحیح و واقع تلقی میگردد، دیگری نمیتواند باستناد عدم مالکیت (آ) و حقانیت خود بطرفیت خریدار اقامهٔ دعوی نماید.

در دو صورت ذیل نمیتوان از اعتبار دفتر املاک استفاده نمود:

الف– در صورتی که علت تزلزل معامله مربوط بانتقال دهنده ملک یا حق، که بنام او در دفتر املاک ثبت شده بوده و یا مربوط به انتقال‌گیرنده آن باشد، چنانکه یکی از شرایط صحت معامله موجود نبوده و یا علل فسخ موجود باشد. مثلا هرگاه کسی ملکی را از (آ) که دفتر املاک او را مالک میشناسد بخرد و بنام خریدار در دفتر ثبت شود، بعداً بین مشتری و بایع در اثر وجود یکی از علل فسخ در دادگاه دعوی اقامه گردد، هیچ‌یک از متعاملین نمیتواند باستناد ثبت انتقال در دفتر املاک، عدم استماع دعوی را

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۰

از دادگاه بخواهد، زیرا آنچه که موجب اعتبار نزد خریدار بوده مالکیت انتقال دهنده است که دعوی مزبور آن را متزلزل نخواهد نمود و معامله هم اگر چه در دفتر املاک بنام خریدار ثبت شده است، ثبت مزبور هنوز مورد اعتماد کسی قرار نگرفته است تا تغییر آن موجب رفع اعتماد عمومی شود. بنابراین پذیرفتن دعاوی بالا- بین متعاملین مادام که ملک بملکیت خریدار باقیست، منافی با اعتماد عمومی نمیباشد زیرا تزلزل مزبور از ناحیه متعاملین ایجاد شده است و خود آنان منحصراً آثار آن را متحمل میشوند. بدین جهت فرقی نمینماید که تزلزل در معامله در اثر حیله و تقلب باشد و یا در اثر غفلت و اشتباه.

ب– در صورتی که کسی استناد باعتبار قسمتی از مندرجات دفتر املاک بنماید که او عدم صحت آن را بداند و یا علم بر آن داشته است. چنانکه کسی ملکی را که بنام (آ) در دفتر املاک ثبت شده از او میخرد، ولی میداند که معامله فروشنده به (آ) بجهاتی باطل است، در این صورت دعوی بین فروشنده و (آ) و خریدار از (آ) مادام که ملک در ملکیت خریدار باقیست مسموع خواهد بود، زیرا تغییر دفتر املاک با اطلاع خریدار به بطلان معاملهٔ (آ) موجب رفع اعتماد او نشده و باعتماد عمومی هم زیانی وارد نیاورده است.

مستند اظهار فوق دو ماده «۹۷۳ و ۹۷۴» قانون مدنی سویس است که ترجمه آن درج میشود.

ماده «۹۷۳»: «کسی که ملک یا سایر حقوق عینی را به اعتماد بر ثبت دفتر املاک با حسن نیت انتقال میگیرد مأخوذ بانتقال مزبور میباشد.»

ماده «۹۷۴»: «هرگاه حق عینی در دفتر املاک ناروا ثبت شده باشد کسی که عیوب آن را میدانسته و یا باید بداند نمیتواند به ثبت

ملک استناد نماید.

ثبت ملک وقتی ناروا است که من غیر حق و یا در اثر معامله غیر ملزمی وارد دفتر املاک شده باشد.

کسی که بحقوق عینی او آسیب وارد آمده میتواند مستقیماً بطرفیت اشخاص ثالثی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۱

که سوء نیت داشته‌اند بقانونی نبودن ثبت استناد نماید».

قانون سویس ثبت دفتر املاک را سند رسمی تلقی نموده است و مفاد آن را نسبت بعموم افراد معتبر میداند باین معنی که تمامی اشخاص باید مندرجات دفتر املاک را حقیقت و واقع فرض نمایند و معامله که باعتماد آن میشود در صورتی که انتقال‌گیرنده حسن نیت داشته باشد با هیچ‌گونه تزلزلی از جهت ثبت مزبور مواجه نخواهد شد، ولی هرگاه امری که موجب فلج ساختن معامله شده است، خارج از ثبت دفتر املاک باشد، چنانکه معامله باطل و یا یکی از متعاملین مغبون باشد، اگر چه انتقال مزبور هم در دفتر املاک ثبت شده است، در مورد اختلاف بین متعاملین استناد باعتبار دفتر املاک موردی نخواهد داشت. بطوری که از شرح علل قانون سویس استفاده میشود اگر مالکی حق ارتفاقی را بنفع دیگری در اثر معامله باطلی که الزام‌آور نیست ثبت کند، انتقال‌گیرنده در مقابل دعوی بطلان نمیتواند استناد به ثبت دفتر املاک نماید، اگر چه با حسن نیت هم معامله شده باشد و همچنین است نسبت بکسی که ملک او بوسیله- وکالت‌نامه مجعولی انتقال داده شده، زیرا در دو مورد مزبور دعوی بطلان معامله موجب سلب اعتماد عمومی از مندرجات دفتر املاک نخواهد شد. بنابراین متضرر میتواند مدعی شود ثبتی که شده مؤثر نبوده و الزام‌آور نمیباشد و تقاضای تغییر آن را بطرفیت کسی که معامله بدون حق بنام او ثبت شده بخواهد، و بالعکس کسی که ملک یا حق عینی دیگری را از مالک ظاهری که ملک بنام او در اثر معامله باطلی ثبت شده است انتقال گرفته باشد، ولی جاهل بر بطلان آن بوده است، حق او بوسیلهٔ مالک حقیقی که متضرر شده است متزلزل نخواهد گشت و بطلان معامله را اعتماد بر دفتر املاک با حسن نیت، جبران نموده است. ولی در صورتی که انتقال بکسی داده شده باشد که بطلان و غلط بودن ثبت را (باینکه موافق با حقیقت ثبت نشده) میداند یا باید بداند، انتقال‌گیرنده نمیتواند باستناد اینکه باعتماد دفتر املاک معامله نموده دفاع نماید و از مادهٔ «۹۷۳» قانون استفاده کند، بلکه مورد، مشمول ماده «۹۷۴» قانون خواهد بود. مثلا هرگاه (آ) در

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۲

دفتر املاک مالک ملکی شناخته شده است و در اثر وکالتنامه مجعولی که بنام (آ) تهیه شده ملک به (ب) انتقال داده شود و آن معامله در دفتر املاک ثبت گردد بعداً (ب) آن را به (ج) که از غلط و اشتباه بودن ثبت مطلع بوده است انتقال دهد، در این صورت (آ) میتواند بطرفیت (ج) [با ابراز دلیل بر عالم بودن (ج) بر بطلان معامله] اقامهٔ دعوی نماید و برقراری ثبت ملک را بنام خود بخواهد، ولی هرگاه (ب) انتقال‌گیرنده (با حسن نیت) در اثر گذشتن مدت مرور زمان ده‌ساله مذکور در ماده «۶۶۱» قانون مدنی سویس مالکیت خود را تحکیم نموده باشد و بعداً به (ج) آن را انتقال دهد دیگر (آ) نمیتواند بعنوان بطلان معامله بطرفیت (ج) اقامه دعوی نماید اگر چه (ج) عالم بر بطلان واقعی معامله هم بوده است، زیرا (ج) ملک را از (ب) خریداری نموده که مالکیت او در اثر مرور زمان ثابت و مستقر شده است.

آنچه از گفته‌های بالا معلوم گردید، مندرجات دفتر املاک وضعیت حقوقی ملک را در تمامی موارد بطور حقیقت بیان نمینماید و چنانکه م. بوردو تعبیر نموده است مقننین سویس و همچنین مقننین آلمان، دفتر املاک را با اعمال انصاف و عدالت قضائی دلیل قطعی قرار داده‌اند و نخواسته‌اند که مندرجات دفتر املاک را مورد اعتماد عمومی قرار داده و اعتبار کامل باو دهند.

۲- تصحیح کردن و خط زدن دفتر املاک

در مواردی که فوقاً بیان گردیـد هرگاه در ثبت املاک اشتباهی شده و یا آنکه ثبت بر خلاف قانون بعمل آمده باشد بیکی از طرق ذیل تصحیح و ابطال میشود: برضایت ذی‌نفع، از طریق دادگاه در صورت عدم رضایت او، بنظر مسئول دفتر املاک.

ماده «۹۷۵» قـانون مـدنی سویس میگویـد: «کسـی که بحقوق عینی او در اثر ثبت در دفـتر و یـا تغییر و یـا خـط زدن آن بـدون علت قانونی، ضرری متوجه شود میتواند خط زدن یا تصحیح آن را بخواهد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۳

بنابراین هر ثبت ملکی ایجاد حقی نمینماید و هر خط زدنی موجب از دست رفتن آن نخواهد بود.

بند دوم ماده فوق میگوید: «حقوق اشخاص ثالث که با حسن نیت انتقال گرفته‌اند بوسیلهٔ ثبت، محفوظ خواهند ماند و همچنین است کلیه خسارات وارده». م. ویلاند برای قسمت مزبور مثالی زده است که شرح آن بیان میگردد. هرگاه کسی ملکی را که مورد وصیت است ولی در دفتر املاک بنام یکی از ورثه متوفی ثبت شده با حسن نیت از ورثه خریداری نماید و در دفتر املاک بنام خریدار ثبت گردد، در حدود شق ۲ ماده فوق ملک مزبور از آن خریدار شـناخته میشود، ولی موصـی له میتواند باستناد ماده «۶۲» قانون تعهدات سویس (دارا شـدن بدون حق- مفاد ماده «۳۰۳» قانون مدنی ایران) بطرفیت فروشـنده اقامه دعوی نماید و هرگاه سوء نیت فروشـنده محرز گردد، حق مطالبه کلیه خسارات را خواهد داشت.

در صورتی که تغییر ثبت دفتر املاک در مثال بالا در اثر اشتباه مسئول دفتر املاک بوده است بر طبق ماده «۹۵۵» قانون مدنی سویس دعوی جبران خسارات بطرفیت ناحیه که مأمور از طرف آن ناحیه انجام وظیفه مینماید اقامه میشود، و ناحیه میتواند بنوبه خود بر طبق ماده «۶۲» قانون تعهـدات سویس بطرفیت فروشـنده اقامه دعوی کند و جبران خسارات را بخواهد. اجازهٔ اقامه دعوی برای موصـی له بطرفیت ناحیه سلب حق اقامه دعوی بطرفیت فروشنده که بدون سبب قانونی دارا شده است نمینماید. بنابر آنچه گفته شد شق ۲ ماده «۹۷۵» حق ثـابتی را برای خریـدار بـا حسن نیت نسبت بکلیه اشـخاص ایجاد مینمایـد. قاعـدهٔ مزبور چنانکه اشاره شـد ناشـی از روح عـدالت قضائی میباشد ولی این اقامهٔ دعوی در صورتی که فروشـنده معسر و متصدی دفتر املاک هم مسئولیتی نداشـته باشد، فقط موجب تشفی خاطر متضرر خواهد بود و نتیجه دیگری نخواهد داشت.

ماده «۹۷۶» قانون مدنی سویس مقرر داشته مقرر داشته هرگاه ثبت دفتر املاک، در اثر سقوط حق عینی تمام اعتبار قانونی خود را از دست بدهد، مالک ملک میتواند خط زدن

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۴

ثبـت مزبـور را بخواهـد. و در صـورتی که متصـدی دفـتر تقاضـا را بپـذیرد، هر ذی‌نفـع میتوانـد در ظرف ده روز از نظر او بـدادرس شکایت کند.

بر طبق مـاده «۸۶» آئین‌نـامه فـدرال سویس (آئین‌نامه ثبت املاک) متصـدی دفتر در مورد فوق بصـرف تقاضای ذی‌نفع میتوانـد ثبت دفتر املاک را خط بزنـد. و همچنین بـدون وصول تقاضائی متصدی میتواند اقدام به حذف ثبت‌هائی که بدون فایده در دفتر موجود است بنماید و شق ۳ ماده مزبور دسـتور میدهد که مسئول دفتر پس از تحقیق در اطراف نظر خود، تصمیم قضائی دادگاه را میخواهد و طبق نظر دادرس دادگاه اقدامات لازم را معمول میدارد.

شق ۳ مـاده فوق چون خط زدن دفتر املاک را باختیار مسـئول دفتر برگزار نموده و او را مکلف ننموده است، بـدین جهت مسـئولین دفاتر عملا کمتر از اختیار خود استفاده مینمایند.

آئین‌نامه ثبت املاک که طریقه رسیدگی را بنحو اختصاری در مورد فوق‌الذکر بیان میدارد معلوم ننموده است هزینه دادرسی بعهدهٔ چه کسی میباشد؟ ولی میتوان گفت که چون نتیجه آن امر بنفع صاحب ملک میباشد هزینه بعهده او خواهد بود.

ماده «۹۸» آئین‌نامه دفتر املاک بمسـئول دفتر اجازه میدهد که هرگاه باشـتباه خود بلافاصـله و قبل از اطلاع کسی واقف شد، میتواند

بدون انجام تشریفات آن را اصلاح نماید.
چون در بعض موارد خط زدن دفتر و تجدید ثبت آسان‌تر از تصحیح میباشد طبق شق ۲ ماده «۹۷۷» قانون مدنی سویس بمسئول دفتر اجازه داده است که اشتباهات قلمی ساده را بنظر خود مطابق آئین‌نامه شورای فدرال تصحیح نماید. آئین‌نامه مزبور اشتباهات ساده را باشتباهاتی تفسیر مینماید که تمامی با حقوق ثبت شده نداشته باشد.
اشتباهات مذکور در ماده آنهائی هستند که از ناحیه مسئول دفتر بعمل آمده است و شامل اشتباهاتی که از ناحیه اشخاص ذی‌نفع در اوراق مثبتهٔ حق، بعمل آمده نمیباشد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۵

فصل دوم اسناد عادی

تعریف

سند عادی عبارت از نوشته ایست که بوسیله افراد تنظیم شده بدون آنکه مأمور رسمی طبق مقررات قانونی در آن مداخله داشته باشد.
اسناد عادی تابع تشریفات مخصوصی نمیباشد، مگر آنکه در موارد معینهٔ، قانون صورت خاصی برای آن مقرر داشته باشد و آن موارد محدود است. از آن قبیل است وصیتنامه خود نوشت که بدستور ماده «۲۷۸» قانون امور حسبی در صورتی معتبر است که تمام بخط موصی نوشته شده و دارای تاریخ روز و ماه و سال بخط موصی بوده و بامضاء او رسیده باشد. همچنین است سفته، چک، برات و دفاتر تجاری و امثال آن.
قانون مدنی ایران از سند عادی تعریف ننموده است ولی در ماده «۱۲۸۷» اسناد رسمی را تعریف کرده میگوید: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است» و در ماده «۱۲۸۹» میگوید: «غیر از اسناد مذکور در ماده «۱۲۸۷» سایر اسناد عادی است» بنابراین اسنادی که بوسیله مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و طبق مقررات قانونی تنظیم نشده باشد، عادی میباشند، لذا اسناد زیر عادی محسوبند:
الف- سندی که بوسیله افراد تنظیم میشود، مانند نامه‌های خصوصی، دفاتر تجاری، اسنادی که معمولا بین افراد در معاملات تنظیم میگردد، اگر چه یک یا چند
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۶
نفر از افراد عادی یا مأمورین رسمی آن را گواهی نموده باشند، مانند سندی که امضاء آن در دفتر گواهی امضاء تصدیق شده است، همچنین است چکهای صادر بعهده بانک ملی ایران و سایر بانکهائی که طبق قوانین دائر شده یا میشود اگر چه طبق قانون چکهای بی‌محل مصوب ۱۳۲۷ در حکم اسناد لازم‌الاجرا محسوب میشود.
ب- سندی که مأمور رسمی خارج از حدود صلاحیت خود تنظیم مینماید مانند سند معاملهٔ که نزد پلیس عبور و مرور تنظیم شود یا ثبت ازدواج و طلاق که در دفتر اسناد رسمی ثبت گردد. اینگونه اسناد در صورتی که دارای امضاء یا مهر یا اثر انگشت طرف باشد عادی میباشد. یا آنکه سردفتر اسناد رسمی بر خلاف ماده «۵۳» قانون ثبت، اسنادی را که بمنفعت خود یا کسانی که تحت ولایت یا وصایت یا قیمومت او واقعند یا با او قرابت نسبی تا درجه چهارم یا سببی تا درجه سوم دارند و یا در خدمت او هستند ثبت کند. (چنانکه شرح آن در اهلیت سردفتر گذشت)

ج- سندی که مأمور رسمی بدون رعایت مقررات مربوطه تنظیم نماید. مانند آنکه سند رسمی تنظیمی در دفتر اسناد رسمی در دفتر نماینده ثبت نشود و یا آنکه متعهد دفتر را امضاء ننموده باشد. اسناد مزبور هرگاه دارای امضاء یا مهر طرف باشد عادی محسوب میگردد. ماده «۱۲۹۳» ق. م میگوید: «هرگاه سند بوسیله یکی از مأمورین رسمی تنظیم اسناد تهیه شده، لیکن مأمور صلاحیت تنظیم آن سند را نداشته و یا رعایت ترتیبات مقرره قانونی را در تنظیم سند نکرده باشد، سند مزبور در صورتی که دارای امضاء یا مهر طرف باشد عادی است»

ماده «۱۲۹۴» ق. م: «عدم رعایت مقررات راجع بحق تمبر که باسناد تعلق میگیرد سند را از رسمیت خارج نمیکند».

بعض از اسناد عادی هستند که دارای تمبر وزارت دارائی میباشند مانند سفته که در اوراق بهادار مخصوص باید نوشته شود. این تشریفات آن را از عادی بودن خارج

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۷

نمینماید اگر چه قانون از نظر سرعت جریان امور تجاری آثار مخصوصی برای آن مقرر داشته باشد.

اقسام اسناد عادی

اشاره

اسناد عادی بر چهار قسم است: اسنادی که افراد امضاء نموده‌اند، دفاتر تجاری، اسناد تنظیمی در خارج کشور و نامه‌های خصوصی که هر یک در مبحث جداگانه شرح داده میشود.

مبحث اول – اسنادی که افراد امضاء نموده‌اند

اشاره

اسنادی که افراد امضاء مینمایند و بفرانسه آن را L'acte sous seing prive میگویند نوشته‌های عادی هستند که افراد امضاء یا مهر مینمایند و در روابط حقوقی خود بکار می‌برند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۸

باب اول شرایط اعتبار سندی که افراد امضاء نموده‌اند

اشاره

نوشته زمانی بر زیان کسی که ابراز شده معتبر میباشد که:

۱- دارای امضاء یا مهر یا اثر انگشت باشد

سندی که دارای امضاء و یا مهر کسی میباشد بر علیه او معتبر خواهد بود و همچنین است سندی که اثر انگشت کسی را دارا باشد. در اعتبار سند عادی فرق نمینماید که بخط امضاءکننده باشد یا خط دیگری با ماشین نوشته شده یا اینکه قبلا چاپ گردیده باشد، زیرا اعتبار نوشته بر علیه کسی که امضاء یا مهر نموده و یا اثر انگشت گذارده است از نظر کاشف بودن آن از اراده او با نشاء معامله، یا اقراریست که نوشته از آن حکایت مینماید، چنانکه معمول و متداولست نوشته که حکایت از اراده و یا اقرار جدی کسی که باو منسوب است مینماید همیشه بوسیله او مهر یا امضاء میشود و هرگاه او مهر نداشته باشد و نتواند امضاء کند بوسیلهٔ انگشت

خود اثری در زیر نوشته میگذارد. نسبت بامور اداری در ادارات و مؤسسات و بنگاهها اغلب نوشته‌ها بجای امضاء پاراف میشود و گاه هم بدون امضاء دستورات و مطالبی از طرف رئیس بکارمند نوشته میشود. اینگونه نوشته‌ها در حکم اسناد امضاء شده است و بر علیه نویسنده معتبر میباشد اگر چه فاقد امضاء او باشد.

بنابر آنچه گذشت هرگاه سندی ابراز گردد که امضاء یا مهر و یا اثر انگشت کسی که باو منسوب است نداشته باشد بر علیه او مؤثر نخواهد بود، اگر چه تمام بخط او باشد، زیرا چنین نوشته‌ای نمیتواند کاشف از قصد انشاء نویسنده آن باشد، زیرا نوشته ناتمام است و کشف از ارادهٔ جدی او نسبت بمندرجات نمینماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۶۹

ماده «۱۳۰۱» قانون مدنی میگوید: «امضائی که در روی نوشته یا سندی باشد بر ضرر امضاءکننده دلیل است».

تذکر ۱- ماده «۱۳۰۴» قانون مدنی میگوید: «هرگاه امضای تعهدی در خود تعهدنامه نشده و در نوشته علی‌حده شده باشد آن تعهدنامه بر علیه امضاءکننده دلیل است در صورتی که در نوشته مصرح باشد که بکدام تعهد یا معامله مربوط است» زیرا بدستور ماده «۱۰» ق. م قراردادهای خصوصی نسبت بکسانی که آن را منعقد نموده‌اند نافذ است و بودن آن در نوشته جداگانه از اعتبار آن نمیکاهد.

تذکر ۲- بدستور ماده «۱۲۸۵» ق. م: «شهادتنامه سند محسوب نمیشود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت».

منظور ماده از شهادتنامه نوشته ایست که یک یا چند نفر امری را بنفع یا بضرر یک یا چند نفر دیگر نفی یا اثبات مینمایند. نوشته اینان اعتبار شهادت شفاهی را دارد اما چنانچه گواهان مزبور ضمن گواهی که نوشته‌اند امری را بزیان خود خبر دهند آن امر نسبت بگواهان مزبور سند محسوب میگردد.

۲- انتساب سند بکسی که باو نسبت داده شده مسلم باشد

سندی که منسوب بامضاء یا مهر یا اثر انگشت کسی میباشد نمیتواند بر علیه او مؤثر قرار گیرد، مگر آنکه انتساب آن نزد دادگاه مسلم گردد. زیرا عموماً انتساب سند عادی بکسی که باو نسبت داده میشود نزد دادگاه مورد تردید میباشد و در بعض موارد نادر هم چنانچه دادرس امضاء و یا مهر کسی که سند باو نسبت داده شده بشناسد و انتساب سند را باو مسلم بداند نمیتواند بعلم خود عمل کند. مستفاد از قسمت اول ماده «۳۵۸» قانون آئین دادرسی مدنی که میگوید: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوی تحصیل دلیل کند ....».

عدم پاسخ یا سکوت کسی که سند بر علیه او ابراز شده منحصراً نمیتواند قرینه صحت انتساب سند باو قرار گیرد، بنابراین سند عادی زمانی میتواند مورد استناد دادگاه قرار گیرد که صدورش از ناحیهٔ کسی که بر علیه او ابراز شده مسلم باشد و آن در صورتیست که

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۰

از طرف کسی که بر علیه او ابراز شده، صدور آن را از منتسب الیه تصدیق کند و یا آنکه ثابت شود که مهر و یا امضاء و یا اثر انگشت از کسی است که سند باو نسبت داده شده، و مورد تکذیب یا تردید یا سکوت طرف قرار گرفته است.

مادهٔ «۱۲۹۱» ق. م میگوید: «اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته درباره طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است:

۱- اگر طرفی که سند بر علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب الیه تصدیق نماید (چنانکه در یکی از لوایح تقدیمی بدادگاه یا در جلسه رسیدگی صدور سند را از منتسب الیه تصدیق کند، اگر چه دعوی بی‌اعتباری آن را بنماید، زیرا تصدیق صدور سند از کسی که باو منتسب است ملازمه با اعتبار سند ندارد).

۲- هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی الواقع امضاء یا مهر کرده است».

در مورد تکذیب و یا تردید انتساب سند بکسی که سند منتسب باو است، چنانچه ابراز کنندهٔ سند بخواهد از آن استفاده نماید باید صحت انتساب آن را اثبات کند و آن بوسیلهٔ تطبیق امضاء یا مهر یا اثر انگشت با امضاء یا مهر و اثر انگشت مسلم الصدور از طرف منتسب الیه در ذیل اسناد رسمی یا اسناد عادی که صحت آن مورد حکم دادگاه قرار گرفته بعمل می‌آید، و چنانچه چنین امضاء یا اثر انگشتی از منتسب الیه یافت نشود، ابراز کنندهٔ سند میتواند از دادگاه بخواهد کسی را که امضاء سند منتسب باو است و طرف دعوی قرار گرفته برای استکتاب حاضر شود تا یک یا چند امضاء بنماید و امضاءات او اساس تطبیق قرار گیرد. و کسی که اثر انگشت منتسب باو است اثر انگشت بگذارد تا بوسیلهٔ متخصصین فنی تطبیق شود و چنانچه منتسب الیه حاضر نشود و یا مرده باشد گواهی گواهانی که از تنظیم سند اطلاع دارند و یا امضاء و مهر را میشناسند میتواند قرینه صحت انتساب قرار گیرد.

تذکر ۱- چنانچه از اطلاق ماده «۱۲۹۱» ق. م که در بالا بشرح آن مبادرت

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۱

گردید استنباط میشود، اسناد عادی پس از آنکه از طرف منتسب الیه تصدیق گردید یا صحت انتساب آن در دادگاه ثابت شد، اعتبار سند رسمی را پیدا مینماید و دربارهٔ طرفین و قائم مقام آنها معتبر است، اگر چه دادرسی که سند در آن ابراز شده منجر بصدور حکم نگردد. بنابراین چنانچه دادخواست، ابطال یا بجهتی از جهات رد شود و در دادرسی دیگر آن سند ابراز گردد، طرف نمیتواند آن را تردید و یا تکذیب نماید، زیرا ابطال و رد دادخواست رسمی بودن عملیات دادرسی را که قبلا انجام شده است ملغی نمینماید، علاوه بر آنکه ماده «۱۲۹۱» ق. م اعتبار سند عادی را بر تصدیق یا اثبات انتساب سند بکسی که مهر یا امضاء کرده مترتب نموده است و در موارد بالا این امر انجام شده است.

تذکر ۲- اعتبار سند عادی در مورد ماده «۱۲۹۱» ق. م مانند اعتبار سند رسمی نسبت بمندرجات و محتویات آنست. ولی این امر موجب نمیشود که تاریخ سند عادی طبق ماده «۱۳۰۵» ق. م بر علیه اشخاص ثالث نیز معتبر شناخته شود، زیرا تاریخ در اسناد رسمی که مأمور رسمی در حدود صلاحیتش آن را تنظیم کرده از محسوسات او میباشد و قانون از نظر رعایت نظم عمومی فرض واقعیت آن را نموده است، و در اسناد عادی با صحت انتساب آن، چنین فرضی را نمیتوان نمود. علاوه بر آنکه ماده «۱۳۰۵» ق. م خود تصریح مینماید: «.... ولی در اسناد عادی تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثهٔ آنان و کسی که بنفع او وصیت شده معتبر است».

تذکر ۳- اسناد عادی در مورد ماده «۱۲۹۱» ق. م اعتبار اسناد رسمی را پیدا مینمایند ولی اسناد رسمی محسوب نمیشوند، زیرا بدستور ماده «۱۲۸۷» ق. م سند در صورتی رسمی است که بوسیله مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد، بنابراین چنانچه اسناد عادی که اعتبار اسناد رسمی را پیدا کرده‌اند در مورد اسناد معاملات راجع بعین یا منافع املاک و یا صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه مذکور در مواد «۴۶ و ۴۷» ق. ثبت اسناد و املاک باشد بدستور مادهٔ «۴۸» ق. ثبت اسناد و املاک در هیچ‌یک از ادارات و دادگاهها پذیرفته نخواهد شد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۲

باب دوم دفاع در مقابل اسناد عادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد

اشاره

بدستور ماده «۱۲۹۲» ق. م: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف میتواند ادعای جعلیت نسبت باسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور بجهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است».

چنانکه از مادهٔ فوق استنباط میشود در مقابل اسناد عادی که اعتبار سند رسمی را دارد فقط بیکی از دو طریق ذیل دفاع ممکن

خواهد بود:

۱- ادعای جعلیت

اشاره

در مقابل سند عادی که اعتبار سند رسمی را دارد میتوان دعوی جعلیت نمود.

جعل بر دو قسم است: جعل مادی و جعل معنوی.

الف- جعل مادی

و آن چنانکه ماده «۹۷» قانون مجازات عمومی میگوید عبارتست از: «ساختن نوشته یا سند یا چیز دیگری بر خلاف حقیقت یا ساختن مهر یا امضای اشخاص رسمی یا غیر رسمی یا بقصد تقلب خراشیدن یا تراشیدن یا قلم بردن یا الحاق یا محو یا اثبات یا سیاه کردن یا تأخیر تاریخ سند نسبت بتاریخ حقیقی یا الصاق متقلبانه نوشته به نوشته دیگری یا بکار بردن مهر دیگری بدون اجازه صاحب آن و نظایر آن».

ب- جعل معنوی

و آن عبارت است از درج مطالب یا تاریخ بر خلاف واقع در سند. جعل معنوی در اسناد رسمی را قانون مجازات عمومی در مادۀ «۱۰۴» تعریف

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۳

نموده و میگوید: «هر یک از مستخدمین و اجزاء ادارات و محاکم عدلیه که در تحریر نوشتجات و قراردادهای راجعه به وظائفشان مرتکب جعل و تزویر شوند اعم از اینکه موضوع یا مضمون آن را تغییر دهند یا گفته و نوشته یکی از مقامات رسمی یا تقریرات یکی از طرفین را تحریف کنند یا امر باطلی را صحیح یا صحیحی را باطل یا چیزی را که بدان اقرار نشده است، اقرار جلوه دهند محکوم بحبس از پنج الی ده سال با اعمال شاقه خواهند بود». و مادۀ «۱۰۶» ق. مجازات عمومی در مورد جعل در اسناد عادی میگوید: «هر کس بیکی از طرق مذکور در اسناد یا نوشتجات غیر رسمی جعل یا تزویر کند بحبس مجرد از دو تا ۱۰ سال محکوم خواهد شد و هر کس خطوط یا اسناد مذکوره در این ماده را با علم بتزویر مورد استفاده قرار دهد مجازات او حبس مجرد از دو تا پنج سال خواهد بود». بنابراین هرگاه مدیونی که بطلبکار کور یا بیسواد خود میخواهد قبض طلب بدهد، مصرعی از شعر حافظ بنویسد و امضاء کند و باو بدهد، مدیون موضوع را تغییر داده است. جعل بودن قسمتی از سند، قسمت دیگر آن را از اعتبار نمی‌اندازد، زیرا قسمت مزبور دارای اعتبار قانونی است و بی‌اعتباری قسمت مجعول در آن سرایت نمیکند.

نکته- دعوی جعل در سند عادی پس از انکار و تردید نیز ممکن خواهد بود زیرا گاه پس از آنکه امضاء و یا مهر سندی مورد تکذیب قرار گرفت و رسیدگی بعمل آمد و قرار صحت انتساب آن صادر گردید، طرف متوجه جعل در متن یا امضاء و مهر آن سند می‌شود.

۲- دعوی از اعتبار افتادن سند.

سند عادی که اعتبار سند رسمی را دارا باشد بر علیه طرفین و قائم مقام آنها دلیل شناخته میشود، مگر آنکه بجهتی از جهات بی‌اعتباری آن ثابت شود. سند در موارد زیر اعتبار قانونی ندارد:

الف- مندرجات آن طبق مقررات قانون مدنی باطل و بلااثر باشد، چنانکه تعهد یا انتقالی که بوسیلۀ سند بعمل آمده بیکی از جهات

قانونی باطل باشد مانند آنکه

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۴

یکی از طرفین در حین معامله فاقد اهلیت بوده یا مورد معامله مجهول باشد اعتبار سند از نظر اعتبار مندرجات آنست، خواه اخبار از تعهد یا تملیک و یا انشاء یکی از آن دو باشد و یا امر دیگری را حکایت کند، و هرگاه بطلان مندرجات سند بیکی از علل قانونی مسلم گردید، سند مزبور نوشتهٔ بلااثر است. بنابراین سندی که اعتبار سند رسمی را دارد مادام که بطلان آن ثابت نگردیده معتبر محسوب میشود.

ب- سقوط تعهد مندرج در سند بوسیلهٔ یکی از علل قانونی مانند ایفاء، ابراء، اقاله، تبدیل تعهد و امثال آن مذکور در ماده «۲۶۴» ق. م و یا فسخ. بنابراین هرگاه کسی با ابراز سندی که حکایت از مدیونیت طرف مینماید دعوی اقامه کند، طرف میتواند با ابراز رسید خواهان، بی‌اعتباری مستند دعوی او را اثبات نماید.

نکته- ماده «۱۳۰۲» ق. م میگوید: «هرگاه در ذیل یا حاشیه یا ظهر سندی که در دست ابرازکننده بوده مندرجاتی باشد که حکایت از بی‌اعتباری یا از اعتبار افتادن تمام یا قسمتی از مفاد سند نماید، مندرجات مزبوره معتبر محسوبست اگر چه تاریخ و امضاء نداشته و یا بوسیله خط کشیدن و یا نحو دیگر باطل شده باشد». زیرا سند ابرازی علیه ابرازکننده دلیل است، مگر آنکه ثابت نماید آنچه در حاشیه و ظهر سند نوشته شده بجهتی از جهات اعتبار ندارد، مانند آنکه اثبات کند که بزور از او گرفته‌اند، و آن را نوشته‌اند. اینست که ماده «۱۳۰۳» ق. م میگوید: «در صورتی که بطلان مندرجات مذکوره در ماده قبل ممضی بامضاء طرف بوده و یا طرف بطلان آن را قبول کند و یا آنکه بطلان آن در محکمه ثابت شود مندرجات مزبوره بلااثر خواهد بود».

مبحث دوم- دفاتر تجاری

قسمت اول- تعریف دفاتر تجاری

دفاتر مزبور بر دو قسم است: عادی و رسمی:

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۵

الف- دفاتر تجاری عادی دفاتری هستند که تاجر بدون رعایت مقررات مربوطه در قانون تجارت برای امور تجاری خود تنظیم مینماید. این دفاتر بدستور ذیل ماده «۱۴» ق. ت. بر علیه صاحب آن معتبر است. چنانکه از ماده بالا- مستفاد میگردد اعتبار مزبور منحصر بدفاتر عادی است که تجار نگهداری مینمایند و شامل دفاتر عادی کسبه جزء و یا کسانی که عمل تجاری انجام نمیدهند نمیشود، بدین جهت هرگاه کسی دفتر غیر تاجری را بنحوی از انحاء بدست آورد و باستناد آن بر صاحب دفتر دعوی اقامه نماید و مبلغی را که در آن بخط خوانده بعنوان طلب خواهان ثبت شده است مطالبه نماید، مندرجات دفتر بر علیه صاحب آن دلیل نخواهد بود اگر چه جزء قرینه یا جزء اماره قضائی محسوب شود، مگر آنکه امضاء یا مهر او را داشته باشد، زیرا اعتبار دفتر بر علیه صاحبش بر خلاف قاعده است و قانون آن را منحصر بدفاتر تجاری نموده است و نوشتهٔ عادی را هم بدون مهر و امضاء یا اثر انگشت نمیتوان دلیل محسوب نمود.

ب- دفاتر تجاری رسمی که قانون تجارت دفاتر تجاری (بطور مطلق) نامیده دفاتری هستند که تاجر طبق مادهٔ «۶» قانون تجارت برای امور تجاری خود تنظیم مینماید.

ماده «۶» ق. تجارت: «هر تاجری باستثنای کسبهٔ جزء مکلفست دفاتر ذیل یا دفاتر دیگری را که وزارت عدلیه بموجب نظامنامه قائم مقام این دفاتر قرار میدهد داشته باشد:

۱- دفتر روزنامه.

۲- دفتر کل.

۳- دفتر دارائی.

۴- دفتر کپیه».

دفتر روزنامه- چنانکه ماده «۷» ق. تجارت میگوید: «دفتر روزنامه دفتریست که تاجر باید همه روزه مطالبات و دیون و دادوستد تجارتی و معاملات راجع باوراق تجارتی (از قبیل خریدوفروش و ظهرنویسی) و بطور کلی جمیع واردات و صادرات

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۶

تجارتی خود را بهر اسم و رسمی که باشد و وجوهی را که برای مخارج شخصی خود برداشت می‌کند در آن دفتر ثبت نماید».

دفتر کل- چنانکه ماده «۸» ق. تجارت میگوید: «دفتر کل دفتریست که تاجر باید کلیه معاملات را لااقل هفتهٔ یک مرتبه از دفتر روزنامه استخراج و انواع مختلفه آن را تشخیص و جدا کرده هر نوعی را در صفحهٔ مخصوص در آن دفتر بطور خلاصه ثبت کند».

دفتر دارائی- چنانکه ماده «۹» ق. تجارت میگوید: «دفتر دارائی دفتریست که تاجر باید هر سال صورت جامعی از کلیه دارائی منقول و غیر منقول و دیون و مطالبات سال گذشته خود را بریز ترتیب داده در آن دفتر ثبت و امضاء نماید و این کار باید تا پانزدهم فروردین سال بعد انجام پذیرد».

دفتر کپیه- ماده «۱۰» ق. تجارت میگوید: «دفتر کپیه دفتریست که تاجر باید کلیه مراسلات و مخابرات و صورت حسابهای صادره خود را در آن بترتیب تاریخ ثبت نماید.

تبصره- تاجر باید کلیه مراسلات و مخابرات و صورت حسابهای وارده را نیز بترتیب تاریخ ورود مرتب نموده در لفاف مخصوصی ضبط کند».

بدستور ماده «۱۱» ق. ت: «دفاتر مذکور در ماده «۶» باستثناء دفتر کپیه قبل از آنکه چیزی در آن نوشته شده باشد بتوسط نمایندهٔ اداره ثبت (که مطابق نظامنامه وزارت عدلیه معین میشود) امضاء خواهد شد.

برای دفتر کپیه امضای مزبور لازم نیست، ولی باید اوراق آن دارای نمرهٔ ترتیبی باشد. در موقع تجدید سالیانهٔ هر دفتر، مقررات این ماده رعایت خواهد شد. حق امضاء از قرار هر صد صفحه با کسور آن دو ریال و بعلاوه مشمول ماده «۱۳۵» قانون ثبت اسناد است».

بدستور ماده «۱۲» ق. تجارت: «دفتری که برای امضاء بمتصدی امضاء تسلیم میشود، باید دارای نمره ترتیبی و قیطان کشیده باشد و متصدی امضاء مکلف است

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۷

صفحات دفتر را شمرده در صفحهٔ اول و آخر هر دفتر مجموع عدهٔ صفحات آن را با تصریح باسم و رسم صاحب دفتر نوشته با قید تاریخ امضاء و دو طرف قیطان را با مهر سربی که وزارت عدلیه برای این مقصود تهیه مینماید منگنه کند. لازمست کلیه اعداد حتی تاریخ با تمام حروف نوشته شود».

بدستور ماده «۱۳» ق. ت: «کلیه معاملات و صادرات و واردات در دفاتر مذکوره فوق باید بترتیب تاریخ در صفحات مخصوصه نوشته شود، تراشیدن، حک کردن و همچنین جای سفید گذاشتن بیش از آنچه که در دفتر نویسی معمولست و در حاشیه و یا بین سطور نوشتن ممنوع است و تاجر باید تمام آن دفاتر را از ختم هر سالی لااقل تا ۱۰ سال نگاه دارد».

ماده «۱۵» ق. ت میگوید: «تخلف از ماده «۶» و ماده «۱۱» مستلزم دویست تا ده هزار ریال جزای نقدی است- این مجازات را محکمهٔ حقوق رأساً و بدون تقاضای مدعی العموم میتواند حکم بدهد و اجرای آن مانع اجرای مقررات راجع بتاجر ورشکسته که دفتر مرتب ندارد نخواهد بود». بنابراین دادگاه حقوقی که در رسیدگی خود در دعوائی با تخلف تاجر از ماده «۶ و ۱۱» قانون تجارت مواجه میشود، حکم بتأدیه جزای نقدی میدهد، خواه حکم مزبور مستقلا و قبل از حکم راجع باصل دعوی باشد یا آنکه

ضمن حکم باصل دعوی.

قسمت دوم – اعتبار مندرجات دفاتر تجاری

اشاره

دفاتر تجاری که بر طبق مواد قانون تجارت تنظیم میشود اگر چه در عرف تجاری بدفاتر رسمی مشهور است، ولی از نظر حقوقی از اسناد عادی محسوب میگردند، زیرا مأمور رسمی در نوشتن آن مداخله ندارد و شمارش صفحات و قیطان‌کشی و مهر سربی نمودن بوسیله مأمور رسمی آن را از اقسام اسناد رسمی نمیگرداند، اما قانون از نظر نظم امور تجاری که نقش مهمی را در اقتصادیات کشور بازی مینماید اعتبار خاصی بدفاتر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۸

تجاری داده است که ذیلا بیان میگردد:

اعتبار مندرجات دفاتر تجاری از سه نظر مورد گفتگو قرار میگیرد:

1- اعتبار مندرجات دفاتر تجاری بر علیه تاجر دیگر

بدستور ماده «۱۲۹۷» ق. م: «دفاتر تجارتی در موارد دعوای تاجری بر تاجر دیگر، در صورتی که دعوی از محاسبات و مطالبات تجارتی حاصل شده باشد دلیل محسوب میشود، مشروط بر اینکه دفاتر مزبوره مطابق قانون تجارت تنظیم شده باشد» و ماده «۱۴» ق. ت میگوید:

«دفاتر مذکور در ماده «۶» و سایر دفاتری که تجار برای امور تجارتی خود بکار میبرند در صورتی که مطابق مقررات این قانون مرتب شده باشد بین تجار در امور تجارتی سندیت خواهد داشت و در غیر این صورت فقط بر علیه صاحب آن معتبر خواهد بود».

در صورتی که دفاتر تجاری مطابق مواد «۱۱ و ۱۲» ق. ت تنظیم شده باشد (یعنی اوراق آن دارای نمره ترتیبی بوده و بوسیلهٔ مأمور رسمی در صفحه اول و آخر دفتر، مجموع عده صفحات آن را با تصریح باسم و رسم صاحب دفتر نوشته با قید تاریخ امضاء کند و دو قیطان را با مهر سربی که وزارت عدلیه تهیه مینماید منگنه نماید) مندرجات آن در دعوی بین تاجر بر تاجر دیگر راجع بمحاسبات و مطالبات تجاری معتبر میباشد.

بنابراین مثلا- تاجری میتواند باستناد ثبت دفتر تجاری خود یکصد هزار ریال بابت مال- التجاره خریداری تاجر دیگر از او مطالبه نماید. ثبت بدهی در دفتر تجاری خواهان، دلیل بر مدیونیت خوانده محسوب میشود، با آنکه هیچ‌گونه امضاء و مهری از خوانده ندارد. ولی هرگاه ثبت دفتر تجاری راجع بمطالبات غیر تجاری باشد بر علیه تاجر دیگر نمیتواند معتبر شناخته شود. بنابراین هرگاه یکصد هزار ریال بدهی ثبت شده در دفتر تجاری راجع بفروش فرشی باشد که تاجر برنج در خانه داشته و بتاجر دیگر که تجارت قند مینماید برای منزل او فروخته است، معامله غیر تجاری میباشد و نمیتواند دلیل بر علیه خریدار قرار گیرد. همچنین هرگاه مطالبه مبلغ مزبور راجع به بقیه ثمن خانه است که بخوانده فروخته است، ثبت آن در دفتر تجاری خواهان نمیتواند دلیل بر محکومیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۷۹

خوانده قرار گیرد، زیرا بدستور ماده «۴» قانون تجارت: «معاملات غیر منقول به هیچ‌وجه تجارتی محسوب نمیشود». ولی بنظر میرسد که ثبت مزبور را بتوان از قراین مثبته دعوی بشمار آورد.

اعتبار مندرجات دفاتر تجاری بر علیه تاجر دیگر امر استثنائی است که برای جلب اعتماد تجار در عملیات تجاری با یکدیگر و سرعت جریان معاملات مقرر شده است و الا نمیتواند نوشته‌ای که امضاء و مهر از کسی ندارد بر علیه او دلیل قرار گیرد.

در صورتی که ثبت دفاتر دو تاجر نسبت بیک امر اختلاف داشته باشد، هر دو ساقط میگردند و از اعتبار می‌افتند، زیرا با فرض قدرت اعتبار هر دو، برتری یکی بر دیگری ترجیح بلامرجح میباشد. مثلا هرگاه محمد تاجر، از تقی تاجر باستناد دفتر تجاری خود مطالبهٔ ده هزار ریال بنماید، چون مراجعه بدفاتر طرفین میشود آن دفاتر چنین حکایت دارد: در دفتر رسمی محمد در خرداد نوشته شده که ده هزار ریال بتقی قرض داده است که پس از یک ماه دریافت دارد تقی در دفتر خود در تاریخ فروردین نوشته که بیست هزار ریال وجه دستی بمحمد داده است و در خرداد که محمد تأدیه ده هزار ریال را در دفتر خود نوشته، تقی در دفتر قید نموده که ده هزار ریال را بابت بیست هزار ریال وجه دستی و طلبی که سابقاً از او داشته گرفته است.

2- اعتبار دفاتر تجاری بر علیه دارندهٔ آن

بدستور ذیل ماده «۱۴» ق. تجارت مندرجات دفاتر تجارتی چنانچه طبق مقررات قانون تجارت مرتب نشده باشد بر علیه دارندهٔ آن دلیلست ماده «۱۲۸۱» ق. م میگوید: «قید دین در دفتر تجار بمنزله اقرار کتبی است». و مندرجات دفاتر تجاری که طبق قانون تجارت مرتب شده است بطریق اولی بر علیه دارندهٔ آن دلیل محسوب میشود. بنابراین چنانچه کسی بر علیه تاجر فرش دعوی اقامه کند و مطالبهٔ یک هزار ریال قیمت فرش خریداری او را بنماید و استناد بدفاتر خوانده کند، مندرجات دفتر ابرازی بر علیه او دلیل است.

3- اعتبار دفاتر تجاری بر علیه غیر تاجر

بدستور قسمت اول ماده «۱۲۹۸»

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۰

ق. م. که میگوید: «دفتر تاجر در مقابل غیر تاجر سندیت ندارد، فقط ممکن است جزء قرائن و امارات قبول شود ....» هرگاه تاجری بر علیه غیر تاجری باستناد دفتر تجاری خود اقامه دعوی نماید و مبلغی را بعنوان قیمت اجناس خریداری خوانده از او مطالبه کند، ثبت دفتر مزبور میتواند جزء قرینه یا جزء امارهٔ قضائی بر علیه خوانده قرار گیرد که به پیوست قرائن دیگر موجب محکومیت خوانده بپرداخت مبلغ مورد مطالبه شود، و الا ثبت دفاتر تجاری بر علیه غیر تاجر دلیل محسوب نمیگردد.

تبصره ۱– مندرجات دفاتر تجاری قابل تبعیض نمیباشد

چنانکه گذشت مندرجات دفاتر تجاری خواه رسمی باشد یا عادی، بر علیه دارندهٔ آن معتبر است، بنابراین هرگاه کسی بر علیه تاجری اقامه دعوی کند و مبلغی مطالبه نماید و استناد بدفاتر او کند چنانچه در دفتر تاجر خوانده بدهی او قید شده باشد، دادگاه او را طبق مندرجات مزبور محکوم خواهد نمود. آنچه باید متذکر بود آنست که هرگاه کسی بدفتر تاجری استناد نمود و در دفتر او محاسباتی ذکر شده که قسمتی بسود و قسمتی بزیان استنادکننده است، بدستور ماده «۱۲۹۸» ق. م استنادکننده نمیتواند تفکیک کرده و آنچه را که بر نفع اوست قبول و آنچه که بر ضرر اوست رد کند، مگر آنکه بی‌اعتباری آنچه را که بر ضرر اوست ثابت نماید. چنانکه بوسیلهٔ نامه‌ای که تاجر باو نوشته قسمت مزبور را بلااثر دانسته باشد.

تبصره ۲– مواردی که دفاتر تجاری دلیل محسوب نمیشود

دفاتر تجاری که بر طبق قانون تجارت تنظیم شده است در موارد ذیل بدستور ماده «۱۲۹۹» ق. م بر علیه تاجر دیگر، در محاسبات و مطالبات تجاری دلیل محسوب نمیگردد:

۱– «در صورتی که مدلل شود اوراق جدیدی بدفتر داخل کرده‌اند یا دفتر تراشیدگی دارد ...»

(اوراق جدیدی که داخل در دفتر تجاری شده اگر چه مربوط بصفحات مورد استناد در دعوی نباشد، موجب بی‌اعتباری تمامی

مندرجات دفتر میشود. همچنین

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۱

تراشیدگی و پاک کردن در یکی از صفحات، دفتر تجاری را از اعتبار می‌اندازد).

۲- «وقتی که در دفتر بی‌ترتیبی و اغتشاشی کشف شود که بر نفع صاحب دفتر باشد ...» (مانند داشتن سطر سفید بر خلاف اصول دفترداری و یا ثبت امر تجاری مقدم را در دفتر بتاریخ مؤخر یا بالعکس و یا ساختگی محاسبات و امثال آن. این امور مانند داخل نمودن اوراق جدید یا تراشیدگی و پاک کردن کلمه، دفتر تجاری را از اعتبار می‌اندازد).

۳- «وقتی که بی‌اعتباری دفتر سابقاً بجهتی از جهات در محکمه مدلل شده باشد».

این امر در صورتیست که در یکی از دادگاهها دفتر تجاری تاجر مانند دلیل ابراز شده باشد و پس از رسیدگی بی‌اعتباری آن بجهتی از جهات مانند مورد شق اول و دوم ماده بالا مسلم شده باشد. در این صورت با ابراز صورت جلسه یا رأی دادگاه دیگر، مبنی بر بی‌اعتباری دفتر تجاری، دادگاه اخیر بی‌اعتباری دفتر تجاری را محرز میداند و احتیاج برسیدگی مجدد نمیباشد. دفتر تجاری رسمی که بیکی از جهات مذکور در ماده «۱۲۹۹» ق. م بی‌اعتبار شناخته میشود بر علیه تاجر دیگر نمیتواند دلیل شناخته شود، ولی بدستور ماده «۱۳۰۰» ق. م مندرجات آن بزیان دارنده دفتر معتبر خواهد بود، زیرا مندرجات مزبور در حکم اقرار کتبی خارج از دادگاه است که با ابرازدارنده آن در دادگاه تصدیق بآن نموده است، مگر آنکه تاجر دارنده دفتر ثابت کند که قسمت مزبور مبتنی بر اشتباه یا غلط بوده و یا منظور خاصی در نوشتن داشته و بر خلاف حقیقت است- ماده «۱۳۰۰» ق. م: «در مواردی که دفتر تجارتی بر نفع صاحب آن دلیل نیست بر ضرر او سندیت دارد».

مبحث سوم- در نامه‌های خصوصی

نامه‌های خصوصی عبارت از نوشته‌هائیست که افراد در روابط خصوصی خود بیکدیگر می‌نویسند. اینگونه نامه‌ها اغلب بین دوستان نوشته میشود و زندگانی خصوصی خود را برای یکدیگر شرح میدهند. این نامه‌ها چه بوسیلهٔ پست و چه بوسیلهٔ افراد برای

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۲

طرف فرستاده شود، مادام که بدست طرف نرسیده ملک فرستنده است و پس از دریافت طرف، ملک او میشود. بنابراین نویسنده نامه میتواند مادام که بدست طرف نرسیده آن را استرداد نماید.

عموماً منظور نویسندگان اینگونه نامه‌ها آنست که طرف پس از اطلاع از مضمون آن، نامه را نابود و چنانچه لازم بداند پنهان نگهدارد و مطالب آن را خود بداند، مگر آنکه نویسنده اجازه دهد که آن نامه را باشخاص معینی ارائه دهد و یا مطالب آن را بگوید و گیرنده نامه حق ندارد بدون اجازهٔ نویسنده مندرجات نامه را افشا کند، زیرا آن مطالب مانند امانت نزد اوست و افشای آن بر خلاف اخلاق پسندیده و روش اجتماعی میباشد. این است که اصل بیست و دوم متمم قانون اساسی میگوید: «مراسلات پستی کلیهٔ محفوظ و از ضبط و کشف مصون است، مگر در مواردی که قانون استثناء میکند».

مانند نامه خصوصی است آنچه که بوسیلهٔ تلگراف یا وسایل دیگر بین دو نفر مخابره میشود. اصل بیست و سوم متمم قانون اساسی: «افشاء یا توقیف مخابرات تلگرافی بدون اجازهٔ صاحب تلگراف ممنوع است مگر در مواردی که قانون معین میکند».

منع قانونی از افشاء و کشف مراسلات و مخابرات تلگرافی در دو اصل بالا اختصاص بمقامات رسمی دولتی ندارد، بلکه افراد نیز نمیتوانند بر خلاف مفاد آن نسبت بیکدیگر رفتار نمایند. بنابراین بعضی بر آنند که نامه‌های خصوصی افراد بیکدیگر نمیتواند برای اشخاص ثالث، دلیل بر علیه نویسنده قرار گیرد. مثلا هرگاه در نامه‌ای که محمد برای جعفر می‌نویسد حکایت نماید که یکصد هزار ریال به تقی مدیون است و ندارد باو بدهد، تقی نمیتواند نامه مزبور را در دادگاه دلیل بر علیه محمد قرار دهد. بنظر میرسد که

مصون بودن نامه از کشف و همچنین منظور نویسندهٔ نامه خصوصی بآنکه دیگری از نامه اطلاعی پیدا ننماید، منافات با اثر وضعی اقرار کتبی مندرج در نامه ندارد، بنابراین تقی میتواند آن نامه را دلیل بر ادعاء خود قرار دهد و در دادگاه اقامهٔ دعوی بر علیه محمد بنماید، همچنانی که نامه‌های خصوصی میتواند نسبت باختلاف بین نویسندهٔ

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۳

نامه و کسی که نامه باو نوشته شده است دلیل قرار گیرد، چنانکه محمد در نامهٔ خود به جعفر می‌نویسد که من یکصد هزار ریال بتو بدهکارم ولی بمن شش ماه مهلت بده میپردازم، جعفر میتواند باستناد نامهٔ مزبور در دادگاه بر علیه اقامهٔ دعوی کند و مطالبه یکصد هزار ریال از او بنماید.

تبصره- نامه‌های خصوصی از اسناد عادی محسوب است و چنانچه امضاء یا پاراف یا مهر و یا اثر انگشت نویسنده را دارا باشد بر علیه او معتبر است و کسی که بر علیه او ابراز میگردد میتواند دعوی تکذیب و تردید و یا جعل بنماید.

مبحث چهارم- در اسناد تنظیمی در کشورهای خارجه

اشاره

منظور از اسناد تنظیمی در خارج کشور، اسنادی است که بوسیلهٔ غیر مأمورین کشور ایران تنظیم میشود، خواه بوسیلهٔ افراد عادی تنظیم یافته باشد و یا بوسیلهٔ مأمورین کشورهای خارجی. اما اسنادی که بوسیلهٔ مأمورین رسمی کشور ایران در خارج در حدود صلاحیت آنها طبق مقررات مربوطه تنظیم میشود رسمی میباشد مانند شناسنامه، ثبت دفتر ازدواج و طلاق و امثال آنها.

پذیرفتن اسناد تنظیمی در کشورهای خارجه در دادگاهها و ادارات و مؤسسات کشور ایران تابع مقررات مخصوصه ایست که مواد «۱۲۹۵ و ۱۲۹۶» قانون مدنی بیان مینماید.

ماده «۱۲۹۵» قانون مدنی میگوید: «محاکم ایران باسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا میباشد مشروط بر اینکه:

اولًا- اسناد مزبور بعلتی از علل قانونی از اعتبار نیفتاده باشد.

ثانیاً- مفاد آنها مخالف با قوانین مربوط بنظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۴

ثالثاً- کشوری که اسناد در آنجا تنظیم شده بموجب قوانین خود یا عهود، اسناد تنظیم شده در ایران را نیز معتبر بشناسد.

رابعاً- نماینده سیاسی و یا قنسولی ایران در کشوری که سند در آنجا تنظیم شده یا نمایندهٔ سیاسی و یا قنسولی کشور مزبور در ایران تصدیق کرده باشد که سند موافق قوانین محل تنظیم یافته است».

ماده «۱۲۹۶» ق. م: «هرگاه موافقت اسناد مزبور در مادهٔ قبل با قوانین محل تنظیم خود بتوسط نماینده سیاسی یا قنسولی خارجه در ایران تصدیق شده باشد، قبول شدن سند در محاکم ایران متوقف بر این است که وزارت امور خارجه و یا در خارج تهران حکام ایالات و ولایات امضاء نمایندهٔ خارجه را تصدیق کرده باشند».

شرایط پذیرفتن اسناد تنظیمی در کشورهای خارجه

اشاره

بنابر آنچه دو ماده بالاـ متذکرند اسناد تنظیمی در خارج از کشور در صورتی که دارای شرایط زیر باشد در دادگاهها و ادارات،

مانند اسناد تنظیمی در ایران پذیرفته میشود:

۱- عمل متقابل

یکی از اصول تساوی بین المللی آنست که هر کشوری اسناد تنظیمی در کشور بیگانه را در حدود عمل متقابل بپذیرد. بنابراین کشور ایران اسناد تنظیمی در کشور بیگانه را در صورتی معتبر میداند که دولت بیگانه اسناد تنظیمی در کشور ایران را معتبر بشناسد. عمل متقابل کشور بیگانه عموماً از قوانین کشور مزبور و یا از قراردادها و معاهدات بین کشور ایران و کشور بیگانه معلوم میگردد. هرگاه هیچ‌یک از آن دو متعرض این امر نشده و سابقهٔ عمل کشور بیگانه هم معلوم نباشد، رعایت نزاکت بین المللی ایجاب مینماید که دادگاهها و ادارات کشور ایران باسناد تنظیمی در خارجه همان اعتباری را بدهند که آن کشور بیگانه بآن اسناد میدهد، مگر آنکه کشور بیگانه قبلا نزاکت بین المللی را نقض نموده باشد، رعایت نزاکت بین المللی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۵

بر خلاف صریح شق ۳ ماده «۱۲۹۵» ق. م میباشد، زیرا شق ۳ ماده مزبور پذیرفتن اسناد تنظیمی در کشورهای خارجی را در محاکم ایران مشروط بر آن دانسته کشوری که اسناد در آنجا تنظیم شده بموجب قوانین خود یا عهود اسناد تنظیم شده در ایران را نیز معتبر بشناسد.

۲- موافقت سند با قوانین محل تنظیم

اشاره

موافقت سند با قوانین محل تنظیم از دو نظر است:

الف- طرز تنظیم سند

اسناد تنظیمی در کشورهای خارجه در صورتی در دادگاهها و ادارات کشور ایران پذیرفته میشود که شرایط شکلی آن طبق قوانین محل تنظیم سند باشد. ماده «۹۶۹» ق. م: «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود میباشند». قاعدهٔ مزبور یکی از اصول حقوق بین الملل خصوصی است و همگی آن را پذیرفته‌اند. این قاعده سرچشمه خود را از مثل رومی میگیرد که میگوید: (Locusregitactum)

و ماده «۱۲۹۵» ق. م پذیرفتن اسناد تنظیمی در خارج از کشور را در محاکم ایران مشروط بر آن دانسته است که آن اسناد مطابق قوانین کشوری باشد که در آنجا تنظیم یافته است. بنابراین هرگاه سندی در کشور حجاز بین دو نفر تنظیم شده باشد، دادگاهها و ادارات کشور ایران در حدود قوانین مربوطه، همان اعتباری را بآن سند خواهند داد که دادگاهها و ادارات و مؤسسات کشوری حجاز بآن میدهد، مثلا در صورتی که دادگاههای کشور حجاز هبه‌نامه عادی را بپذیرد دادگاههای ایران در حدود قوانین مربوطه آن را می‌پذیرد و همان اعتباری را بآن خواهد داد که دادگاههای حجاز بآن میدهد، اگر چه در کشور ایران بدستور بند ۲ ماده «۴۷» ق.

ثبت اسناد و املاک هبه‌نامه، صلح‌نامه و شرکت‌نامه باید در دفاتر اسناد رسمی ثبت گردد. (آنچه در بالا گفته شد که اسناد تنظیمی در کشور بیگانه در صورتی پذیرفته میشود که مطابق قوانین محل تنظیم شده باشد در صورتیست که راجع باموال غیر منقول در کشور ایران نباشد و الا باید طبق مقررات مربوطه به ثبت املاک در کشور ایران تنظیم گردد.)

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۶

ب- مندرجات سند

اسناد تنظیمی در کشورهای خارجه در صورتی در دادگاهها و ادارات کشور ایران پذیرفته میشود که مندرجات آن موافق با قوانین محل تنظیم سند باشد، زیرا هرگاه موافق با قوانین محل تنظیم سند نباشد، کشوری که سند در آنجا تنظیم یافته آن را معتبر نمیداند و حال آنکه قسمت اول ماده «۱۲۹۵» ق. م میگوید: «محاکم ایران باسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا میباشد ...»

بنابراین اسناد تنظیمی در کشور خارجه چنانچه بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی کشوری باشد که سند در آنجا تنظیم یافته است، در کشور ایران اعتبار ندارد اگر چه بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی در ایران نباشد.

تبصره ۱- تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است.

آنچه گذشت راجع بصورت و شکل اسناد بود که باید تابع مقررات محل تنظیم سند باشد، اما راجع بمفاد آن ماده «۹۶۸» ق. م در خصوص تعهدات میگوید:

«تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. بنابر صریح ماده، قراردادی که در کشور خارجی بین اتباع آن کشور یا بین تبعه آن کشور و تبعهٔ کشور دیگر منعقد میگردد، باید طبق مقررات کشور محل تنظیم باشد، بنابراین هرگاه آنها طبق مقررات کشور دیگری منعقد نمایند، در ایران معتبر نخواهد بود اگر چه کشوری که در آنجا منعقد شده است آن را معتبر بداند.

عموماً اشخاصی که تعهدی مینمایند مقررات محلی را در نظر میگیرند، زیرا مقررات قانونی در هر محل برای رفع احتیاجات در روابط بین افراد آن محل تهیه شده است و توجه افراد نیز بآن است مگر آنکه متعاقدین از اتباع کشور خارج باشند که در این صورت عموماً آنها بقوانین محل تنظیم انس دارند و قوانین محل خود و یا محل دیگری را که بنفع آنان اقتضاء میکند رعایت مینمایند، ولی باید این امر را در

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۷

سند تصریح یا ضمناً قید نمایند. ماده بمتعاقدین خارجی اجازه داده است که بتوانند طبق مقررات قوانین غیر محل انعقاد قرارداد، تعهد نمایند. بنظر میرسد که اجازهٔ مادهٔ فوق بمتعاقدین خارجی در انعقاد تعهد طبق مقررات بیگانه در مورد مقررات آمرانه محل است و الا هر کس اگر چه از اتباع کشور محل تنظیم سند باشد میتواند تعهدی که بر خلاف صریح قانون نباشد بنماید.

چنانکه ماده «۱۲۹۶» ق. م تصریح مینماید برای اثبات آنکه سند تنظیمی در کشور خارجه موافق با قوانین محل تنظیم میباشد، فقط دو طریق ذیل را تعیین نموده است و نمیتوان آن را بوسیله هر دلیلی اثبات نمود یا آنکه دادرس بعلم خود اکتفا نماید.

الف- تصدیق بوسیلهٔ نماینده سیاسی و یا قنسولی ایران در کشوری که سند در آنجا تنظیم شده است. شق چهارم ماده «۱۲۹۵» ق. م

ب- تصدیق بوسیله نماینده سیاسی و یا قنسولی کشور خارجه در ایران که سند در آن کشور تنظیم شده بآنکه سند مزبور موافق قوانین محلی تنظیم یافته است. شق چهارم ماده «۱۲۹۵» ق. م

۳- معتبر بودن سند

بدستور شق اول ماده «۱۲۹۵» ق. م دادگاهها و ادارات کشور ایران زمانی باسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه اعتبار میدهند که اسناد مزبور بعلتی از علل قانونی از اعتبار نیفتاده باشد. مانند آنکه طبق حکم قطعی دادگاه خارجی سند ابطال شده و یا آنکه معامله مندرج در آن اقاله و فسخ گردیده باشد و یا طبق مندرجات سند دیگر بلااثر شناخته شده باشد.

۴- بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی کشور ایران نباشد

بدستور شق دوم ماده «۱۲۹۵» ق. م مفاد اسناد تنظیمی در کشورهای خارجه زمانی در دادگاهها و ادارات ایران دارای اعتبار خواهد بود که مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی ایران نباشد. منظور از اخلاق حسنه و نظم عمومی چنانکه ماده تصریح مینماید اخلاق حسنه و نظم عمومی در کشور ایران میباشد. بنابراین هرگاه سند بین دو نفر در خارج از کشور

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۸

تنظیم شود که مفاد آن بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی در کشور ایران باشد، اگر چه بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی محل تنظیم سند نباشد، دادگاهها و ادارات کشور ایران آن را معتبر نخواهند شناخت. اینست که ماده «۹۷۵» ق. م میگوید: «محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب میشود بموقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولا مجاز باشد».

تبصره- پس از آنکه شرائط مقرره در مواد «۱۲۹۵ و ۱۲۹۶» ق. م در سند تنظیمی در کشور خارجه مسلم گردید، دادگاهها و ادارات و مؤسسات دولتی ایران همان اعتباری را بآن خواهند داد که در کشور خارجه بآن سند میدهند. بنابراین سند چنانچه بوسیله مأمورین رسمی کشور خارجه در حدود صلاحیت مأمور طبق مقررات قانونی آن کشور تنظیم شده باشد رسمی و مانند اسناد رسمی تنظیمی در کشور ایران دعوی تکذیب و تردید نسبت بآن پذیرفته نمیشود و فقط کسی که بر علیه او سند ابراز میگردد میتواند دعوی جعل بنماید و هرگاه سند عادی باشد نیز میتواند تکذیب و یا تردید کند.

تبصره- اجراء احکام و اسناد لازم‌الاجراء کشورهای خارجه- مادهٔ «۹۷۲» ق. م میگوید: «احکام صادره از محاکم خارجه و همچنین اسناد رسمی لازم‌الاجراء تنظیم شده در خارجه را نمیتوان در ایران اجراء نمود مگر اینکه مطابق قوانین ایران امر باجرای آنها صادر شده باشد». علاوه بر آنکه باید نسبت باحکام و اسناد تنظیم شده در خارجه طبق مواد «۱۲۹۵ و ۱۲۹۶» ق. م رفتار شود باید بدستور مادهٔ بالا طبق قوانین ایران امر باجراء آن از طرف مقام صلاحیتدار کشوری صادر شده باشد.

قانونی در این امر تاکنون وضع نشده است. چون احکام صادره از محاکم خارجه و همچنین اسناد رسمی لازم‌الاجراء مشمول مواد «۱۲۹۵ و ۱۲۹۶» نمیباشد و نمیتوان باجراء آنها در ایران اقدام نمود، مگر آنکه کشوری که آنها در آنجا تنظیم یافته، بموجب قوانین یا عهود، احکام و اسناد لازم‌الاجراء در ایران را اجراء نمایند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۸۹

بسم الله الرحمن الرحیم و به نستعین

کتاب سوم- در شهادت

تعریف شهادت

شهادت (گواهی) عبارتست از اخبار شخص از امری بنفع یکی از طرفین دعوی و بزیان دیگری.

ماده «۱۲۵۸» ق. م شهادت را یکی از ادله اثبات دعوی بشمار آورده و شانزده ماده (مواد ۱۳۰۶- ۱۳۲۰) را بآن اختصاص داده است.

احکام شهادت در هفت باب بیان میشود.

اشاره

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۰

باب اول- در موارد شهادت

شهادت یکی از قدیمترین وسائلی است که تمامی ملل در ادوار تاریک تاریخ برای اثبات دعوی بکار میبرده‌اند.
شهادت در بسیاری از حقوق ملل قدیمه دارای ارزش غیر محدودی میبود و بوسیله آن هر نوع دعوائی را میتوانستند اثبات نمایند. علت این امر آن است که بسیاری از ملل در ادوار متمادی آشنا بخط نبودند تا در روابط حقوقی خود سند تنظیم نمایند و مللی که دارای خط بودند افراد نادری از آنها از قبیل رؤسای مذهبی آن را میدانستند و میتوانستند سند تنظیم کنند. اینست که اسناد معاملات عموماً بوسیله علماء مذهب تنظیم و تسجیل میشده است، ولی پس از آنکه خط متداول گشت افراد در معاملات خود سند تنظیم مینمودند و شهودی چند گواهی خود را بر معامله در آن ورقه می‌نوشتند و این امر مدتی ادامه داشت و اکنون نیز در بین بعض افراد مخصوصاً در دهات و قصبات معمول است. بتدریج ارزش شهادت در اموری که میتوان سند کتبی تنظیم نمود مانند عقود تعهدات کاسته شد. قانون مدنی ایران بپیروی از قانون مدنی فرانسه ارزش گواهی را محدود نموده و در موارد زیر آن را معتبر دانسته است:
۱- عقود و ایقاعات و تعهداتی که عیناً یا قیمهٔ بیش از پانصد ریال ارزش نداشته باشد. ماده «۱۳۰۶» ق. م میگوید: «جز در مواردی که قانون استثناء کرده است هیچیک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمهٔ بیش از پانصد ریال باشد نمیتوان فقط بوسیلهٔ شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد، ولی این حکم مانع از

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۱

این نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت به اظهارات شهود رسیدگی کنند».
۲- ایفاء تعهد یا بری شدن از انجام تکالیف ناشیه از عقود و ایقاعات و تعهداتی که عیناً یا قیمهٔ بیش از پانصد ریال ارزش نداشته باشد. ماده «۱۳۰۷» ق. م میگوید:
«در مورد عقود و ایقاعات و تعهدات مذکوره در ماده فوق کسی هم که مدعیست بتعهد خود عمل کرده یا بنحوی از انحاء قانونی بری شده است نمیتواند ادعای خود را فقط بوسیله شهادت ثابت کند».
۳- برای تکمیل یا تقویت دلیل اگر چه موضوع آن عیناً یا قیمهٔ بیش از پانصد ریال ارزش داشته باشد. مانند آنکه سندی تنظیم شده است که حکایت از مدیونیت نویسنده بدیگری مینماید، ولی نوع دین یا مقدار آن بجهتی از جهات از قبیل غیر خوانا بودن یا پارگی کاغذ معلوم نیست، در این صورت طلبکار میتواند برای اثبات نوع دین یا مقدار آن بگواهی گواهان استناد نماید و همچنین است هرگاه سند تاریخ تنظیم نداشته باشد و یا تاریخ آن غیر خوانا باشد، مانند آنکه سندی ابراز شود که حکایت از دین نویسنده نماید که پس از سه سال از تاریخ تنظیم، تأدیه نماید و تاریخ نوشتن آن غیر خوانا و یا فراموش شده که نوشته شود. شق ۱ ماده «۱۳۱۲» ق. م: «۱- در مواردی که اقامه شاهد برای تقویت یا تکمیل دلیل باشد مثل اینکه دلیلی بر اصل دعوی موجود بوده ولی مقدار یا مبلغ مجهول باشد و شهادت بر تعیین مقدار یا مبلغ اقامه گردد ...»
۴- مواردی که بواسطه حادثه‌ای گرفتن سند ممکن نیست از قبیل: حریق، سیل، زلزله و غرق کشتی. مانند آنکه در اثر یکی از حوادث نامبرده کسی مال خود را نزد دیگری بودیعه گذارد و چون از مستودع آن را بخواهد او منکر شود، مودع میتواند بوسیله گواهی ودیعه را اثبات کند اگر چه ارزش مال بیش از پانصد ریال باشد. شق ۲ ماده «۱۳۱۲» ق. م: «۲- در مواردی که بواسطه حادثهٔ، گرفتن سند ممکن نیست از قبیل

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۲

حریق و سیل و زلزله و غرق کشتی که کسی مال خود را بدیگری سپرده و تحصیل سند برای صاحب مال در آن موقع ممکن

نیست».

۵- نسبت بکلیه تعهداتی که تحصیل سند معمول نمیباشد. مانند مواردی که اشخاص اموال خود را بمتصدیان مهمانخانه‌ها، قهوه‌خانه‌ها و کاروانسراها و نمایشگاهها میسپارند. همچنین است حق‌الزحمه پزشك و قابله و امثال آن. شق ۳ ماده «۱۳۱۲» ق. م: «نسبت بکلیه تعهداتی که عادتاً تحصیل سند معمول نمیباشد مثل اموالی که اشخاص در مهمانخانه‌ها و قهوه‌خانه‌ها و کاروانسراها و نمایشگاهها میسپارند و مثل حق‌الزحمه اطباء و قابله، همچنین انجام تعهداتی که برای آن عادتاً تحصیل سند معمول نیست، مثل کارهائی که بمقاطعه و نحو آن تعهد شده اگر چه اصل تعهد بموجب سند باشد».

۶- در مواردی که سند بواسطه حوادث غیر منتظره مفقود یا تلف شده باشد. مانند آنکه سند دچار سرقت، سیل یا حریق شده باشد که در این صورت کسی که از سند منتفع است میتواند بوسیله گواهی حادثه و همچنین ادعاء خود را اثبات کند. شق ۴ ماده «۱۳۱۲» ق. م: «در صورتی که سند بواسطه حوادث غیر منتظره مفقود یا تلف شده باشد».

۷- موارد ضمان قهری و امور دیگری که داخل در عقود و ایقاعات و تعهدات نمیباشد مانند موارد تسبیب و اتلاف و غصب و استیفاء. شق ۵ ماده «۱۳۱۲» ق. م:

«در موارد ضمان قهری و امور دیگری که داخل در عقود و ایقاعات نباشد».

تذکر ۱- در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده است دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد بوسیله گواهی قابل اثبات نمیباشد، اگر چه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد. ماده «۱۳۰۹» ق. م: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد بشهادت اثبات نمیگردد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۳

تذکر ۲- دعوی سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ، ابراء و امثال آنها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده است بوسیله گواهی پذیرفته نمیشود، اگر چه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد. ماده «۱۳۰۸» ق. م: «دعوی سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ، ابراء و امثال آنها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده و لو آنکه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد بشهادت قابل اثبات نیست».

(شرح دو ماده «۱۳۰۸ و ۱۳۰۹» ق. م در کتاب اسناد بیان گردیده بآنجا مراجعه شود).

نکته- نپذیرفتن گواهی در دعاوی که بیش از پانصد ریال میباشد از قوانین نظم عمومی بشمار نمیرود. بنابراین متعاملین میتوانند در قرارداد خود گواهی را از جمله ادلهٔ که بتوان امور مربوطه بقرارداد را اثبات کند صریحاً یا ضمناً بشمار آرند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۴

باب دوم- در شرایط شاهد

اشاره

شاهد یا گواه کسی است که وجود امری را بنفع یکی از متداعیین و زیان دیگری اعلام میدارد. شهادت هنگامی معتبر شناخته میشود که شاهد دارای شرایط زیر باشد:

۱- اهلیت

اهلیت عبارت از قابلیت انسان بر دارا شدن حق و تکلیف است و آن نسبت بتمامی حقوق یکسان نمیباشد، چنانکه اهلیت تمتع نسبت بحقوق مدنی بدستور مادهٔ «۹۵۶» ق. م با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او خاتمه پیدا میکند، ولی بدستور مادهٔ «۹۵۸» ق.

م هیچ‌کس نمیتواند حقوق خود را اعمال و اجرا کند مگر آنکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد. بعض از حقوق مدنی است که انسان در سن معینی دارا میشود مانند طلاق که بدستور مادهٔ «۱۱۳۶» ق. م باید طلاق دهنده بالغ باشد، از آن قبیل است شهادت که بنابر مستنبط از مفهوم مادهٔ «۱۳۱۴» ق. م اهلیت برای اداء آن پانزده سال تمام است. ماده «۱۳۱۴» ق. م: «شهادت اطفالی را که به سن پانزده سال تمام نرسیده‌اند فقط ممکن است برای مزید اطلاع استماع نمود، مگر در مواردی که قانون شهادت این قبیل اطفال را معتبر شناخته باشد».

۲- عقل

شهادت زمانی معتبر است که شاهد عاقل باشد و چنانکه مکرر مخصوصاً در کتاب دهم در حجر و قیمومت گذشت گفتار مجنون در اثر اختلال اعصاب دماغی قابل اعتماد نمیباشد و بدین جهت معتبر شناخته نمیشود. این امر در صورتیست که جنون دائمی باشد، ولی هرگاه جنون گواه، أدواری باشد شهادت او در حال افاقه

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۵

معتبر خواهد بود. در این مورد دادگاه باید اطمینان حاصل نماید که مجنون أدواری کاملا دارای حضور ذهن باشد. اینست که شق ۶ ماده «۱۳۱۳» ق. م تصریح مینماید که شهادت دیوانه در حال دیوانگی پذیرفته نمیشود.

بنابر مستنبط از روح قانون و مواد مربوطه، شهادت کسی که مبتلا بفراموشی است و اغلب امور یا بعض آن را فراموش مینماید قابل اعتماد نخواهد بود، زیرا ممکن است قسمتی از واقعه را فراموش نموده باشد و قسمت دیگر را که بیان میکند حقیقت امر را دگرگون جلوه دهد، مگر آنکه دادرس با تحقیقات لازمه از شاهد بتواند حقیقت امر را از گفتار او دریابد. بنابراین شهادت اشخاصی که در اثر کبر سن دارای ضعف دماغی شده‌اند نمیتواند مثبت دعوی قرار گیرد.

بله در حکم مجنون است. بله کسی است که عموماً باموری که در مقابل او میگذرد توجهی ندارد، بنابراین ممکن است شخص بله تمامی جزئیات امری را که از آن گواهی میدهد در دماغ خود ضبط ننموده باشد، بدین جهت نمیتوان بگفتار بله اعتماد نمود مگر آنکه دادرس بوسیله تحقیقات لازم بتواند حقیقت امر را از گفتار او بدست آورد.

شهادت سفیه معتبر میباشد، زیرا او عاقل است و عقلائی نبودن تصرفات او در اموال و حقوق مالیش مانع از اعتبار شهادت نمیباشد.

تذکر- حقوق امامیه شرط دیگری در شاهد قرار داده و آن ایمان است. هیچ‌یک از مواد قانونی ایمان را شرط پذیرفتن شهادت قرار نداده است. بنابراین با توجه بماده «۱۳۱۳» ق. م که در مقام بیان شرائط و موانع پذیرش شهادت است، مسلم میباشد که ایمان شرط پذیرفتن شهادت نمیباشد. علت این امر هم آنست که شهادت در حقوق مدنی ایران مانند بینه در حقوق امامیه، امارهٔ قانونی، نمیباشد بلکه برای کشف حقیقت امر است و بدستور ماده «۴۲۴» آئین دادرسی مدنی: «تشخیص درجه ارزش و تأثیر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۶

گواهی بنظر دادگاه است». بنابراین چنانکه دادرس متوجه بتعصبات مذهبی شاهد شود که نسبت باصحاب دعوی اعمال نظر مینماید ارزش لازم را بآن نمیدهد.

۳- محکوم بمجازات جنائی نشده باشد

(شق ۱ ماده ۱۳۱۳ ق. م) ماده اگر چه بطور اطلاق گواهی محکومین بمجازات جنائی را قابل پذیرفتن در دادگاه ندانسته است، ولی شهادت دادن، یکی از حقوق اجتماعی افراد است و نمیتوان کسی را بدون جهت از آن محروم نمود مگر بوسیلهٔ قانون و مادهٔ قانون مدنی ناظر بمواد قانون کیفری است، بنابراین بنظر میرسد که نپذیرفتن شهادت محکومین بمجازات جنائی مادامی است که بدستور

ماده «۵۸» قانون مجازات عمومی اعادهٔ حیثیت از آنها نشده باشد و اعاده حیثیت در صورتی بعمل می‌آید که محکوم بمجازات جنائی، در ظرف ده سال از تاریخ اتمام مجازات، محکومیت جزائی جدیدی نداشته باشد.

۴- محکوم بامر جنحه نباشد که محکمه در حکم خود آنها را از حق شهادت دادن در محاکم محروم نموده باشد

(شق ۲ ماده ۱۳۱۳ ق. م). مورد مزبور مانند مورد بالاـ در صورتی است که بدستور ماده «۵۷» قانون مجازات عمومی اعادهٔ حیثیت نشده باشد و آن در صورتیست که محکوم بمجازات جنحه، در مدت پنج سال از تاریخ اتمام مجازات، محکومیت جزائی جدیدی نداشته باشد. امام قید آنکه نپذیرفتن شهادت محکومین بمجازات جنحه در صورتیست که در حکم محکمه قید شده باشد، برای آنست که محکومیت بعلت ارتکاب جنحه بخودی خود موجب محرومیت از حقوق اجتماعی نمیشود و مواردی که موجب محرومیت است دادرس باید در حکم خود قید نماید، بالعکس آنچه در محکومیت جنائی است که آن ملازمه با محرومیت از حقوق اجتماعی دارد.

۵- ولگردی و تکدی را شغل خود قرار نداده باشد

(شق ۳ ماده ۱۳۱۳ ق. م) بگفتار اشخاص ولگرد و کسانی که تکدی را شغل خود قرار داده باشند نمیتوان

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۷

اعتماد نمود. زیرا وضعیت اخلاقی آنان موجب تهمت آنان میشود که در گفتار خود تطمیع شده باشند.

۶- معروف بفساد اخلاق نباشد

(شق ۴ ماده ۱۳۱۳ ق. م) تشخیص اعمالی که موجب فساد اخلاق شناخته میشود بنظر عرف است و آن باعتبار زمان و مکان مختلف میباشد. بنابراین نمیتوان برای آن حدود معینی را بیان کرد. حقوق امامیه بجای شرط مزبور، عدالت را قرار داده است. دائره عدالت در حقوق امامیه وسیعتر است از آنچه قانون مدنی ایران بعبارت (معروف بفساد اخلاق) بیان نموده است.

۷- نفع شخصی در دعوی نداشته باشد

اشاره

(شق ۵ ماده ۱۳۱۳ ق. م) زیرا در این صورت شاهد متهم بطرفداریست و با نفع شخصی داشتن گواه در امر گواهی، احتمال طرفداری و دروغ او میرود و گفتار او نمیتواند موجب اعتماد دادرس شود و کاشف از حقیقت امر قرار گیرد.
گواهی شاهدی که یکی از شرایط بالا را دارا نباشد پذیرفته نمیشود و دادرس نباید شهادت او را استماع بنماید. ماده ۱۳۱۳ ق. م از قوانین آمره است و دادرس باید بدون ایراد اصحاب دعوی از پذیرش آن امتناع کند. و بطوری که ماده «۴۱۲» ق آئین دادرسی مدنی تصریح مینماید که: «گواهی استماع نمیشود مگر از اشخاصی که مطابق قانون مدنی اهلیت اداء گواهی داشته باشند». دادرس نمیتواند گفتار اینان را حتی برای مزید اطلاع استماع نماید.

تبصره- جرح گواه

جرح گواه اصطلاح حقوق اسلام میباشد و آن از اعتبار انداختن شهادت است بوسیله اثبات وضعیتی در شاهد که او را متهم بگواهی

بر خلاف واقع مینماید. بدستور مادهٔ «۴۱۳» ق. ا. د. م: «در موارد زیر اصحاب دعوی میتوانند گواهها را جرح نمایند:

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۸

«۱- در صورتی که بین گواه و یکی از اصحاب دعوی قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم از طبقه دوم باشد.

۲- در صورتی که بین گواه و یکی از اصحاب دعوی سمت خادم و مخدومی باشد.

۳- در صورتی که بین گواه و کسی که گواهی بر ضرر او داده میشود دعوی مدنی یا جزائی فعلاً مطرح باشد و یا دعوی جزائی سابقاً مطرح بوده و هنوز پنج سال در صورت جنائی و دو سال در صورت جنحه از صدور حکم قطعی نگذشته است».

جرح شاهد چنانکه از مادهٔ بالا استنباط میشود از حقوق کسی است که شاهد بزیان او گواهی میدهد، زیرا او است که میتواند تشخیص دهد که امور سه‌گانه بالا شاهد را از راه بیان حقیقت منحرف نموده و شاهد را بدروغ گفتن وادار ساخته است یا آنکه آن امور در شاهد بی‌تأثیر است و حقیقت را میگوید. بنابراین چنانچه او از حق خود استفاده ننماید، دادگاه نمیتواند شاهد را جرح کند و گواهی او را نپذیرد. اینست که بدستور ماده «۴۱۵» ق. ا. د. م: «در صورتی که علت جرح مورد تصدیق گواه یا کسی که بنفع او گواهی داده میشود، واقع شود یا بر دادگاه معلوم گردد، گواه ملزم بگواهی نخواهد شد و هرگاه برای اظهار اطلاع حاضر شود بدون احتیاج بسوگند فقط برای مزید اطلاع اظهارات او استماع میگردد».

چنانچه طرف دعوی جرح گواه را نپذیرد کسی که جرح نموده میتواند دلیل خود را بر جرح ابراز دارد و چنانچه دلیل او گواهی است، گواهان خود را برای اداء شهادت حاضر نماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۱۹۹

باب سوم- در شرایط شهادت

۱- شهادت باید از روی قطع و یقین باشد

شاهد باید بامری که شهادت میدهد یقین داشته باشد و چنانچه از روی ظن و تردید گواهی دهد شهادت او اعتباری ندارد. شاهد باید بوسیله حواس ظاهری خود بر مورد شهادت اطلاع یافته باشد (در صورتی که اطلاع بر امر بوسیلهٔ حس بینائی باشد او را شاهد بصری و چنانچه بوسیلهٔ حس شنوائی باشد او را شاهد سمعی گویند). بنابراین کسی که شهادت بر تصرف، غصب، سرقت، اتلاف یا جرح و ضرب میدهد باید آن را دیده باشد. اینست که باید بر آن بود که شهادت کور نسبت باین امور مسموع نخواهد بود، ولی شهادت لال و کر معتبر میباشد. اینان بوسیلهٔ نوشتن و یا اشاراتی که مبین مقصود باشد گواهی خواهند داد و کسی که گواهی بر اقرار دیگری میدهد باید آن را از مقر شنیده باشد، بنابراین در مورد مزبور گواهی شخص کور معتبر است، زیرا در این امر بوسیله قوهٔ شنوائی میتواند یقین بر اقرار مقر که امر خارجی است پیدا نماید و شناسائی مقر بوسیلهٔ حس شنوائی نیز ممکن خواهد بود و احتیاج بدیدن مقر ندارد. مادهٔ «۱۳۱۵» ق. م میگوید: «شهادت باید از روی قطع و یقین باشد نه بطور شک و تردید».

۲- شهادت باید مطابق با دعوی باشد

شهادتی میتواند موجب اثبات دعوی نزد دادرس شود که مطابق با دعوی مدعی باشد و الا هرگاه دعوی نسبت بامری باشد و مفاد گفتار گواهان امر دیگری را اثبات نماید، گواهی بلااثر است، زیرا چنین گواهی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۰

نمیتواند دلیل بر دعوی قرار گیرد و آن را بثبوت رساند، ولی هرگاه مفاد گفتار گواهان یکی از لوازم عقلی دعوی را اثبات کند، آن گواهی میتواند دلیل بر دعوی قرار گیرد چنانچه مورد گواهی از لوازم منحصر غیر قابل تفکیک مورد دعوی باشد، زیرا در این

صورت بـا اثبـات لازم دادرس قطع بوجود ملزوم پیـدا مینمایـد. همچنین است هرگاه مفاد گفتار گواهان مقـداری از دعوی را اثبات نماید که در این صورت بمقداری که ثابت میشود معتبر خواهد بود.

۳– شهادت شهود باید در معنی توافق داشته باشد

اختلاف گفتار گواهان در لفظ، چنانچه توافق در معنی داشته باشد موجب بی‌اعتباری شـهادت نمیشود، زیرا الفاظ در شـهادت جنبه طریقیت برای کشف حقیقت واقعه دارد و چنانچه مفاد گفتار شهود با یکدیگر موافق باشد واقع امر را اثبات میکند، چنانکه مواد زیر بیان مینماید: ماده «۱۳۱۶» ق. م: «شـهادت باید مطابق با دعوی باشد ولی اگر در لفظ مخالف و در معنی موافق یا کمتر از ادعا باشـد ضرری ندارد».

ماده «۱۳۱۸» ق. م: «اختلاف شهود در خصوصیات امر اگر موجب اختلاف در موضوع شهادت نباشد اشکالی ندارد».

ماده «۱۳۱۷» ق. م: «شـهادت شـهود بایـد مفاداً متحد باشد، بنابراین اگر شـهود باختلاف شـهادت دهند قابل اثر نخواهد بود مگر در صورتی که از مفاد اظهارات آنها قدر متیقنی بدست آید».

مثلا هرگاه کسـی هشت شاهـد در دعوی مطالبه خسارت در اثر بریـدن ۱۰۰ اصـله از درختان باغ خود بر علیه دیگری اقامه کنـد در دادگاه سه نفر از آنها گواهی دهند که

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۱

دیده‌انـد پنجاه اصـله از درختان باغ را خوانده قطع نموده است و دو نفر از آنها گواهی دهند که هفتاد اصـله بریده است و سه شاهد گواهی دهند که دیده‌اند نود اصـله را بریده است و سه شاهد دیگر گواهی ببریدن پنجاه اصـله میدهند، دادرسـی بپرداخت خسارت پنجـاه اصـله درخت که قـدر متیقن گفتـار شـهود است رای صـادر مینمایـد و نسـبت بخسـارت پنجاه اصـله دیگر خواهان را محکوم مینماید، زیرا آنچه از گفتار شهود ثابت میگردد بریدن پنجاه اصله میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۲

باب چهارم– شهادت بر شهادت

شهـادت بر شـهادت عبـارت از آنست که کسـی آنچه را که از دیگری در خـارج شـنیده است در دادگـاه گواهی دهـد. شـهادت بر شهادت در مواردی که شهادت اصلی میتواند دلیل بر دعوی قرار گیرد معتبر خواهد بود. شهادت بر شهادت فقط در موارد زیر معتبر میباشد:

الف– در مواردی که شاهد اصلی وفات کرده باشد.

ب– در صورتی که شاهد اصلی بواسطهٔ مانعی نتواند در جلسهٔ دادگاه حاضر گردد، مانند بیماری و حبس و امثال آن. همچنین است هرگـاه شاهـد اصـلی از اداء شـهادت امتنـاع ورزد. امـا هرگاه شاهـد اصـلی فوت ننموده و مانع از حضور نداشـته باشـد و یا امتناع از شهادت نیز ننمایـد، شاهـد فرعی در دادگاه پذیرفته نمیشود و گفتار او معتبر نخواهد بود. ماده «۱۳۲۰» ق. م: «شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا بواسطهٔ مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۳

باب پنجم– ارزش شهادت

قانون مـدنی عـدهٔ گواهان را برای اثبات دعوی تعیین ننموده است، و مـدعی میتواند چندان گواه اقامه کند که برای اثبات دعوی در

نظر دادرس کافی باشد، اگر چه دو یا سه نفر باشد، ولی رویهٔ عملی در پرونده‌های حقوقی اغلب آنست که بکمتر از چهار گواه استناد نمی‌نمایند، مگر اینکه گواهی برای تکمیل یا تأیید دلیل دیگر باشد، استثنائاً در بعض دعاوی قانون کمترین عدهٔ گواهانی که گفتهٔ آنان میتواند دلیل بر اثبات دعوی قرار گیرد تعیین نموده است، مانند دعوی اعسار از محکوم به. ماده «۲۳» قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ماه ۱۳۱۳ میگوید: «مدعی اعسار باید شهادت کتبی لااقل چهار نفر از اشخاصی که از وضع معیشت و زندگانی او مطلع باشند بعرض حال خود ضمیمه نماید ...».

بدستور ماده «۴۲۴» ق. ا. د. م: «تشخیص درجه ارزش و تأثیر گواهی بنظر دادگاه است». بنابراین چنانچه از گفتار گواهان اگر چه عدهٔ آنان کم باشد، دعوی مدعی در نظر دادگاه اثبات گردید، دادگاه طبق آن رأی صادر مینماید و هرگاه گفتار آنان نتوانست در نظر دادگاه دعوی را اثبات کند، دادگاه مدعی را بعدم اثبات دعوی محکوم مینماید، اگر چه عدهٔ گواهان بسیار باشد.

تذکر- در حقوق اسلام (امامیه) عدهٔ گواهان برای اثبات دعوی محدود است و باعتبار موضوع دعوی، عده گواهان مختلف میباشد که بطور اختصار ذیلا بیان میگردد.

موضوع شهادت بر دو قسم است: حق‌الله و حق‌الناس

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۴

۱- حق‌الله. و آن اموریست که دارای جنبه عمومی باشد و آن امور گاه بچهار گواه مرد ثابت میگردد مانند لواط و سحق و قیادت که بوسیلهٔ چهار شاهد مرد اثبات میشود. در جرم زنا شهادت زنان نیز پذیرفته میشود بدین نحو که در زنا شهادت چهار مرد یا سه مرد و دو زن موجب رجم بر محصن میگردد و هرگاه دو مرد و چهار زن گواهی دهند مجازات او جلد است و هرگاه یک مرد و شش زن شهادت دهند شهادت آنها پذیرفته نمیشود. اما در حدود دیگر مانند سرقت، شرب مسکر و امثال آن بوسیلهٔ دو شاهد مرد اثبات میشود. حق‌الله هیچ زمان بگواهی یک مرد و دو زن یا بگواهی یک شاهد مرد و قسم یا گواهی چهار زن ثابت نمیشود.

۲- حق‌الناس. و آن اموریست که دارای جنبهٔ خصوصی میباشد و بر سه دسته است:

الف- اموری که بوسیلهٔ دو شاهد مرد اثبات میشود مانند طلاق، خلع، وکالت، وصیت عهدی و نسب.

ب- اموری که بوسیله دو شاهد مرد یا یک شاهد مرد و دو زن یا یک شاهد مرد و قسم اثبات میگردد، مانند دیون، اموال، قراض، غصب، عقود معاوضی، رهن، وصیت تملیکی و جنایاتی که موجب تأدیه دیه میشود.

ج- اموری که گواهی مردان یا زنان بتنهائی یا به همراهی گواهی مردان اثبات میشود: مانند ولادت، عیوب زن.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۵

باب ششم- در رجوع از شهادت

بدستور ماده «۱۳۱۹» ق. م: «در صورتی که شاهد از شهادت خود رجوع کند یا معلوم شود بر خلاف واقع شهادت داده است بشهادت او ترتیب اثر داده نمیشود».

برای رجوع از شهادت کافیست که شاهد اعلام دارد که گواهی او کذب و بر خلاف حقیقت بوده است، خواه آنکه موجب آن را بیان نماید چنانکه بگوید بجهتی از جهات مانند تهدید، تطمیع یا اشتباه، بر خلاف واقع شهادت داده است، و یا آنکه بموجب آن اشاره نکند. بنابراین رجوع از شهادت احتیاج باثبات ندارد. در صورتی که گواه از شهادت خود رجوع نماید چنانچه دادگاه حکمی باستناد گواهی او صادر نموده است اعداد دلائل خارج مینماید و چنانچه دادگاه حکمی باستناد گواهی او صادر نموده است در مرحلهٔ بالاتر فسخ می گردد، و هرگاه حکم قطعی شده باشد نمی‌توان از آن اعادهٔ دادرسی خواست، زیرا اعاده دادرسی بر خلاف اعتبار قضیهٔ محکوم بها میباشد و فقط در موارد معینه مذکور در ماده «۵۹۲» آئین دادرسی مدنی میتوان اعاده دادرسی خواست و

مورد رجوع از شهادت و همچنین معلوم شدن خلاف واقع بودن شهادت، خارج از جهات اعادهٔ دادرسی است و مشمول ماده بالا نمیشود. این امر مانع از آن نخواهد بود که متضرر از چنین حکمی بتواند بر علیه گواه یا گواهان اقامهٔ دعوی نموده و از باب تسبیب خسارات ناشیه از آن را بخواهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۶

باب هفتم– در مجازات شهادت دروغ

قسمت دوم ماده «۲۱۸» قانون مجازات عمومی در فصل شهادت کذب میگوید:

«... هر کس اعم از شهود و مطلعین و ممیزین و اهل خبره در امور حقوقی شهادت دروغ بدهد یا عامداً و بر خلاف واقع اظهار عقیده کند که در حکم محکمه مؤثر گردد، خواه کتبی باشد خواه شفاهی، بحبس تأدیبی از هشت روز الی یک سال محکوم میشود و اگر در ازاء شهادت دروغ یا اظهار عقیده بر خلاف واقع، وجه یا مالی گرفته باشد علاوه بر مجازات فوق به تأدیه دو برابر آنچه که گرفته است محکوم میشود». امر اخیر مانع از آن نخواهد بود که متضرر بتواند از کسی که شهادت دروغ داده مطالبه خسارت خود را از گواه بنماید.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۷

کتاب چهارم– اماره

کلیات

اماره بفتح اول، در لغت بمعنی علامت است. در اصطلاح حقوقی چنانکه ماده «۱۳۲۱» ق. م میگوید: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که بحکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته میشود».

از بیان مادهٔ فوق معلوم میگردد اماره عبارت از امر معلومی است در خارج که بوسیلهٔ آن امر مجهولی ثابت میشود. آن امر معلوم اوضاع و احوال خاصی است در خارج که دادرس را راهنمائی بامری مینماید که وجود آن مورد ادعاء است که بدون راهنمائی اوضاع و احوال، آن امر مجهول میباشد، بدین جهت در هر موردی که آن اوضاع و احوال یافت گردید حکم بوجود آن امر مجهول میشود.

اوضاع و احوالی که دادرس را بوجود امر مجهول راهنمائی مینماید، گاه موجبات و اسبابی هستند که مولد آن امر مجهول میباشند و گاه ملازمه با وجود آن دارند و گاه دیگر از آثار و بقایای آن امر مجهولند. اعتبار اماره در هر قسم مبتنی بر استقرائی است که در موارد عدیده متشابهی بعمل آمده است و گاه رعایت نظم اجتماعی و اخلاق نیز آن را تأیید مینماید. مثلا در مورد امارهٔ تصرف، مذکور در ماده «۳۵» ق. م:

«تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». تصرف بعنوان مالکیت که یک امر مادی و معلومی میباشد دادرس را بامر مجهولی (مالکیت) که مورد اختلاف بین متداعیین است راهنمائی می‌کند. تصرف یا ملازمه با مالکیت متصرف دارد، و یا از آثار مالکیت او میباشد. این راهنمائی بوسیلهٔ استقرائی که در

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۸

موارد مختلفه در خارج بعمل آمده استنباط شده است، زیرا در هر موردی که در جامعه منظم دیده شده کسی که مالی را در دست

دارد و هر گونه تصرف و انتفاع میبرد مالک آنست.

اقسام امارات

اشاره

چنانکه از ماده «۱۳۲۱» ق. م معلوم میگردد امارات بر دو دسته‌اند:

۱- امارهٔ قانونی.

۲- اماره قضائی.

ماده «۱۳۲۱» ق. م: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که بحکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته میشود» شرح هر یک در فصلی بیان میشود.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۰۹

فصل اول - اماره قانونی

باب اول - کلیات

تعریف چنانکه ماده «۱۳۲۲» ق. م میگوید: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکوره در این قانون از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».

امارهٔ قانونی از نظر آنکه قانون دلیل بر امر مجهولی قرار داده اماره قانونی نامیده شده است لذا موارد آن را قانون باید معرفی بنماید. در مواردی که کسی در دادگاه برای اثبات ادعاء امارهٔ قانونی بنفع خود دارد او را از ابراز دلیل دیگر معاف میدارد و هرگاه طرف وجود اماره را منکر گردد مدعی چنانچه بخواهد از آن اماره استفاده بنفع خود نماید، باید وجود آن را اثبات کند. در هر موردی که امارهٔ قانونی بر اثبات ادعائی موجود باشد دادرس موظف است آن را معتبر و کاشف از وجود امر مجهول بداند و صدور حکم طبق آن برای دادرس غیر قابل اجتناب میباشد و نمیتواند در کاشفیت آن تردید نماید، مگر آنکه طرف بوسیله دلیلی خلاف آن را اثبات کند. مثلا در مورد امارهٔ قانونی تصرف، مذکور در ماده «۳۵» ق. م قانون کسی را که بعنوان مالکیت متصرف مالی باشد مالک میشناسد مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. کسی که باستناد سند خریداری از تاجر فرش دعوی اقامه مینماید و مدعی مالکیت قالی میباشد که در تصرف شخص ثالث میباشد کافی است که خوانده در پاسخ، ادعاء کند که قالی مزبور ملک او و

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۰

در تصرف او بعنوان مالکیت میباشد، یعنی انواع تصرفات را بمیل خود مینماید و هر نوع انتفاعی را که بخواهد میبرد. خواهان فقط میتواند یا آن را انکار نماید که در این صورت خوانده باید امر مادی (تصرف مالکانه) خود را بوسیلهٔ ادله‌ای که در دست دارد از قبیل معاینه و تحقیقات محلی و گواهی گواهان اثبات نماید و یا آنکه ثابت کند که متصرف مال را از او غصب نموده است و یا بسبب غیر مملک دیگر مانند عاریه ودیعه و یا اجاره آن را در تصرف دارد و الا نمیتواند استدلال نماید که (تصرف بعنوان مالکیت دلیل بر مالکیت نمیباشد، زیرا تصرف و لو در ظاهر بعنوان مالکیت باشد در واقع اعم از مالکیت و غصب و امانت است) زیرا این امر را قانون شناخته و آن را کاشف از مالکیت دانسته است. همچنین است هرگاه مدعی باستناد وقفنامه خود را متولی معرفی نماید و دعوی تخلیه ملک متصرفی طرف را کند و خوانده تصرف مالکانهٔ فعلی خود را اثبات نماید، زیرا استصحاب وقفیت نمیتواند با

تصرف مالکانه فعلی مقاومت نماید، چه تصرف اماره است و استصحاب اصل و اماره همیشه مقدم بر اصل میباشد.

امارات قانونی چنانکه ماده «۱۳۲۱» ق. م تصریح مینماید باید از ناحیه قانون شناخته شود و بآن تصریح گردد و دادرس نمیتواند از حدود آن تجاوز کند و بوسیله قیاس اگر چه قیاس باولویت باشد حکم آن را بموارد دیگر سرایت دهد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۱

باب دوم حدود اعتبار امارهٔ قانونی

اشاره

ماده «۱۳۲۳» ق. م میگوید: «امارات قانونی در کلیه دعاوی اگر چه از دعاوی باشد که بشهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد».

چنانکه گذشت اماره عبارت از اوضاع و احوال موجود در خارج است که عقل بوسیلهٔ آن بر امر مجهولی پی میبرد. عمل عقل در بدست آوردن امر مجهول نتیجهٔ استقراء ناقصی میباشد که در اشباه و نظائر آن اوضاع و احوال جمع‌آوری شده است. بکمک استقراء ناقص هیچ زمان قطع و یقین بوجود امر مجهولی که در اطراف استقراء قرار نگرفته است حاصل نمیشود، بلکه استقراء ناقص موجب ظن نوعی بوجود آن میگردد و چنین امری را ناچار باید قانون معتبر بداند و در نبودن قطع جانشین آن بشناسد.

بنابراین هرگاه دلیلی بر خلاف اماره یافت شود که بوسیلهٔ آن بتوان یقین بوضعیت امر مجهول پیدا نمود، ناچار باید از اماره دست کشید و طبق دلیل رفتار کرد بعبارت دیگر اماره قانونی در صورتی میتواند در مورد جهل بامری معتبر باشد که دلیل قطعی بر خلاف آن یافت نشود که پردهٔ تاریک را بگشاید و واقع را آنگونه که هست بنمایاند. بنابراین باید بر آن بود که امارات قانونی مادامی معتبرند که دلیلی بر خلاف آن موجود نباشد.

ماده «۱۳۲۳» ق. م این امر را تصریح مینماید. ماده «۱۳۲۳» ق. م: «امارات قانونی در کلیه دعاوی اگر چه از دعاوی باشد که بشهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۲

مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد».

قانون مدنی امارهٔ قانونی را یکی از ادله بشمار آورده و در ردیف اقرار و سند قرار داده است، ولی چنانکه بیان شد امارهٔ قانونی در صورتی معتبر است و میتواند دادرس را راهنمائی بوجود امر مجهولی نماید که دلیلی خلاف آن را اثبات ننماید و الا اماره قوهٔ اثباتی خود را از دست میدهد. بنابراین امارهٔ قانونی در ردیف ادله دیگر نمیتواند قرار گیرد و الا هر دو دارای یک قوه بودند و بین آنان تعارض واقع میشد و هرگاه امر خارجی یکی از آن دو را تقویت نمینمود هر دو ساقط می‌شدند. مدعی که برای اثبات ادعای خود در دادرسی باماره استناد مینماید چنانکه وجود آن مورد انکار طرف قرار گیرد مدعی باید بوسائلی که در خور آنست وجود اماره را اثبات کند.

پذیرفتن دلیل بر خلاف امارهٔ قانونی قاعدهٔ کلی و مبتنی بر عقل و منطق حقوقی میباشد ولی از نظر نظم اجتماعی در موارد مخصوص این قاعده مواجه با استثناء میگردد و دلیل بر خلاف آن پذیرفته نمیشود. موارد مزبور را قانون باید تصریح کند. امارات بر دو قسمند:

۱- امارات نسبی.

۲- امارات مطلق.

مبحث اول – امارات نسبی(La persomption relative)

امارات نسبی اماراتی هستند که تا خلاف آن ثابت نشده معتبر میباشند. ماده «۱۳۲۳» ق. م میگوید: «امارات قانونی در کلیه دعاوی اگر چه از دعاوی باشد که بشهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد».
چنانکه از اطلاق مادهٔ بالا استنباط میشود، تمامی امارات قانونی نسبی شناخته
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۳
شده است. (ماده بالا از اعتبار قضیه محکوم بها که اماره مطلق میباشد و از مواد مخصوصهٔ مطلق بودن آن استنباط میشود منصرف است). قانون مدنی در مادهٔ «۱۳۲۲» بطور مثال چهار مورد را ذکر کرده است که عبارتند از مورد ماده «۳۵» (امارهٔ تصرف) ماده «۱۰۹» (اماره اشتراک دیوار فاصل بین دو ملک) ماده «۱۱۰» (امارهٔ حجیت قرائن در اختصاصی بودن دیوار فاصل بین دو ملک) ماده «۱۱۵۸» و ماده «۱۱۵۹» (اماره فراش در زمان نکاح و پس از انحلال آن) و پس از بیان موارد چهارگانه، بعبارت (غیر آنها) اماراتی را که در قانون مدنی موجود است و بعبارت (و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر) بامارات دیگر اشاره نموده است.

مبحث دوم – امارات مطلق(La presomption absolue)

اشاره

امارات مطلق یا امارات غیر قابل رد، امارات قانونی هستند که از نظر حفظ نظم عمومی دلیل بر خلاف آن پذیرفته نمیشود تا بتواند آنان را از اعتبار بیندازد. در صورتی که چنین دعوائی در دادگاه اقامه گردد دادگاه آن را رد می‌کند و بادلهٔ ابرازی رسیدگی نمینماید، زیرا رسیدگی بادلهٔ برای تأثیر دادن بآن است و با منع قانون از تأثیر دلیل خلاف اماره مطلق، رسیدگی بآن، امری لغو و موجب بطء جریان دادرسی خواهد بود. نپذیرفتن دلیل بر خلاف امارهٔ قانونی، امری استثنائی است که قانون باید بآن تصریح نماید، زیرا رسیدگی بدعوی برای کشف واقع و حقیقت است و در صورت نبودن دلیلی که کاشف از واقع باشد، دادرس بامارهٔ که ایجاد ظن نوعی مینماید عمل میکند، لذا دادرس باید بهر وسیله که از طرف اصحاب دعوی ابراز میشود و او را بحقیقت نزدیک مینماید رسیدگی کند، مگر آنکه قانون او را از پذیرفتن دلیل منع نماید چنانکه
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۴
در مورد اعتبار قضیه محکوم بها میباشد.

اعتبار قضیهٔ محکوم بها

اشاره

امارهٔ مطابق بودن حکم نهائی با واقع که اعتبار قضیه محکوم بها از آن سرچشمه میگیرد، یکی از امارات مطلقه است که در قوانین بعض از ملل قدیمه نیز موجود بوده است. بحث در اعتبار قضیه محکوم بها در خور آئین دادرسی مدنی است ولی چون گفتگو در امارات مطلق میشود بی‌مناسبت نیست که مختصری از اعتبار قضیه محکوم بها بیان گردد. قانون مدنی فرانسه به پیروی از pothier در مبحث ادله، اعتبار قضیه محکوم بها را بیان نموده است و آن مثال بارزی از امارات غیر قابل رد میباشد.
برقراری نظم عمومی که هدف اصلی و منظور اساسی قوانین است ایجاب مینماید که اختلاف بین افراد حل و فصل گردد و بگفتگو و مبارزات آنها خاتمه داده شود.

این امر موجب میگردد که نسبت بیک اختلاف بیش از یک دوره دادرسی بعمل نیاید و حکم نهائی صادر شود. برای رسیدن باین

منظور قانون ناچار شده فرض کند حکمی که راجع بمورد اختلاف پس از یک دوره رسیدگی صادر میشود مطابق با واقع میباشد. منظور از حکم نهائی حکمی است که پس از رسیدگی در مرحله بدوی و پژوهشی بوسیلهٔ دیوان کشور ابرام شده باشد و یا آنکه مدت اعتراض و پژوهش، و یا فرجام آن، گذشته باشد. از طرف قانون بامری که مورد حکم نهائی قرار گیرد اعتبار قضیه محکوم بها اعطا میشود. اینست که ماده «۷» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید: «رسیدگی ماهیتی بهر دعوائی دو درجه (نخستین و پژوهش) خواهد بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». استثناء مزبور مورد اعادهٔ دادرسی است.

اعادهٔ دادرسی

اشاره

اصل اعتبار قضیه محکوم بها با استثنائی بر خورد نموده و آن در مورد اعادهٔ دادرسی است که در فصل سوم از قانون آئین دادرسی مدنی ماده «۵۹۱- ۶۱۰» اجازه داده شده است. اجازه اعادهٔ دادرسی در موارد معینه برای حفظ نظم عمومی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۵

میباشد، زیرا با توجه بمواردی که قانون اعادهٔ دادرسی را اجازه داده است معلوم میشود که انصاف و عدالت اجتماعی نتوانسته بعض موجبات را نادیده انگارد و فرض اعتبار قضیه محکوم بها را حمایت کند. بنابراین دادرسی مجدد نسبت بامری که اعتبار قضیه محکوم بها بدست آورده است جز در مورد اعادهٔ دادرسی از طرف قانون ممنوع میباشد و اعاده دادرسی هم فقط برای یک مرتبه اجازه داده شده است. ماده «۶۰۷» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید: «نسبت بحکمی که در نتیجهٔ درخواست اعادهٔ دادرسی صادر میشود دیگر اعادهٔ دادرسی پذیرفته نخواهد شد».

موضوعی که باید مورد تحقیق قرار گیرد آنست که در چه مواردی در مقابل دعوائی میتوان ایراد تجدید دعوی نمود و بامارهٔ اعتبار قضیهٔ محکوم بها استناد جست؟

هر دعوائی که با توجه به دعوی سابق شرائط زیر را دارا باشد تجدید دعوی محسوب میگردد:

الف- وحدت طرفین دعوی

و آن در صورتیست که طرفین دعوی لاحق همان طرفین دعوی سابق و یا قائم مقام آنها باشند. دعوائی که کسی بطرفیت دیگری در دادگاه اقامه مینماید و حکمی که در این موضوع صادر میشود نسبت بطرفین دعوی مؤثر است و آنان فقط از آن حکم منتفع و متضرر میگردند و کسانی که مداخله در آن دعوی نداشته‌اند منتفع و متضرر نمیشوند، مگر در موارد زیر:

۱- قائم مقام قانونی طرفین دعوی- چنانکه در جلد اول کتاب حقوق مدنی گذشت قائم مقام عبارتند از: وارث، منتقل الیه، و طلبکار طرفین دعوی که در حدود قانون حقوق و تکالیف طرفین دعوی را عهده‌دار میباشند.

۲- شخص ثالثی که تعهد بنفع او شده است. چنانکه در جلد اول کتاب حقوق مدنی گذشت شخص ثالثی که تعهد بنفع او شده است، از حکمی که بین اصحاب دعوی صادر گردیده و موضوع آن تعهد بنفع شخص ثالث است، منتفع میگردد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۶

ب- وحدت موضوع دعوی

و آن در صورتیست که موضوع دعوی لاحق همان موضوع دعوی سابق و یا قسمتی از آن باشد. در صورتی که کسی نسبت

بموضوعی بطرفیت دیگری اقامه دعوی نموده و پس از رسیدگی حکم نهائی صادر شده باشد، هیچ‌یک از آن دو نمیتواند نسبت بهمان موضوع یا قسمتی از آن بطرفیت دیگری اقامه دعوی مجدد نماید. زیرا اختلاف بین آن دو نفر راجع بآن موضوع خاتمه پذیرفته است و اعتبار قضیه محکوم بها را پیدا نموده و دعوی مجدد نسبت بهمان موضوع یا قسمتی از آن پذیرفته نمیشود. مثلا هرگاه کسی نسبت بملکیت خانه بطرفیت دیگری اقامه دعوی کند و محکوم شود مجدداً نمیتواند دعوی نسبت بملکیت خانه مزبور یا قسمتی از آن پذیرفته نمیشود. مثلاـ هرگاه کسی نسبت بملکیت خانه بطرفیت دیگری اقامه دعوی کند و محکوم شود مجدداً نمیتواند دعوی نسبت بملکیت خانه مزبور یا قسمتی از آن بنماید. اما هرگاه موضوع دعوی مجدد، غیر از موضوع دعوی اولی باشد تجدید دعوی محسوب نمیشود مثلا چنانکه موجر نسبت بمال الاجاره فروردین ماه خانه بطرفیت مستأجر اقامه دعوی کند و حکم نهائی صادر شود، آن موجر میتواند بطرفیت مستأجر مزبور اقامه دعوی نماید و مطالبه مال الاجاره اردیبهشت ماه همان خانه را کند، زیرا با اختلاف موضوع دو دعوی، تجدید دعوی محسوب نمیشود و مال الاجاره اردیبهشت ماه غیر از مال الاجاره فروردین ماه است.

برای تشخیص آنکه دعوای مطروحه، دعوی مجدد است یا آنکه دعوی نوین و دیگریست، باید توجه بمفاد حکم سابق نمود و در محکوم به آن دقت کرد که آیا مورد درخواست در دعوی لاحق همان محکوم به است یا امر دیگری میباشد؟.

ج- وحدت علت

یکی از شرایط تجدید دعوی وحدت علت دعوی سابق و لاحق میباشد. علت عبارت از عمل حقوقی یا مادی است که موجد حق مورد ادعا گردیده است. مثال:

در مورد حق عینی- کسی بطرفیت دیگری دعوی اقامه نموده و درخواست تسلیم خانه را بعنوان آنکه از خوانده خریداری کرده مینماید. خوانده مدعی بطلان معامله میشود و این امر را اثبات مینماید و دادگاه حکم بمحکومیت خواهان صادر میکند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۷

سپس خواهان دعوی سابق، دعوی دیگری بر علیه همان خوانده اقامه مینماید و تسلیم همان خانه را بعنوان آنکه از طرف متصرف، باو صلح شده است میخواهد: دعوی اخیر تجدید دعوی محسوب نمیشود، زیرا علت دعوی تسلیم خانه در درخواست اول، بیع و در درخواست دوم، صلح است و آن دو تأسیس حقوقی مختلف میباشند.

در مورد حق دینی- کسی دعوی اقامه مینماید و از دیگری یکصد هزار ریال بعنوان ثمن معامله قالی مطالبه میکند و دادگاه پس از رسیدگی خواهان را بجهتی از جهات محکوم به بی‌حقی مینماید. سپس خواهان مبلغ یکصد هزار ریال بوسیله دادخواست دیگری از همان خوانده بعنوان آنکه قرض نموده است میخواهد. دعوی مزبور دعوی مجدد محسوب نمیشود، زیرا علت مطالبه در دعوی اول بیع و در دعوی دوم قرض میباشد.

تبصره- اماره فراش

یکی از امارات مذکور در ماده «۱۳۲۲» ق. م اماره فراش است. ماده «۱۱۵۸» ق. م: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق بشوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

ماده «۱۱۵۹» ق. م: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق بشوهر است مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد».

چنانکه در جلد پنجم ذکر گردید شرایط مقرره در دو ماده بالا که موجود گردید فرزند از آن شوهر شناخته میشود و احتمال آنکه ممکن است از مرد اجنبی باشد (اگر چه مسلم باشد که مادر طفل با مرد اجنبی رابطه نامشروع داشته است. چنانکه در دادگاه جنحه مادر طفل در نتیجه داشتن رابطه نامشروع با مرد اجنبی محکوم شده است و طفل

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۸

پس از نه ماه از تاریخ رابطه نامشروع تولد یافته باشد) قابل اعتنا نخواهد بود. از اطلاق ماده «۱۳۲۳» ق. م معلوم میگردد هر دلیلی که بتواند خلاف اماره فراش را اثبات نماید پذیرفته میشود و آن را از اعتبار می‌اندازد ولی چنانکه فقهاء امامیه تصریح مینمایند نفی ولد جز بوسیلهٔ لعان که یک نوع سوگند مذهبی مخصوص است پذیرفته نمیگردد.

بنابراین در حقوق امامیه امارهٔ فراش از امارات مطلقه بشمار نمیرود و از امارات نسبی است که فقط بوسیلهٔ دلیل خاصی که لعان است قابل الغاء میباشد.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۱۹

فصل دوم- امارهٔ قضائی(La presomption du fait ou de l' homme)

باب اول کلیات

امارهٔ قضائی چنانکه از ماده «۱۳۲۱» ق. م معلوم میگردد عبارت از اوضاع و احوالی است در خارج که بنظر قاضی دلیل بر امری شناخته میشود.

درجه ارزش اماره قضائی را قانون بنظر دادرس واگذار نموده است تا در هر موردی که از اوضاع و احوال موجود در خارج، حقیقت امر را بدست آورد باستناد آن حکم دهد، بر خلاف اماره قانونی که طبق صریح ماده «۱۳۲۲» ق. م امارہ‌ایست که قانون دلیل بر امری قرار داده و نظر دادرس تأثیر در آن ندارد. مثلا چنانکه زنی بر مردی دعوی زوجیت بنماید و نفقه چهار ماه اخیر خود را مطالبه کند بدین شرح: که سه سال قبل شفاهاً خوانده مرا بنکاح دائمی خود در آورد و همیشه با یکدیگر در یک منزل که خوانده اجاره کرده بود زندگانی نموده‌ایم و در محافل عمومی و خصوصی خانوادگی هم بعنوان زن و شوهر میرفتیم و وضعیت اجتماعی مرد هم طوری نیست که بدون ازدواج در محافل عمومی و خصوصی علناً با من برود و چهار ماه است که خانه را ترک نموده و نفقهٔ مرا نمیدهد. خوانده در پاسخ منکر زوجیت خواهان گردد، دادرس پس از رسیدگی باین امر و بموقعیت اجتماعی مرد و آمیزش آن زن و مرد با یکدیگر در محافل و مجالس عمومی، تشخیص وجود زوجیت بین آن دو خواهد داد و حکم بتأدیه نفقه چهارماههٔ او

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۰

میدهد. این اوضاع و احوال خارج بنظر دادرس میتواند دلیل بر وجود زوجیت قرار گیرد. ولی هرگاه خوانده مردی لاابالی باشد و محل آمیزش آن دو اماکن عمومی و محل تفریح و خوشگذرانی باشد، چنین عقیدهٔ برای دادرس پیدا نمیشود، زیرا در محیط اشخاص لاابالی اینگونه روابط آزاد بسیار است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۱

باب دوم حدود اعتبار امارهٔ قضائی

اعتبار امارهٔ قضائی مبتنی بر قطع و یقینی است که از اوضاع و احوال موجود در خارج برای دادرس در رسیدگی بدعوی حاصل میشود و الاـ چنانچه دادرس از آن اوضاع و احوال قطع بوجود امر مجهول پیدا ننماید، بآن اوضاع و احوال هیچگونه اثری نخواهد

داد. بر خلاف اعتبار امارهٔ قانونی که مبتنی بر ظن نوعی است که از اوضاع و احوال خارج حاصل میشود و قانون آن را بعنوان دلیل معرفی مینماید و دادرس باید طبق آن عمل کند، اگر چه در دعوائی که رسیدگی می‌کند برای دادرس از آن اماره، قطع و یا ظن خاص نیز بوجود امر مجهول پیدا نشود، بعبارت دیگر حکم بر طبق امارهٔ قانونی برای دادرس اجباری است، چنانکه در امارهٔ فراش گذشت که با جمع بودن شرائط مقرره در مواد «۱۱۵۸ و ۱۱۵۹» ق. م حکم بانتساب طفل بشوهر داده میشود اگر چه مادر طفل روابط متعدده و مداومی با مردهای اجنبی داشته که احتمال میرود طفل طبیعی و از یکی از آنها است و در انتساب طفل بشوهر تردید باشد. بدین جهت قانون اعتبار امارهٔ قضائی را محدودتر از اعتبار امارهٔ قانونی نموده است و فقط در موردی معتبر میداند که دعوی بشهادت شهود قابل اثبات باشد و الا چنانکه دعوی بشهادت شهود قابل اثبات نباشد امارهٔ قضائی دلیل محسوب نمیشود ولی میتواند دلیل دیگر را تکمیل نماید. مثلا میتواند با پیوست شدن بسندی که مفاد آن مجمل است مثبت دعوی گردد.
اینست که ماده «۱۳۲۴» ق. م میگوید: «اماراتی که بنظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوال در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی بشهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادلهٔ دیگر را تکمیل کند».
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۲

باب سوم اثبات خلاف امارهٔ قضائی

اشاره

امارهٔ قضائی مادامی میتواند دادرس را بامر مجهولی که مورد دعوی میباشد راهنمائی نماید و آن را اثبات کند که دلیل خلاف آن اقامه نشود، زیرا با ابراز دلیل خلاف، دادرس نمیتواند بآنچه امارهٔ قضائی او را راهنمائی نموده قطع حاصل نماید.
مثلا در مثال بالا دعوی زوجیت زن بر مرد، هرگاه مرد نامهٔ بخط زن ارائه دهد که در آن زن وضعیت گذشته خود را شرح داده و متذکر شده است که ادامهٔ زندگی باین صورت بدون زناشوئی در مقابل خداوند پسندیده نیست و درخواست کند که مرد او را ترک کند و یا ازدواج بنماید. در این صورت علاوه بر آنکه اوضاع و احوال خارج ایجاد قطع بوجود زوجیت برای دادرس نمینماید، با توجه بمفاد نامه بالعکس قطع پیدا می‌کند که زوجیتی نبوده است و لذا زن را در ادعاء خود محکوم مینماید.
عدم تذکر در ماده بر پذیرفتن دلیل خلاف امارهٔ قضائی، از نظر وضوح امر میباشد، زیرا اعتبار امارهٔ قضائی از نظر کاشفیت از حقیقت و واقع در مورد خاص میباشد و چنانچه دلیلی ابراز شود که اثبات نماید واقع بر خلاف آنست که اماره قضائی نشان داده است، دیگر اماره ارزشی نخواهد داشت. بر خلاف اماره قانونی که برای حفظ نظم اجتماعی بر ظن نوعی استوار است و موجب قطع برای دادرس نمیتواند بشود و بدین جهت است که لازمست قانون موارد آن را بیان نماید و حدود اعتبار آن را متذکر شود و الا گمان میرفت که امارات مطلقه میباشند و دلیل خلاف پذیرفته نمیشود.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۳

تبصره ۱- رجوع بکارشناس فنی

در هر یک از امارات خواه قانونی باشد یا قضائی گاه دادرس مستقیماً خود اوضاع و احوال خارج را مشاهده مینماید، چنانکه هرگاه مورد از اشیائی باشد که بتوان در دادگاه حاضر نمود، مانند بسیاری از اموال منقول، آن بدادگاه آورده میشود و هرگاه از اشیائی باشد که باید در محل دیده شود، دادرس بوسیلهٔ معاینه محلی بر اوضاع و احوال امر آگاهی می‌یابد. و گاه دیگر آگاهی بر اوضاع و احوال احتیاج بتخصص فنی دارد که دادرس فاقد آنست که در این صورت بکمک کارشناس فنی تشخیص داده میشود. و گاه اوضاع و احوال امر از بین رفته و در حال دادرسی موجود نیست تا دادرس بتواند آن را مشاهده کند، در این صورت دادرس بوسیله

استماع گواهی و یا تحقیقات محلی بر وجود اوضاع و احوال در سابق آگاهی پیدا مینماید، مانند امارهٔ تصرف مذکور در ماده «۳۵» قانون مدنی که تصرفات بعنوان مالکیت بوسیله گواهی یا تحقیقات محلی اثبات میشود.

تبصره ۲- تعارض امارات با یکدگر

امارات ممکن است در بعض موارد با یکدیگر تعارض نمایند چنانکه هر یک از متداعیین استناد باماره بنفع خود بنماید و آن را اثبات کند. در این صورت چنانچه امارهٔ طرفین قانونی یا قضائی باشد مانند مورد تعارض دو دلیل هم قوه ساقط میگردند، و هرگاه یکی امارهٔ قانونی و دیگری اماره قضائی باشد، دادرس اماره قضائی را معتبر میداند و اماره قانونی را نادیده میگیرد، زیرا امارهٔ قانونی مبتنی بر ظن نوعی است و از اماره قضائی برای دادرس قطع بواقع پیدا میشود و موردی برای عمل بظن نوعی باقی نمیماند. مثلا هرگاه کسی در خیابان بپاسبان شکایت نماید کیفی که در دست فلان است متعلق بمن میباشد که در خیابان گذارده بودم تا چیزی بخرم و او برداشته است و پاسبان آن دو را نزد بازپرس ببرد و بازپرس بجریان رسیدگی و از طرف سؤال کند که مدعی چه میگوید؟ و طرف باستناد ماده «۳۵» ق. م خود را مالک و متصرف بداند، دادرس میخواهد که هرگاه مدعی گواهی دارد بیاورد. مدعی میگوید: کسی در محل نبوده و ندیده است تا گواهی دهد

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۴

ولی جزئیات درون کیف را میدانم و بیان میکنم بازپرس از متصرف میخواهد که محتویات کیف را بگوید. متصرف امتناع میکند ولی مدعی جزئیات را بیان مینماید بازپرس با ملاحظه درون کیف می‌بیند گفتار مدعی منطبق با محتویات آن میباشد، لذا کیف را از طرف میگیرد و بمدعی تسلیم مینماید. در این صورت بازپرس از اماره قضائی قطع پیدا مینماید که کیف متعلق بمدعی است و امارهٔ قضائی را بر تصرف که امارهٔ قانونی میباشد مقدم داشته است.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۵

کتاب پنجم- در قسم

مبحث اول- تعریف قسم

قسم یا سوگند عبارت است از گواه قرار دادن خداوند بر صحت گفتار یادکننده سوگند. سوگند یکی از ادله ایست که در ملل قدیمه در دعاوی بسیار بکار میبرده‌اند. قسم منشأ مذهبی دارد و در ادیان اهمیت بسزائی را دارا میباشد و شایسته این امر نیز هست، زیرا افرادی که با ایمان کامل بمبانی مذهبی گرویده‌اند، قوانین و رسوم آن را با علاقه‌مندی در روابط اجتماعی خود بکار می‌بندند و چون خداوند را حاکم علی الاطلاق بر تمامی موجودات میدانند، سوگند بنام او را بدیدهٔ احترام مینگرند و از بیم عقوبت سوگند دروغ یاد نمیکنند همچنانکه شهادت دروغ هم نمیدهند. ولی پس از آنکه روح ایمان رفته رفته در افراد ضعیف گشت و حکومتهای مذهبی رخت بربستند و جای خود را بحکومتهای سیاسی سپردند، سوگند هم مانند شهادت بتدریج اهمیت خود را در میان ادله اثبات دعوی از دست داد. اینست که قوانین موضوعه کنونی سوگند را در موارد نادری دلیل یا جزء دلیل شناخته‌اند. قانون مدنی ایران در کتاب پنجم از جلد سوم خود یازده ماده از «۱۳۲۵ تا ۱۳۳۵» را اختصاص بقسم داده است. قسم دروغ نه فقط بر خلاف اخلاق و زشت و ناپسند است بلکه در فصل ششم قانون مجازات عمومی از ماده «۲۱۵- ۲۲۱» برای شهادت و سوگند دروغ کیفر مخصوص معین شده است. یکی از آنها ماده «۲۲۱» میباشد که میگوید: «هر کس در مورد دعوای حقوقی قسم متوجه او شده باشد

و سوگند دروغ یاد نماید محکوم بیک الی سه سال حبس تأدیبی خواهد شد».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۶

مبحث دوم- صیغه قسم

صیغهٔ قسم کلمه ایست که بآن قسم یاد میشود. قانون مدنی در این باره ساکت است و چون قانون اساسی ایران مذهب رسمی را اسلام دانسته است و قانون مدنی قسم را از حقوق امامیه اقتباس نموده است ناچار از عرف مذهب مزبور باید کمک خواست.

قسم عبارت از گواه قرار دادن خداوند بر صحت گفتار یادکننده سوگند میباشد. اینست که سوگند جز بنام (اللّه) و نامهای مخصوص دیگر خداوند بهر زبانی که باشد معتبر نخواهد بود و اضافه نمودن کلمات دیگری بنام «اللّه» که حکایت از صفات ذات خداوندی نماید بی‌اشکال میباشد و نیکو هم شمرده شده است.

بعض از فقها سوگند بصفات مختص خداوند را مانند «رحمن» و «رحیم» و یا صفات مشترک را که منصرف بخداوند میشود و لو بوسیلهٔ قرائن، اجازه میدهند.

بعض دیگر مانند سید صاحب مدارک بر آنست که سوگند باید بنام جلاله باشد و سوگند بصفات معتبر نیست. سوگند بکتب آسمانی و یا بنام انبیاء و ائمه و اولیاء و مشاهد و بقاع متبرکه مانند کعبه و قبور ائمه دارای اثر حقوقی منظور نمیباشد.

غیر مسلمانی که بخداوند ایمان دارد مانند مسلمان میباشد و بنام «اللّه» سوگند یاد مینماید. عده‌ای از فقهاء اسلام بر آنند مللی که ایمان بخداوند ندارند سوگند آنان بچیزی خواهد بود که مورد احترام و پرستش آنان میباشد. بعض از فقهاء امامیه بطور مطلق سوگند را در تمامی موارد بنام خداوند پذیرفته‌اند و استدلال کرده‌اند که قسم آثار واقعی دارد و هر کس دروغ سوگند یاد کند دچار عقاب اخروی میگردد، اگر چه ایمان بخداوند نداشته باشد. دادگاه‌ها برای قطع و فصل دعاوی طبق ادله‌ای که متداعیین ابراز میدارند حکم صادر مینمایند و نصفت قضائی و عدالت اجتماعی ایجاب مینماید که دادرس در دادرسی خود کوشش و سعی کند حقیقت امر مورد اختلاف را بدست

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۷

آورد و این امر موجب میشود که متداعیین بامری سوگند یاد نمایند که نزد آنان محترم شمرده شود و بآن ایمان داشته باشند. بنابراین بنظر میرسد که سوگند کسانی که ایمان بخداوند ندارند باید بامری باشد که بآن ایمان دارند و محترم میشمارند و سوگند دروغ بآن یاد نمیکنند. حقوق امامیه مستحب دانسته که در سوگند، بعض صفات ذاتی بنام خداوند افزوده گردد مانند آنکه گفته شود: و اللّه الذی لا اله الا هو الرحمن الرحیم الطالب الغالب الضار النافع المدرک المهلک الذی یعلم من السر ما یعلمه من العلانیهٔ. و همچنین مستحب است سوگند در زمان مقدس مانند روز جمعه و اعیاد مذهبی و در مکان متبرک مانند مساجد یاد شود، زیرا از نظر روانی این امور تأثیر بسزائی در بسیاری از اشخاص دارد و مانع میگردد که سوگند دروغ یاد کنند، بدین جهت است که عملا سوگند را با تشریفات مخصوص اداء مینمایند مانند در دست گرفتن قرآن مجید، ایستادن روی بقبله، داشتن طهارت و امثال آن. سوگند کسانی که لال میباشند چنانچه بتوانند صیغهٔ قسم را بنویسند باید بآنان فهماند تا بنویسند و الا سوگند بوسیلهٔ اشاراتی بعمل می‌آید که مبین قصد آنان باشد.

مبحث سوم- اقسام قسم

اشاره

قسم بر دو قسم است: یمین العقد و قسم قضائی.

۱- یمین العقد

اشاره

سوگندی که برای عدم ارتکاب امری در زمان آینده یاد میشود در اصطلاح حقوق اسلام یمین العقد و در حقوق فرانسه آن را(Le serment promissoire)گویند.

بوسیلهٔ قوانین مخصوصی کسانی که تصدی بعض امور اجتماعی را عهده‌دار میشوند قبل از تصدی بآن، باید سوگند یاد کنند، در وظیفه‌ای که دارند از حدود حق و عدالت و قوانین تجاوز نکنند. از آن قبیل است سوگند هیئت منصفه در دادگاه، سوگند گواهان، حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۸

کارشناسان، پزشکان، نمایندگان مجلسین سنا و شوری و بسیاری از مستخدمین.

در موارد مخصوصی که قانون صیغهٔ سوگند را معین مینماید باید سوگند بهمان نحو اداء شود و در مواردی که قانون صیغهٔ مخصوصی را تعیین نکرده است، ظاهر آنست که باید سوگند بنام خداوند اداء گردد. بعض از مواردی که در قوانین عبارتی برای اداء قسم در نظر گرفته شده بطور مثال ذیلا ذکر میگردد:

الف- سوگند نمایندگان مجلسین

بدستور اصل یازدهم قانون اساسی نمایندگان باید بگویند: «خداوند را بشهادت میطلبم و بقرآن قسم یاد میکنم ...»

ب- سوگند گواه

گواه در دادگاه قبل از آنکه گواهی دهد، بدستور ماده «۴۱۸» قانون آئین دادرسی باید سوگند یاد کند که تمام حقیقت را بگوید و جز حقیقت چیزی نگوید، ولی عملا در دادگاهها گواهان بعبارت «سوگند یاد میکنم که تمام حقیقت را بگویم و جز حقیقت چیزی نگویم» اکتفا مینمایند و نام خداوند را از نظر احترام بر زبان نمیاورند.

قسم یمین العقد مورد بحث قانون مدنی قرار نگرفته است، ولی از مباحث حقوق مدنی بشمار میرود، زیرا سوگند یادکننده بوسیلهٔ سوگند تعهد مینماید که فلان عمل را انجام یا ترک نماید، در صورت تخلف از انجام تعهد، مسئول خسارات ناشیه از عدم انجام تعهد خواهد بود.

۲- قسم قضائی

اشاره

قانون مدنی از سوگند قضائی تعریف ننموده است. سوگند قضائی عبارت از گواه قرار دادن خداوند است در دادگاه بر وجود یا عدم امری که سوگند یادکننده ادعاء آن را مینماید.

سوگند قضائی را در حقوق فرانسه Le serment affirmatif ou Probatoire نامند و در اصطلاح حقوق اسلام یمین و حلف گویند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۲۹

قسم قضائی بر دو قسم است:

قسم بتی و قسم استظهاری.

اقسام قسم قضائی

اول- قسم بتی

اشاره

قسم بتی قسمی است که برای اثبات ادعا بکار میرود و مدعی میتواند در صورت انکار مدعی علیه، بدون ابراز هیچ‌گونه دلیل از او بخواهد که بر اظهار خود سوگند یاد کند. بنابراین سوگند بتی مانند اقرار، دلیل مستقلی میباشد. سوگند در مورد مزبور قاطع دعوی خواهد بود.

۱- مواردی که قسم بتی معتبر است

بدستور مادهٔ «۱۳۲۵» ق. م: «در دعاوی که بشهادت شهود قابل اثبات است، مدعی میتواند حکم بدعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است منوط بقسم او نماید» بنابراین قسم فقط در موارد زیر میتواند دلیل در دعوی قرار گیرد:

الف- عقود و ایقاعات و تعهداتی که موضوع آن عیناً یا قیمهٔ بیش از پانصد ریال نباشد (ماده ۱۳۰۶ ق. م)

ب- در مورد ادعاء ایفاء یا بری شدن از انجام تکالیف ناشیه از عقود و ایقاعات و تعهداتی که عیناً یا قیمهٔ بیش از پانصد ریال نباشد (ماده ۱۳۰۷ ق. م)

ج- در مواردی که بواسطه حادثه‌ای، گرفتن سند ممکن نیست از قبیل حریق، سیل، زلزله، غرق کشتی که کسی مال خود را بدیگری سپرده و تحصیل سند برای صاحب مال در آن موقع ممکن نیست. (شق ۲ ماده ۱۳۱۲ ق. م)

د- نسبت بکلیه تعهداتی که عادهٔ تحصیل سند معمول نمیباشد، مانند اموالی که اشخاص در مهمانخانه‌ها و قهوه‌خانه‌ها و کاروانسراها و نمایشگاهها میسپارند و یا حق

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۰

الزحمه اطباء و قابله. و همچنین است انجام تعهداتی که برای آن عادتاً تحصیل سند معمول نمیباشد، مانند کارهائی که بمقاطعه و نحو آن تعهد شده است، اگر چه اصل تعهد بموجب سند باشد (شق ۳ ماده ۱۳۱۲ ق. م)

ه- در صورتی که سند بواسطهٔ حوادث غیر منتظره مفقود یا تلف شده باشد (شق ۴ ماده ۱۳۱۲ ق. م)

و- در موارد ضمان قهری و امور دیگری که داخل در عقود و ایقاعات نباشد.

(شق ۵ ماده ۱۳۱۲ ق. م)

تذکر- در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده است دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد بوسیلهٔ قسم اثبات نمی‌گردد (مادهٔ ۱۳۰۹ ق. م) همچنین دعوی سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ، ابراء و امثال آنها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده و لو آنکه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد به قسم قابل اثبات نیست (ماده ۱۳۰۸ ق. م).

۲- کسی که می‌تواند درخواست قسم بنماید.

اشاره

درخواست قسم از ناحیه کسی بعمل می‌آید که ادعاء او مورد انکار طرف قرار گرفته است. بنابراین گاه درخواست قسم از طرف خواهان و گاه دیگر از طرف خوانده بعمل می‌آید که شرح هر یک ذیلا بیان میشود:

یک- درخواست قسم از طرف خواهان.

اشاره

در دعاوی که سوگند میتواند دلیل قرار گیرد خواهان میتواند بدون آنکه دلیل دیگری برای اثبات دعوی خود ابراز دارد در دادخواستی که تقدیم دادگاه مینماید درخواست کند که هرگاه ادعاء او مورد انکار خوانده است خوانده قسم یاد نماید.
ماده «۱۳۲۵» ق. م میگوید: «در دعاوی که بشهادت شهود قابل اثبات است
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۱
مدعی می‌تواند حکم بدعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است منوط به قسم او نماید».
مثلا کسی بوسیلهٔ دادخواست، درخواست استرداد سه قطعه فرشی را مینماید که در موقع حریق اطاق خود به همسایه مجاور سپرده است و دلیلی از قبیل گواه ندارد، از دادگاه میخواهد که خوانده را احضار نماید و چنانچه این امر را انکار مینماید قسم یاد کند. دادگاه خوانده را احضار مینماید چنانکه او منکر گرفتن قالی‌ها از خواهان بشود، دادگاه پیشنهاد قسم باو مینماید. در این صورت دادگاه به یکی از سه وضعیت مذکور در ماده «۱۳۲۸» مواجه میشود. ماده «۱۳۲۸» ق. م: «کسی که قسم متوجه او شده است در صورتی که نتواند بطلان دعوی طرف را اثبات کند یا باید قسم یاد نماید یا قسم را بطرف دیگر رد کند و اگر نه قسم یاد کند و نه آن را بطرف دیگر رد نماید نسبت بادعائی که تقاضای قسم برای آن شده است محکوم میگردد».

الف- قسم یاد کردن خوانده

در صورتی که خوانده نتواند بطلان دعوی طرف را بوسیله ادلهٔ اثبات کند، بدرخواست خواهان قسم یاد میکند که فرشی از طرف خواهان به او سپرده نشده است. در این صورت دادگاه حکم بعدم اثبات دعوی خواهان صادر می‌نماید.

ب- رد قسم

خوانده در دادگاه پس از درخواست قسم از طرف خواهان، قسم را بخواهان رد مینماید و میگوید که من قسم یاد نمیکنم و هرگاه خواهان درست میگوید، او قسم بر صحت ادعاء خود یاد کند. در این حال هرگاه خواهان قسم بر صحت دعوی خود یاد کرد، دادگاه حکم بر اثبات دعوی او میدهد. و چنانچه خواهان امتناع از قسم نماید دادگاه حکم بعدم اثبات دعوی او می‌دهد. (مستفاد از ماده «۱۳۲۸» ق. م).

ج- نکول قسم

منظور از نکول قسم آنست که خوانده که درخواست قسم از
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۲
او شده است قسم یاد ننماید و بخواهان نیز رد نکند (یعنی از او نخواهد که برای اثبات دعوی خود قسم بخورد). دادگاه حکم

بمحکومیت خوانده صادر می کند، زیرا این امر در حکم اقرار بصحت دعوی خواهان میباشد (مستفاد از ماده ۱۳۲۸ ق. م).
در صورتی که خواهان در دادخواست خود، درخواست سوگند از خوانده را نموده باشد و با ابلاغ دادخواست، خوانده در دادگاه حاضر نشود و چنانچه دعوی عادی باشد پاسخ لازم را ندهد، بنظر میرسد که در حکم نکول میباشد. ولی چنانکه از گفتار بعض از فقهاء معلوم میشود قبلا بایـد دادگاه به خوانده اخطار کند که هرگاه قسم یاد ننمایـد و رد هم نکند، نکول کننده شناخته میشود و محکوم میگردد.

دو- درخواست قسم از طرف خوانده

اشاره

در دعاوی که سوگند میتوانـد دلیل قرار گیرد و خوانده ادعاء سقوط دین یا تعهد یا نحو آن را بنماید، میتواند بدون آنکه دلیلی بر ادعاء خود ابراز دارد، درخواست قسم از خواهان بنمایـد. ماده «۱۳۲۶» ق. م: «در مورد ماده فوق مـدعی علیه نیز میتوانـد در صورتی که مدعی سقوط دین یا تعهد یا نحو آن باشد حکم بدعوی را منوط بقسم مدعی کند».
مثلا- کسی بوسیلهٔ دادخواستی به پیوست گواهی‌نامه، کیفی را که مبلغ یکصد هزار ریال در آن بوده و بصاحب هتل امانت سپرده است از او مطالبه مینمایـد. صاحب هتل مدعی رد آن میشود و خواهان منکر آنست. در این مورد چون خوانده دلیلی از قبیل گواه بر رد کیف بخواهان نـدارد، از دادگاه درخواست مینمایـد خواهان که منکر گرفتن کیف است قسم یاد کند. دادگاه مانند صورت قبل با یکی از سه وضعیت مذکور در ماده «۱۳۲۸» ق. م مواجه میشود.

الف- قسم یاد کردن خواهان

در صورتی که خواهان نتوانـد بطلان ادعاء خوانـده را اثبات نمایـد، قسم یـاد میکنـد که کیف را از خوانـده نگرفته است. در این صورت دادگاه
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۳
خوانده را محکوم برد کیف و یکصد هزار ریال مینماید.

ب- رد قسم

خواهان در دادگاه قسم را بخوانـده رد میکنـد و از او میخواهـد که قسم بر رد کیف یاد نماید. در این صورت هرگاه خوانده قسم بر رد کیف یـاد نمود، دادگاه خواهـان را محکوم به بی‌حقی مینمایـد و چنـانچه خوانـده امتنـاع نمود که قسم یـاد کنـد، دادگـاه حکم بمحکومیت خوانده برد کیف و مبلغ یکصد هزار ریال میدهد (مستفاد از ماده «۱۳۲۸» ق. م).

ج- نکول قسم

در صورتی که خواهان قسم یاد نکند و قسم را نیز رد ننماید، دادگاه حکم بعدم اثبات دعوی مدعی میدهد.
تبصره- در موارد اقرار مرکب که ارتباط بین دو جزء آن تمام باشد مقر میتواند نسبت بآنچه که مورد ادعای او است درخواست قسم کنـد. مثلا هرگاه کسی مـدعی شود که مبلغی را بـدیگری قرض داده و مطالبه آن را نمایـد و مدعی علیه اقرار کند که قرض گرفته بود ولی آن را باو رد نموده است چنانچه مدعی منکر رد آن شود و مدعی علیه برای اثبات بدادگاه دلیلی نداشته باشد باستناد ماده

«۱۳۳۴» ق. م نمی‌تواند درخواست قسم از مدعی کند و در این صورت هرگاه مدعی سوگند یاد نمود دادگاه مدعی علیه را محکوم برد وجه مینمایـد و هرگاه مدعی قسم را رد کرد و مدعی علیه قسم یاد نمود و یا آنکه مدعی قسم را نکول نمود دادگاه مدعی را به بی‌حقی محکوم میکند ماده «۱۲۸۳» ق. م: «اگر اقرار دارای دو جزء مختلف الاثر باشد که ارتباط تامی با یکدیگر داشته باشند مثل اینکه مـدعی علیه اقرار باخـذ وجه از مـدعی نموده و مـدعی رد شود مطابق ماده «۱۳۳۴» اقـدام خواهد شد. ماده «۱۳۳۴» ق. م: «در مورد ماده ۱۲۸۳ کسـی که اقرار کرده است می‌توانـد نسبت بـآنچه که مورد ادعـای او است از طرف مقابل تقاضای قسم کنـد مگر اینکه مدرک دعوی مدعی سند رسمی یا سندی باشد که اعتبار آن در محکمه محرز شده است».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۴

دوم – قسم استظهاری

قسم استظهاری عبارت از قسـمی است که خواهان برای بقاء حق خود بر متوفی یاد مینماید. مثلا هرگاه کسی در دادگاه بوسیله سند عادی که بامضاء متوفی میباشد مبلغی از وارث او که متصـرف ترکه است مطالبه نماید و وارث صـحت انتساب سـند را بمورث خود تصدیق کند و یا پس از تکذیب و رسیدگی اعتبار آن مسلم شود، ولی در بقاء دین تردید نماید، مثلا وارث بگوید که چون اسناد مورث را بسرقت برده‌اند وضـعیت دیون او را آگاه نیسـتم، ممکن است رسیدی در اوراق و اسناد او بوده است که حکایت از برائت او کنـد. دادگـاه در اثر آنکه شـخص مورث موجود نیست تـا حقیقت را اقرار یا انکار نمایـد، بقاء دین بنظر او ثابت نمیرسـد و برای آنکه بتوانـد حکم بر بقاء دین بدهـد از خواهان میخواهـد که سوگنـد بر بقاء طلب خود یاد کنـد. مادهٔ «۱۳۳۳» ق. م: «در دعـوی بر متوفی در صورتی که اصل حق ثابت شـده و بقاء آن در نظر حاکم ثابت نباشد، حاکم میتواند از مدعی بخواهد که بر بقاء حق خود قسم یاد کنـد، در این مورد کسـی که از او مطالبه قسم شـده است نمی‌توانـد قسم را بمدعی علیه رد کند. حکم این ماده در موردی که مدرک دعوی سـند رسـمی است جاری نخواهد بود». بنابراین قسم اسـتظهاری دلیل مسـتقلی برای اثبات حق بشمار نمیرود، بلکه تکمیل‌کننده دلیل دیگری خواهد بود.

چنانکه از ماده بالا معلوم می‌شود بین قسم استظهاری و قسم بتی فرقهای زیر وجود دارد:

۱– قسم استظهاری فقط در مورد ادعاء طلب از متوفی میباشد و حال آنکه قسم بتی در مواردیست که قبلا بیان گردید.

۲– قسم اسـتظهاری را دادگاه مستقیماً میتواند از مدعی طلب از متوفی بخواهد و حال آنکه درخواست قسم بتی باید از طرف مدعی بوسیله دادگاه از مدعی علیه منکر

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۵

بشود و الا چنانچه دادگاه مستقیماً از مدعی علیه بخواهد و او سوگند یاد کند، قسم مزبور بلااثر است.

۳– قسم اسـتظهاری را مـدعی طلب از متوفی، نمیتوانـد بمـدعی علیه رد کند و حال آنکه قسم بتی را مدعی علیه میتواند بخواهان رد کند.

مبحث چهارم – موضوع قسم

اشاره

موضوع قسم عبارت از امریست که مورد سوگند قرار میگیرد. موضوع قسم بر سه قسم است:

۱– وجود امر معینی

مانند آنکه در دعوی کسی بر دیگری بامانت گذاردن سه قطعه قالی که خوانده منکر میگردد، خواهان درخواست قسم از او بنماید و خوانده قسم را رد کند و خواهان قسم یاد کند که او سه قطعه قالی بامانت بخوانده سپرده است سپردن سه قطعه قالی موضوع قسم میباشد. یا آنکه کسی مدعی شود که دیگری بابت خرید مال التجاره فلان مبلغ مدیون او میباشد و خوانده ادعای رد آن را بنماید و خواهان منکر شود خوانده درخواست قسم از او بنماید و منکر قسم را رد کند و خوانده سوگند یاد نماید که فلان مبلغ بخواهان تأدیه نموده است. تأدیه دین موضوع قسم میباشد.

۲– عدم امر معینی

چنانکه در مثال بالا بدرخواست خواهان، خوانده قسم یاد کند که سه قطعه قالی بامانت از خواهان نگرفته است و یا آنکه خواهان بابت خرید مال التجاره پول از خوانده نگرفته است، نگرفتن قالی در مثال اول و نگرفتن پول در مثال دوم موضوع قسم میباشد.

۳– نفی العلم

قسم که گواه قرار دادن خداوند است فقط از کسی میتوان در دادرسی خواست که امر مورد ادعا منتسب بشخص او باشد، زیرا عقلائی نیست که از کسی بخواهند که قسم بر وجود یا عدم امری که منتسب بدیگری است یاد نماید، ولی هرگاه کسی ادعاء نماید که طرف او عالم بر امریست که مربوط بشخص ثالث است و طرف

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۶

منکر شود، مدعی فقط میتواند از او بخواهد که سوگند یاد نماید که این امر را نمیداند.

چنین قسمی را در اصطلاح حقوق اسلام قسم نفی العلم گویند. چنانکه کسی از دیگری مطالبه مبلغی را نماید باستناد آنکه مورث خوانده آن مبلغ را از او قرض نموده بوده است و چون خوانده متصرف ترکه است باید آن را بپردازد و خوانده منکر طلب او شود، خواهان ادعا کند که خوانده آن را میداند و برای اثبات دعوی خود مطالبه قسم بنماید.

در این صورت خوانده میتواند قسم یاد نماید که بر این امر اطلاعی ندارد. و الا هرگاه خواهان ادعا ننماید که خوانده عالم بدین مورث خود می‌باشد، نمیتواند درخواست قسم از او بنماید بلکه باید طلب خود را از مورث خوانده بوسیلهٔ ادله دیگر اثبات کند.

همچنین است هرگاه کسی بر دیگری دعوی طلبی نماید و بگوید که وکیلت آمده و از من پول دستی گرفته است و تو میدانی و خوانده منکر آن گردد، در این صورت خواهان میتواند از خوانده درخواست قسم نفی العلم نماید و الا- هرگاه عمل در مدت محدود کوتاهی باشد که خوانده بتواند از آن امر آگاهی یابد او میتواند قسم مثبت یاد کند. چنانکه کسی از دیگری مطالبه خسارت تخریب مالی را که بوسیلهٔ مورث او و در روز و ساعت معین بعمل آمده بخواهد مانند آنکه بگوید بوسیلهٔ تفنگ در ظهر فلان روز معین در مزرعه فلان، پدرت بطرف کلاغی تیراندازی کرد و تیر خطا رفت و سگ شکاری مرا کشت، وارث میتواند قسم یاد کند که در ساعت مزبور با پدرش بمزرعه آمده و با او بمنزل برگشته و او اصلا تیراندازی نکرده است.

مبحث پنجم– مواردی که قسم نمیتواند دلیل قرار گیرد

بدستور ماده «۱۳۳۵» ق. م: «در دعاوی ذیل قسم مورد ندارد:

۱– دعاوی که یک طرف آن اشخاص حقوقی مثل ادارات دولت و شرکتها هستند».

در دعاوی که خواهان یا خوانده او اشخاص حقوقی مثل ادارات دولتی و شرکتها و مؤسسات

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۷

ملی باشند نمیتواند یکی از طرفین دعوی درخواست قسم از طرف دیگر بنماید، اگر چه طرف دیگر شخص طبیعی باشد.

«۲- دعاوی راجع بضرر و زیان ناشی از جرم و خسارت ناشی از محاکمه».

بنابراین در دعاوی ناشی از شبه جرم میتوان درخواست قسم نمود. مثلا هرگاه کسی بر دیگری مدعی شود که سنگی که بطرف سگی پرتاب نموده بشیشه دکان او خورده و شیشه شکسته است و خوانده باید یک هزار ریال خسارت آن را بدهد. خوانده چنانچه منکر عمل انتسابی بشود خواهان میتواند از او درخواست قسم بنماید.

«۳- دعوی تصرف عدوانی» مدعی تصرف عدوانی نمیتواند از منکر آن درخواست نماید که بر عدم تصرف خود سوگند یا نماید.

«۴- دعوی مزاحمت در صورتی که منتهی باختلاف در حقی که موجب مزاحمت شده است نباشد» مدعی نمیتواند از منکر مزاحمت درخواست سوگند نماید مگر آنکه در دعوی مزاحمت، مدعی علیه ادعا کند که ذیحق در عملی میباشد که موجب مزاحمت شده است که در این صورت مدعی میتواند نسبت بآن امر درخواست سوگند نماید. مثلا کسی بر دیگری دعوی رفع مزاحمت اقامه مینماید بدین شرح که مزرعهٔ دارم و خوانده از بردن آب بمزرعه من جلوگیری میکند، خوانده میگوید نهر ملک اختصاصی منست و خواهان حق بردن آب را از آن ندارد. و خواهان منکر مالکیت و اختصاص خوانده نسبت بنهر شود و آن را ملک خود داند. منشأ دعوی رفع مزاحمت، اختلاف راجع بملکیت نهر است، در این صورت خوانده میتواند از خواهان رفع مزاحمت درخواست کند که بر مالکیت خود نسبت بنهر سوگند یاد کند.

«۵- دعاوی راجعه باصل امتیازاتی که از طرف دولت داده میشود.

۶- دعاوی راجع به علائم صنعتی و اسم و علائم تجارتی و حق التصنیف و حق اختراع و امثال اینها».

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۸

مبحث ششم- شرایط کسی که میتواند در دادگاه سوگند یاد کند

اشاره

بدستور ماده «۱۳۲۹» ق. م: «قسم بکسی متوجه میگردد که اگر اقرار کند اقرارش نافذ باشد» بنابراین بدستور ماده «۱۲۶۲» ق. م کسی که سوگند یاد مینماید باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد.

الف- بالغ باشد

چنانکه در شرایط مقر در کتاب اقرار گذشت بالغ کسی است که ۱۸ سال تمام داشته باشد و الا سوگند او مؤثر نیست و همچنین است کسی که بدستور ماده «۱۲۰۹» ق. م حکم رشد او پس از پانزده سالگی از طرف دادگاه صادر شده باشد، زیرا چنین کسی دارای تمام حقوق و مزایائی میگردد که شخص بالغ داراست (ماده «۱۲۶۲» ق. م) و سوگند صغیر ممیز، نسبت باموری که اجازه انجام آن را دارد معتبر است، مانند قبول هبه و صلح بلاعوض و یا معاملاتی که باجازه ولی و قیم انجام میدهد.

ب- عاقل باشد

مجنون در اثر اختلال حواسی که دارد گفتارش را قانون معتبر نشناخته است و سوگند او بلااثر است. بنابراین سوگند مجنون ادواری

در حال دیوانگی نافذ نمیباشد ولی در حال افاقهٔ کامل معتبر است.

ج– رشید باشد

رشـید کسـی است که تصـرفات او در اموال و حقوق مالیش عقلائی باشد. سوگند غیر رشـید (سـفیه) در اموری که مربوط باموال و حقوق مالی او میباشد نافذ نیست، زیرا بدسـتور ماده «۱۲۰۷» ق. م اشـخاص غیر رشید از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع میباشـند و کسـی که ممنوع از عملی میباشـد سوگند نسبت بآن معتبر نخواهد بود. سـفیه نسـبت باموری که قانون اجازه انجام آن را داده است میتواند سوگند یاد کند، همچنانی که اقرارش معتبر است.

د– قاصد باشد

سوگند یکی از اعمال ارادی است و اعمال ارادی باعتبار
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۳۹
قصـدی که اراده‌کننـده دارا میباشـد نافـذ است. بنابراین هرگاه شخصـی بـدون داشـتن قصد، سوگند یاد نماید چنانکه بعنوان مثال یا بمزاح باشد یا آنگونه که معمول و متداول عوام است قسم را تکیه کلام خود قرار دهند گفتاریست توخالی و نمیتواند معتبر شـناخته شود.

ه– مختار باشد

سوگند کسی که مکره است معتبر نمیباشد زیرا سوگند امر ارادی است و اختیار شرط اعتبار تمامی امور ارادی میباشد.

و– کسی که سوگند یاد مینماید باید عمل یا موضوع منتسب باو باشد

اشاره

بدستور ماده «۱۳۲۷» ق. م از کسـی میتـوان درخواست قسم نمود که عمـل یـا موضوع دعوی منتسب بـاو باشـد. مـاده «۱۳۲۷» ق. م میگوید: «مدعی یا مدعی علیه در مورد دو ماده قبل در صورتی میتواند تقاضای قسم از طرف دیگر نماید که عمل یا موضوع دعوی منتسب بشـخص آن طرف باشد. بنابراین در دعاوی بر صـغیر و مجنون نمیتوان قسم را بر ولی یا وصی یا قیم متوجه کرد، مگر نسبت باعمال صادره از شـخص آنها، آن هم مادامی‌که بولایت یا وصایت یا قیمومت باقی هسـتند و همچنین است در کلیه مواردی که امر منتسب بیک طرف باشد».

تبصره ۱– قسم یاد کردن قابل توکیل نیست

بدستور ذیل ماده «۱۳۳۰» ق. م «... قسم یاد کردن قابل توکیل نیست و وکیل نمیتوانـد بجای موکل قسم یاد کند» زیرا سوگند، گواه قرار دادن خداونـد بر صـحت گفتـار سوگنـد یادکننـده است و آن امر ایجـاب مینمایـد که سوگنـد یادکننـده در زمـان قسم با ایمان خالص، توجه بعقوبات اخروی سوگنـد خلاف واقع خود داشـته باشد تا بآن مبادرت ننماید. اینست که سوگند قائم بشـخص سوگند یادکننـده است و اموری که قائم بشـخص است قابل توکیل نمیباشـد، بر خلاف اقرار که اخبار از وجود حقی برای طرف بزیان خود میباشـد احتیـاج بایمان و توجه بعقوبات اخروی نـدارد و میتوانـد شـخص بوکیل خود در دعوی، وکالت دهـد که در دادگاه اقرار از

طرف موکل خود بنفع طرف او بنماید.

تبصره ۲- تقاضای قسم قابل توکیل است

بدستور قسمت اول ماده «۱۳۳۰»

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۰

ق. م: «تقاضای قسم قابل توکیل است و وکیل در دعوی میتواند طرف را قسم دهد ...»

زیرا هر امری که قانوناً خصوصیت شخص معین در انجام آن منظور نباشد قابل توکیل است و تقاضای قسم از آن قبیل اعمال میباشد.

مبحث هفتم- آثار قسم

اشاره

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

حقوق مدنی (امامی)؛ ج۶، ص: ۲۴۰

۱- قسم قاطع دعوی است

چنانکه ماده «۱۳۳۱» ق. م تصریح مینماید:

«قسم قاطع دعوی است و هیچ‌گونه اظهاری که منافی با قسم باشد از طرف پذیرفته نخواهد شد» زیرا قسم بدرخواست طرف به عمل آمده است و مانند آنست که او تعهد نموده طبق حکمی که لازمه قسم است عمل بنماید و احترام بنام خداوند، ایجاب مینماید که از ناحیه طرف دلیلی بر خلاف آن پذیرفته نشود. بنابراین کسی که بر علیه او سوگند یاد شده است، نمیتواند دلیلی بر دروغ بودن آن در دادگاه ابراز دارد و بطلان سوگند را ثابت نماید. (بعض از فقهاء امامیه بر آنند که هرگاه منکر در مقام قسم شرط ننموده باشد که حق مدعی بر اقامه دلیل بر بطلان قسم ساقط شود، مدعی میتواند بر کذب سوگند منکر دلیل ابراز دارد).

۲- تکذیب سوگند اثر آن را منتفی مینماید

آنچه راجع بقاطع بودن قسم گذشت، در صورتیست که سوگند یادکننده از قسم خود رجوع نکند و آن را تکذیب ننماید و الا چنانچه کذب سوگند خود را اعلام کند، اعتبار قسم زائل میشود و نمیتواند دلیل بر اثبات ادعاء او قرار گیرد، زیرا در این مورد احترام سوگند خود را از بین برده است. بدستور ماده «۴۶۸» قانون آئین دادرسی مدنی: «اگر کسی که سوگند یاد نموده قبل از صدور حکم اقرار کند که سوگند او دروغ بوده و حق با طرف است، دادرس دادگاه ترتیب اثر بسوگند نداده و بر حسب اقرار حکم خواهد داد». بنظر میرسد که هرگاه قسم یادکننده پس از صدور حکم، سوگند خود را تکذیب نماید، کسی که در اثر حکم

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۱

متضرر شده است میتواند خسارت خود را از او بخواهد، زیرا او در اثر قسم دروغ استفاده غیر قانونی و بلاجهت نموده و یا سبب

زیان باو شده است.

۳- قسم نسبت بطرفین دعوی و قائم مقام آنها مؤثر است

بدستور ماده «۱۳۳۲» ق. م: «قسم فقط نسبت باشخاصی که طرف دعوی بوده‌اند و قائم مقام آنها مؤثر است» زیرا هیچ زمان از عمل یک یا چند نفر، شخص ثالث متحمل زیان نمیشود، مگر آنکه قانون در موارد استثنائی بر این امر تصریح کرده باشد.

مبحث هشتم- مجازات قسم دروغ

بدستور ماده «۲۲۱» ق. م.ع. در فصل شهادت کذب و قسم دروغ و افشاء سر:
«هر کس در مورد دعوای حقوقی قسم متوجه او شده باشد و سوگند دروغ یاد نماید محکوم بیک الی سه سال حبس تأدیبی خواهد شد». بدستور مادهٔ مزبور کسی که از سوگند دروغ دیگری در دادگاه حقوقی متضرر میشود میتواند در دادگاه کیفری اقامهٔ دعوی نماید و کذب سوگند را اثبات نماید، خواه دعوی حقوقی خاتمه پذیرفته و منجر بصدور حکم شده باشد و یا آنکه دعوی در جریان رسیدگی باشد. رسیدگی مزبور در دادگاه کیفری منافات با ماده «۱۳۳۱» ق. م که میگوید: «قسم قاطع دعوی است و هیچگونه اظهاری که منافی با قسم باشد از طرف پذیرفته نخواهد شد». ندارد، زیرا مادهٔ مزبور در دعوی حقوقی است که سوگند دلیل در آن قرار گرفته است.
بدستور مادهٔ «۴۶۸» قانون آئین دادرسی مدنی: «اگر کسی که سوگند یاد نموده قبل از صدور حکم اقرار کند که سوگند او دروغ بوده و حق با طرف است، دادرس دادگاه ترتیب اثر بسوگند نداده و بر حسب اقرار حکم خواهد داد».
در صورتی که حکمی باستناد قسم دروغ صادر شده باشد (خواه آنکه قسم یادکننده
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۲
پس از صدور حکم تکذیب نماید و یا در دادگاه کیفری دروغ بودن قسم ثابت شده باشد) بدستور شق ۶ ماده «۴۷۶» قانون آئین دادرسی مدنی قابل پژوهش نمیباشد و کسی که از حکم مستند بقسم دروغ متضرر شده، میتواند دعوی زیان ناشی از حکم خلاف واقع را از قسم یادکننده بخواهد.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۳

کتاب ششم- تحقیق محلی

تحقیق محلی عبارت از بدست آوردن اطلاعات اهل محل است راجع بامری که مورد ادعاء میباشد. اطلاعات اهل محل در حقوق اسلام استفاضه نامیده شده است.
اطلاعات اهل محل مانند شهادت است با این فرق که شاهد آنچه را از قضیه بوسیله حواس خود مستقیماً درک نموده بیان مینماید، بر خلاف اطلاعات اهل محل که آنها دانستنیهای خود را برای دادرس حکایت مینماید، خواه آن دانستنیها محسوسات و یا استنباطات آنها باشد و یا آنکه مسموعات از دیگران. قانون مدنی اطلاعات اهل محل را در ردیف ادله اثبات دعوی بشمار نیاورده است و حال آنکه مناسب بود اطلاعات اهل محل را در کتاب شهادت یا جداگانه متذکر میگردید. قانون آئین دادرسی مدنی در فصل رسیدگی بدلائل در مبحث پنجم تحقیق محلی را نام برده و موادی چند راجع بآن بیان کرده است.
ماده «۴۲۶» قانون آئین دادرسی مدنی میگوید: «در مواردی که مطابق قانون بگواهی گواهها میتوان استناد نمود هرگاه یک طرف یا

طرفین باطلاع اهل محل متمسک شوند اگر چه بطور کلی ذکر کنند و اسامی مطلعین را نبرند دادگاه تحقیق محلی مینماید».
ماده مذکور اگر چه در آئین دادرسی مدنی ذکر شده است، ولی ارزش قانونی تحقیق محلی را که از مسائل حقوق مدنی میباشد بیان نموده و ارزش آن را در حدود ارزش شهادت قرار داده است.
بنابراین اطلاعات اهل محل در مواردی میتواند دلیل بر اثبات امر قرار گیرد
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۴
که شهادت میتواند دلیل باشد. فرقی که در درجه ارزش بین گواهی گواهان و اطلاعات مطلعین محلی میباشد آنست که اطلاعات محلی عموماً ناشی از استنباطات و مسموعات یکی از دیگریست و آن ضعیفتر از گواهی میباشد، زیرا استنباطات و مسموعات افراد در اغلب موارد با حقیقت امر وفق نمیدهد و بر خلاف حقیقت است و منشأ پیدایش آنگاه اغراض شخصی و تبلیغات میباشد بدون آنکه مطلعین آگاه از آن باشند ولی در گواهی، گواهان مستقیماً واقعه را مشاهده کرده‌اند و از استنباط و تبلیغات دور میباشد.
بدستور ماده «۴۳۴» ق. ا. د. م: «تشخیص اعتبار اطلاعات مطلعین محلی منوط بنظر دادگاه است، مگر در مواردی که طرفین تراضی در انتخاب اشخاص نبوده و رفع اختلاف را فقط بتصدیق آنها واگذار کرده‌اند». همچنانی که تشخیص اعتبار گواهی گواهان بنظر دادگاه میباشد. اما در موردی که طرفین دعوی تراضی در انتخاب اشخاص از اهل محل نمایند و رفع اختلاف خود را بتصدیق آنها واگذار کنند بدستور مفهوم ماده بالا دادگاه باید طبق گفتهٔ اشخاص مزبور حکم واقعه را صادر نماید اگر چه برای دادگاه آن امر ثابت نشود.
بنظر میرسد که این امر مادامی است که شخص متضرر کذب گفتار گواهی که بتراضی انتخاب نموده‌اند در دادگاه اثبات ننماید. اثبات کذب گفتار بوسیله هر نوع دلیلی ممکن خواهد بود، زیرا قبول گفتار گواهان مرضی الطرفین موجب اسقاط حق اثبات خلاف نمیگردد و کذب هر دلیلی را میتوان اثبات نمود مگر آنکه قانون منع نموده باشد، چنانکه در سوگند است.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۵

کتاب هفتم- در معاینهٔ محلی

معاینهٔ محل عبارت از دیدن وضعیت محل مورد اختلاف بوسیلهٔ دادگاه میباشد.
در محل مورد اختلاف گاه قرائن و اوضاع و احوالی موجود است که میتواند راهنمای دادگاه برای کشف حقیقت قرار گیرد، چنانکه در بعضی از امارات است. در صورتی که مشاهده آن قرائن و اوضاع و احوال بوسیلهٔ دادگاه مؤثر در کشف حقیقت باشد و طبیعت آنها طوری باشد که بتوان موضوع مورد اختلاف را در دادگاه حاضر نمود ذی‌نفع میتواند آن را حاضر نماید و اگر با آوردن آن به دادگاه وضعیت خود را از دست میدهد یا طبیعت آن غیر قابل نقل مکان است، بوسیلهٔ دادگاه قرائن و اوضاع و احوال مزبور در محل مورد مشاهده و معاینه قرار میگیرد.
قانون مدنی در ضمن ذکر ادله اثبات دعوی از معاینهٔ محلی نام نبرده است و در قانون آئین دادرسی مدنی در فصل رسیدگی بدلائل در مبحث ششم معاینهٔ محلی ذکر شده است مواد «۴۴۳- ۴۳۶» آئین دادرسی مدنی.
قانون حدود ارزش معاینه محلی را تعیین ننموده است، بنابراین چنانچه برای دادرس از معاینه وضعیت محل، ادعای خواهان ثابت گردد میتواند طبق آن رأی صادر نماید.
گاه دادگاه برای تکمیل معاینه خود و بدست آوردن اطلاعات لازم از کارشناس فنی کمک میخواهد و معاینه را با نظر کارشناس بعمل می‌آورد. ماده «۴۴۲» ق. ا. د. م:
«دادگاه ممکن است مقرر دارد که برای روشن کردن مسائلی که محتاج باطلاعات فنی است کارشناس همراه مأمور اجرای قرار

معاینهٔ محل برود.

تعیین کارشناس مطابق مقررات مبحث هفتم خواهد بود.»

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۶

کتاب هشتم– در کارشناسی

اموری که تشخیص آن در دادرسی مؤثر است و دادگاه خود نمیتواند آن را تشخیص دهد از نظر کارشناسان فنی کمک میخواهد. آن امور مختلف است: گاه نظر کارشناس برای تعیین مقدار ارزش است چنانکه در مورد تعیین خسارات ناشیه از ضمان قهری و یا تعیین مقدار نفقه زوجه و اقرباء میباشد، و گاه دیگر برای تعیین مقدار مورد اختلاف است چنانکه تعیین مساحت زمینی که مورد معامله قرار گرفته لازم باشد و یا آنکه تشخیص وضعیت فنی قرائن و اوضاع و احوال موجود در خارج است چنانکه در مورد امارات میباشد. مثلا هرگاه اختلاف بین متداعیین، اختصاصی بودن دیوار فاصل باشد، اغلب تشخیص ترصیف و یا وضع سر تیر بر دیوار از اموریست که بکارشناس رجوع میشود. موارد عدیده دیگری که در دادرسی پیش می‌آید، رجوع بکارشناس طبق مواد «۴۴۴» و بعد آن، از قانون آئین دادرسی مدنی بعمل می‌آید.

نظر کارشناسان چنانچه مخالف با اوضاع و احوال محقق مسأله نباشد، دادگاه طبق آن عمل خواهد کرد و الا بدستور ماده «۴۶۰» ق. ا. د. م دادگاه متابعت از آن عقیده نمینماید. ماده «۴۶۰» ق آئین دادرسی مدنی میگوید: «در صورتی که عقیده کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مسأله موافقت نداشته باشد دادگاه متابعت آن عقیده را نمینماید» زیرا در این صورت دادگاه علم ببطلان نظر کارشناس پیدا میکند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۷

کتاب نهم– در اصول عملیه

تعریف

اصول عملیه قواعد عقلی هستند که در موارد تردید در وجود یا عدم امری چنانچه دلیلی بر آن نباشد، بآن قواعد عمل میشود خواهان که دادخواست بدادگاه تقدیم میدارد از دادگاه میخواهد که خوانده را محکوم بایفاء خواسته او بنماید.

دادرس در رسیدگی بدعوی خواهان همواره در جستجوی حقیقت امر است که بداند حقی را که خواهان ادعاء میکند، در زمان رسیدگی موجود است، تا بتواند نسبت بآن حکم صادر نماید و خوانده را بایفاء آن محکوم نماید، زیرا آنچه مورد حکم قرار میگیرد وجود حق در زمان صدور حکم میباشد. دادگاه برای بدست آوردن حقیقت امر پرونده را زیر نظر میگیرد و در ادله خواهان که برای اثبات ادعاء خود ابراز داشته و همچنین در دفاعیات خوانده کاوش میکند.

در این کاوش دادرس بیکی از سه وضعیت مواجه میشود:

۱– از محتویات پرونده وجود حق در زمان صدور حکم ثابت میشود

ادله‌ای که میتواند از نظر قضائی وجود حق را در زمان حکم مسلم بدارد اقرار، سوگند و بعض امارات است، زیرا در اقرار مقر،

اخبار بوجود حق در زمان اقرار برای خواهان مینمایـد و در سوگند نیز سوگند یادکننده چنانچه خوانده باشد خداوند را گواه بنبودن حق برای خواهان در زمان سوگنـد قرار میدهـد و چنانچه خواهان باشد، خداوند را گواه بوجود حق برای خود در زمان سوگند قرار میدهد. در بسیاری از امارات اوضاع و احوال خارج دلالت بر وجود حق در زمان رسیدگی مینماید. مثلا

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۸

تصـرف فعلی بعنوان مالکیت دلیل بر مالکیت در زمان تصـرف است یا بودن سـر تیر فعلا بر سـر دیوار دلیل بر مالکیت فعلی صاحب سر تیر بر دیوار است. بنابراین در موارد مزبور دادگاه بدون کمک از امور دیگر حکم بر ثبوت ادعاء خواهان میدهد.

۲- از محتویات پرونده وجود حق قبل از اقامهٔ دعوی ثابت میگردد

اشاره

این امر در صورتیست که ادله ابرازی سند یا گواه باشند. مثلا بوسیله سندی که حکایت از مدیونیت خوانده بخواهان مینماید، وجود دین در زمان تنظیم سـند بر دادرس مسـلم میگردد و بوسـیله گواهی بر تسـلیم مالی بعنوان ودیعه بخوانده، وجود تعهد او برد آن مال در زمان سپردن ودیعه ثابت میشود.

هیـچ‌یک از ادله بالا بتنهائی کافی برای اثبات حق مورد ادعاء خواهان در زمان صـدور حکم نخواهـد بود، بلکه دادرس ناچار اسـت بوسـیلهٔ امر دیگری وجود آن را در زمان صدور حکم بدست آورد و آن امر، فرض بقاء حق سابق در زمان صدور حکم میباشد. این فرض با یک عمل دماغی ساده امکان‌پذیر است که آن را استصحاب گویند.

در استصحاب

اشاره

استصـحاب یکی از اصول عملیه است و در اصـطلاح اصولیین استصـحاب عبارت از حکم ببقاء چیزیست که وجود سابق آن مسلم و وجود فعلی آن مشکوک میباشد.

عقـل سـاده و منطق اجتمـاع استصـحاب را حجت میدانـد و حیوانـات از روی غریزه طبیعی از آن پیروی مینماینـد. بنابراین احتیاج به هیچ‌گونه دلیلی برای اثبات حجیت آن نخواهد بود، مثلا پرنده‌ای که در میان شاخه‌های انبوه درختان جنگل آشیانه دارد، جوجه‌های خود را در آشـیانه میگـذارد و بجسـتجوی غـذا میرود و پس از ساعتی چنـد، غـذائی بدست می‌آورد و با احتمال بآنکه ممکن اسـت جوجگانش دچار پنجه

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۴۹

عقاب شده و یا حیوانات دیگر آشـیانه‌اش را ویران کرده باشند، غذا را بمنقار میگیرد و هراسان بآشیانه خود برمی‌گردد. همچنین در زنـدگانی اجتماعی بسـیار دیـده شده است مسافری که چندین سال از شـهر خود دور بوده و هیچ‌گونه اطلاعی از وضـعیت آن شـهر نـدارد و احتمال میدهـد که تغییراتی کرده و دوسـتان قـدیمی‌اش خانه خود را ترک گفته و یا مرده باشـند پس از رسـیدن بآن شـهر بمحل‌هائی که دوستانش در آنجا سکونت داشته‌اند میرود تا آنها را بیابد.

استصـحاب مبنی بر ظن اطمینانی میباشـد که در مورد تردیـد در بقاء امری که سابقاً موجود بوده است حاصل میگردد، و در صورت نبودن راهی برای بـدست آوردن علم بر حقیقت امر، عقلاـ بایـد بظن اطمینـانی عمـل کرد و حکم به بقاء آن نمود، زیرا طرف دیگر ایـن فرض، احتمـال زوال امریست که در سـابق وجـود داشـته است و عقلاـئی نیست که انسـان از ظن اطمینـانی دست بردارد و طبق

احتمال عمل کند. درجهٔ ظن حاصل از بقاء موجود سابق بطور معکوس، متناسب با درجه احتمالی است که در زوال آن داده میشود. یعنی هر چه احتمال زوال ضعیف‌تر باشد ظن به بقاء قویتر خواهد بود. اینست که در امور بسیار مهم اشخاص عمل باستصحاب نمینمایند. مثلا هرگاه کسی در تهران مقیم است و تاجری را میشناخته که در بیست سال پیش در لندن تجارتخانه داشته است و از آن تاریخ تاکنون هم اطلاعی از او ندارد با استصحاب حیات او یکصد هزار تومان فرش برای فروش نزد او نمیفرستد، ولی هرگاه یک ماه قبل با او بوسیلهٔ تلفن صحبت نموده است آن فرشها را نزد او می‌فرستد. زیرا در فرض اول احتمال نبودن تاجر در لندن و یا فوت او قویتر است تا در فرض دوم.

مورد استصحاب که آن را مستصحب (بفتح حاء) گویند ممکن است حکم باشد و ممکن است موضوع حکم قرار گیرد.

۱– استصحاب حکمی.

و آن در موردیست که حکمی برای موضوعی سابقاً محقق بوده و اکنون تردید

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۰

در بقاء حکم سابق برای همان موضوع بشود، مثلا ماده «۸۰۳» ق. م بواهب اجازه میدهد که با بقاء عین موهوبه از آن رجوع کند، ولی ماده‌ای در قانون یافت نمیشود که حکم موردی که بعض از عین موهوبه تلف شده است بیان نماید، بدین جهت تردید میشود که در صورتی که بعض از عین موهوبه تلف شده آیا نسبت به بقیه، حق رجوع واهب باقی مانده یا آنکه ساقط شده است؟ با تردید در جواز رجوع پس از تلف بعض از عین موهوبه، جواز رجوع سابق استصحاب میشود و عقل حکم مینماید که در مورد تلف بعض، واهب میتواند نسبت بباقی مانده، از هبه رجوع کند و نمیتوان مورد مزبور را از موارد شق چهارم ماده بالا دانست.

مثال دیگر– در صورتی که بایع مغبون باشد و مبیع بجهتی از جهات نزد مشتری تلف گردد، تردید میشود که آیا حق خیار بایع ساقط شده است یا آنکه باقی است و پس از فسخ، مشتری باید بدل مبیع را از مثل یا قیمت بابایع بدهد. چون قانون مدنی حکم این امر را بیان ننموده است، میتوان از استصحاب کمک خواست و گفت که قبل از تلف مبیع بایع حق فسخ داشته است و چون مبیع تلف گردیده حکم سابق استصحاب می‌شود– و ببایع حق میدهد که بیع را فسخ کند و بدل مبیع را مطالبه نماید. صحت استصحاب حکمی را میتوان در مورد فسخ از ماده «۲۸۶» ق. م که راجع به اقاله است استنباط نمود. ماده «۲۸۶» ق. م: «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت بجای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده میشود». استصحاب حکمی برای استنباط احکام قانونی بکار میرود و از موضوع گفتگوی این کتاب که ادله اثبات دعوی میباشد خارج است.

۲– استصحاب موضوعی.

استصحاب موضوعی در موردی است که تردید در حکم، باعتبار تردید در بقاء موضوع آن باشد، بدین معنی که هرگاه بقاء موضوع اکنون مسلم میبود، تردید نسبت

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۱

بحکم آن نمیشد، مثلا در موردی که کسی بشهری مسافرت کند و پس از چند روز آن شهر زیر بمباران شدید قرار گیرد و بدست دشمن بیفتد و چندی بگذرد و آن شخص مراجعت ننماید و خبری نیز از او بدست نیاید خویشان او نمیدانند که شخص مزبور کشته شده و یا نمیتواند در اثر اسارت یا مقطوع بودن روابط شهر مزبور با خارج، بشهر خود بیاید یا خبری بدهد، حیات سابق او استصحاب میشود تا آنکه طبق ماده «۱۰۱۹» ق. م از آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین

شخصی زنده نمیماند و حکم موت فرضی او صادر گردد.
در مثال مزبور فوت یا حیات فرد مستقیماً مورد نظر قانونی قرار نمیگیرد بلکه باعتبار احکام قانونی مترتبه بر آن از قبیل ارث، زوجیت و امثال آن میباشد که حیات فرد مورد استصحاب قرار میگیرد و حکم ببقاء آن میشود.

شرائط استصحاب

اشاره

استصحاب در صورتی صحیح است که دارای دو شرط اساسی زیر باشد:

۱- یقین بوجود سابق مورد استصحاب

یکی از دو شرط اساسی صحت استصحاب یقین بوجود سابق چیزیست که مورد استصحاب قرار میگیرد و الا هرگاه وجود سابق آن مورد تردید باشد از استصحاب آن غیر از تردید چیز دیگری حاصل نمیشود.

۲- تردید در بقاء مورد استصحاب در زمان لاحق

اشاره

دومین شرط اساسی صحت استصحاب شک در بقاء کنونی مورد استصحاب میباشد که در سابق موجود بوده است و الا هرگاه وجود فعلی آن مورد تردید نباشد، چنانکه عدم و یا وجود آن مسلم باشد استصحاب موردی پیدا نمیکند. منشأ تردید در بقاء مورد استصحاب ممکن است یکی از امور سه‌گانه قرار گیرد:
الف- تردید در استعداد مقتضی.
ب- تردید در پیدایش رافع.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۲
ج- تردید در رافعیت امر موجود.

الف- تردید در استعداد مقتضی

ممکن است تردید در بقاء مورد استصحاب در زمان لاحق در اثر آن باشد که استعداد بقاء مورد استصحاب در زمان لاحق مورد تردید می‌باشد. یعنی معلوم نیست که مورد استصحاب استعداد آن را دارد که در زمان لاحق باقی بماند یا آنکه چنین استعدادی را ندارد و معدوم شده است. بعض از از اصولیین استصحاب را در مورد مزبور حجت نمیدانند و اقتضاء بقاء مستصحب را در زمان لاحق شرط اساسی استصحاب میشمارند، و بر آنند که از نظر تحلیل عقلی چنانچه تردید در اقتضاء بقاء مستصحب باشد استصحاب جاری نمیشود. مثلا هرگاه کسی بر دیگری که متصرف آسیای آرد او شده است اقامه دعوی نماید که یک سال و نیم قبل آن را غصب نموده و از آن بهره‌برداری کرده است و مطالبه اجرت المثل آن را بنماید، خوانده در پاسخ میگوید آسیای مزبور آبی است و بر سر قناتی قرار دارد که مانند قنوات دیگر این شهر در بعضی سنوات خشک میشود ولی دلیلی بر آنکه پارسال قنات خشک شده است ابراز نمیدارد، دادگاه نمیتواند باستناد استصحاب کار کردن آسیاب در زمان تصرف خوانده، او را محکوم باجرت المثل نماید چنانچه در استعداد مقتضی که آب قنات میباشد تردید نماید.

ب- تردید در پیدایش رافع

و آن در صورتیست که استعداد بقاء مستصحب در زمان لاحق محقق است، ولی بجهتی از جهات تردید میشود که آیا امری حادث شده است تا مستصحب را از بین ببرد یا آنکه چنین امری بوجود نیامده است؟ بوسیله استصحاب حکم ببقاء آن میشود. این امر را ماده «۱۰۱۹» ق. م تأیید مینماید. ماده «۱۰۱۹» ق. م میگوید: «حکم موت فرضی غائب در موردی صادر میشود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمیماند». بنابراین هرگاه حیات سابق کسی مسلم باشد و بجهتی از جهات تردید شود

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۳

که آیا حادثهٔ مانند غرق، هدم و بیماری مهلکی بوقوع پیوسته و موجب هلاکت او شده یا چنین حادثه پیش نیامده است؟ حیات سابق شخص مزبور استصحاب میشود و حکم بوجود او میگردد تا امری از خارج تردید را بر طرف بنماید یعنی حیات و یا فوت او معلوم شود.

ج- تردید در رافعیت امر موجود

و آن در موردیست که استعداد بقاء موضوع استصحاب محقق میباشد و پیدایش امری نیز محرز است، ولی تردید میشود در آنکه امر مزبور موجب زوال متیقن سابق میباشد یا اثری در آن نداشته است مانند مورد شق ۳ ماده «۱۰۲۰» ق. م که میگوید: «... وقتی که یک نفر حین سفر بحری در کشتی بوده که آن کشتی در آن مسافرت تلف شده است، سه سال تمام از تاریخ تلف شدن کشتی گذشته باشد بدون اینکه از آن مسافر خبری برسد». در مورد مزبور استعداد بقاء مسافر مسلم است، ولی چون کشتی که در آن مسافر بوده تلف شده است تردید میشود که آیا تلف مزبور موجب تلف مسافر معین شده یا نشده است، حیات او استصحاب میگردد و طبق ماده «۱۰۲۰» ق. م پس از انقضاء سه سال، استصحاب قطع شده و فرض فوت او میشود، زیرا ظاهر آنست که چنانچه شخص مزبور در قید حیات میبود از حال خود خبر میداد و یا از حیات او آگاه میشدند.

استصحاب موضوعی بر دو قسم است استصحاب وجودی و استصحاب عدمی.

الف- استصحاب وجودی.

و آن در صورتیست که مورد استصحاب امر وجودی باشد یعنی امری که در بقاء آن تردید میشود قبلاـ موجود بوده و بجهتی از جهات تردید میشود که شیئی مزبور هنوز باقیست یا معدوم شده است.

قانون آئین دادرسی مدنی در ماده «۳۵۷» صحت استصحاب وجودی را در مورد حقوق دینی تأیید مینماید و میگوید: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقاء آنست، مگر اینکه خلافش ثابت شود». ماده اگر چه در مورد استصحاب

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۴

حق و دین میباشد، ولی حق و دین خصوصیتی را در بر ندارد که استصحاب فقط در مورد آن دو حجت باشد بلکه از نظر قیاس و وحدت ملاک از ماده مزبور میتوان استنتاج اصل استصحاب را نمود و بر آن بود که در هر موردی که شرایط استصحاب وجودی پیدایش یافت میتوان استصحاب را جاری نمود.

ب- استصحاب عدمی.

و آن در صورتیست که مورد استصحاب امر عدمی باشد، یعنی در سابق شیئی معدوم بوده و بجهتی از جهات تردید شود که آن شیئی پیدایش یافته یا هنوز معدوم است، عدم آن شیئی استصحاب میشود، یعنی بوسیله استصحاب آن شیئی معدوم شناخته میشود.

مثال- چنانکه اعسار و عدم قدرت مدیون بر تأدیه محکوم به در دادگاه ثابت گردد، در صورت تردید در رفع اعسار، مادام که ملائت او محرز نشود اعسارش استصحاب میگردد.

تعارض دو استصحاب

دو استصحاب چنانچه با یکدیگر تعارض نمایند و هیچیک از آن دو را اصل دیگری تأیید نکند هر دو ساقط میگردند، زیرا با تساوی قوه آن دو، عمل بآن دو ممکن نمیباشد و برتری دادن یکی بر دیگری ترجیح بلامرجح است.
مثلا چنانکه پدر و پسری در جبهه جنگ کشته شوند برای آنکه معلوم گردد کدامیک از دیگری ارث برده باید دانسته شود که در زمان حیات کدام یک، دیگری فوت نموده است، زیرا شرط وراثت وجود وارث در زمان فوت مورث است و چون تاریخ فوت هیچیک معلوم نیست، بوسیله استصحاب نمیتوان فوت یکی را بر دیگری مقدم دانست بدین ترتیب: که حیات پدر استصحاب میشود تا زمان فوت پسر (هرگاه استصحاب معارضی نبود گفته میشد که پدر از پسر ارث میبرد) و از طرف دیگر حیات پسر استصحاب

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۵

می‌شود تا زمان فوت پدر (هرگاه استصحاب معارضی نبود گفته می‌شد که پسر از پدر ارث می‌برد) ولی آن دو استصحاب با یکدیگر مینمایند و هر دو ساقط میگردند و چون امر دیگری که بتواند تقدم یکی را بر دیگری محرز دارد موجود نیست گفته میشود که هیچیک از پدر و پسر از دیگری ارث نمیبرد. اینست که ماده «۸۷۳» ق. م میگوید: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث میبرند مجهول و تقدم و تأخر هیچیک معلوم نباشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمیبرند ...» و طبق ماده «۱۰۲۴» ق. م فرض میشود که هر دو در آن واحد مرده‌اند.
آنچه گفته شد در صورتیست که دو استصحاب متعارض در ارزش حقوقی یکسان باشند و الا هرگاه با استصحاب یکی از آن دو، تردیدی در بقاء موضوع دیگر نماند و باصطلاح یکی سببی و دیگری مسببی باشد، استصحاب سببی بر استصحاب مسببی مقدم خواهد بود، زیرا با اجراء استصحاب سببی، موردی برای اجراء استصحاب مسببی باقی نخواهد ماند.
مثلا کسی بعنوان وکالت خانه موکل خود را میفروشد، موکل پس از معامله بطرفیت خریدار باستناد اوراقی چند که بدادگاه تقدیم میدارد مدعی میشود بآنکه وکیل قبل از انجام معامله از وکالت معزول شده و این امر را هم باطلاع او رسانیده‌ام و در نتیجه، اعلام بطلان معامله را از دادگاه میخواهد. دادرس پس از رسیدگی چون ادله ابرازی خواهان را مثبت رسیدن خبر عزل به وکیل نمی‌بیند او را بعدم اثبات دعوی محکوم مینماید.
عدم اثبات دعوی خواهان از نظر تحلیلی چنانکه در زیر دیده میشود مبنی بر جریان دو استصحاب سببی و مسببی میباشد که در اثر تعارض آن دو با یکدیگر، استصحاب سببی مقدم داشته شده است:
موضوع دعوی خواهان، بطلان بیع خانه‌ای میباشد که بوسیلهٔ وکیل فروخته شده است. منشأ بطلان بیع را خواهان وکالت نداشتن وکیل در زمان انعقاد بیع معرفی

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۶

مینماید باستناد آنکه او را قبلا عزل نموده و باو هم اطلاع داده است. در فرض مزبور تردید در دو امر میشود: یکی تردید در مالکیت موکل پس از عقد بیع، و دیگری تردید در وکالت وکیل در زمان عقد بیع. در هر یک از دو امر بتنهائی شرائط استصحاب موجود است، ولی دو استصحاب با یکدیگر تعارض دارند، زیرا نتیجهٔ استصحاب وکالت وکیل در زمان عقد صحت بیع است، و نتیجهٔ استصحاب مالکیت موکل پس از بیع بطلان آنست، اما چون تردید در صحت بیع ناشی از تردید در وکالت وکیل است و با

استصحاب بقاء وکالت در زمان بیع موردی برای استصحاب مالکیت موکل نسبت بخانه پس از بیع باقی نمیماند زیرا تردید در انتقال رفع میشود، یعنی استصحاب در مورد وکالت سببی و در ملکیت موکل مسببی میباشد، اینست که گفته میشود در تعارض استصحاب سببی و مسببی، استصحاب سببی مقدم خواهد بود.

اصل تأخر حادث

اصل تأخر حادث از نظر تحلیلی نتیجهٔ استصحاب وجودی است باین معنی که وجود سابق شیئی معین استصحاب میشود تا زمانی که وجود آن شیئی نتواند مورد حکم قانونی قرار گیرد، و آن در موردی فرض میشود که حدوث دو امر در خارج محقق باشد ولی تاریخ تقدم و تأخر حدوث یکی بر دیگری مجهول است. فرض مزبور دو صورت دارد:

الف- در صورتی که تاریخ حدوث یکی از دو امر معلوم باشد و تاریخ دیگری مجهول، بوسیلهٔ اعمال اصل تأخر حادث فرض میشود امری که تاریخ حدوث آن مجهول است پس از امری که تاریخ حدوث آن معلوم میباشد موجود شده است. قانون مدنی اصل مزبور را در ماده «۸۷۴» در مسئلهٔ ارث دو نفر از یکدیگر مورد عمل قرار داده است و میگوید: «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۷

از آن دیگری ارث میبرد». مثلا پدر و پسر در دسته‌ای از نظامیان در جبهه واحدی در مقابل دشمن میجنگیدند و هر دوی آنها در اواسط فروردین زخمی شدند و دشمن بر سر آنها ریخت. پدر بجبهه خود گریخت و پسر اسیر دشمن گردید. پدر پس از چندی مداوا در اول اردیبهشت ماه همان سال فوت کرد و از پسر اطلاعی در دست نبود تا آنکه خبر رسید در اسارت مرده است. چون آنان از یکدیگر ارث میبرند دانستن تاریخ فوت پسر لازم است، و چنانچه دلیلی بر تاریخ فوت او بدست نیاید بوسیله اصل تأخر حادث قضیه مطروحه حل میگردد. بدین ترتیب که گفته میشود پسر سابقاً در قید حیات بوده است و سپس تردید میشود که در زمان فوت پدر (اول اردیبهشت ماه همان سال) پسر فوت نموده بوده و یا هنوز در قید حیات بوده است، چون دلیلی بر فوت پسر در آن تاریخ در دست نیست حیات او استصحاب میشود تا پس از تاریخ فوت پدر. در نتیجه این امر ثابت میگردد که پسر در زمان فوت پدر در قید حیات بوده و از پدر ارث میبرد.

ب- در صورتی که تاریخ حدوث هیچ‌یک از دو امر معلوم نباشد، اصل تأخر حادث در هر یک با اصل تأخر حادث در دیگری معارضه مینماید و هر دو ساقط میگردند.

مثلا هرگاه پس از تحقق هبه، واهب از هبه رجوع کند و درخواست استرداد مال موهوب را بنماید، و متهب مدعی گردد که قبل از رجوع واهب، تغییری در عین موهوبه حاصل شده است و طبق شق ۴ ماده «۸۰۳» ق. م واهب حق رجوع نخواهد داشت. و واهب دفاع کند که تغییر پس از رجوع او حاصل شده است. و تاریخ رجوع و همچنین تغییر مورد اختلاف بین طرفین و مجهول است و هیچ‌یک از واهب و متهب نمیتواند تاریخ رجوع و یا تاریخ تغییر را ثابت کند، دادرس خواهان را محکوم به بی‌حقی مینماید زیرا از نظر تحلیلی با معلوم نبودن تاریخ هیچ‌یک از رجوع و تغییر، اصل تأخر حادث در هر یک از دو امر، معارض با جریان آن در دیگری مینماید و در نتیجه هر دو ساقط میشوند و تغییر مورد هبه پس از رجوع ثابت نمیشود و هبه بحال خود باقی میماند.

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۸

۳- از محتویات پرونده وجود حق ثابت نمیشود

اشاره

در صورتی که دلیل ابرازی خواهان مثبت ادعاء او نباشد، دادگاه باستناد اصل عدم او را محکوم بعدم اثبات دعوی مینماید، مثلا هرگاه کسی از دیگری مطالبه یکصد هزار ریال باستناد نوشته عادی که منسوب بپدر خوانده است بنماید، و خوانده انتساب سند را به پدر خود تردید کند و خواهان نتواند انتساب آن را اثبات بنماید، در این صورت دادگاه مدعی را بعدم اثبات دعوی محکوم خواهد نمود. همچنین است هرگاه کسی نسبت بقالی که در تصرف دیگری است باستناد نوشته‌ای که حکایت از خرید قالی از او مینماید، دعوی مالکیت کند و انتساب سند را بمتصرف نتواند اثبات نماید، دادگاه خواهان را به عدم اثبات دعوی محکوم مینماید، عمل دادگاه طبق اصل عدم و برائت می‌باشد.

اصل عدم

اصل عدم یکی از اصول عملیه است و چنانچه از نام آن پیدا است حکم به نبودن امری می‌باشد که وجود فعلی آن مورد تردید است، بدون آنکه حالت سابق آن در نظر گرفته شود، زیرا وجود هر امری که مورد تردید واقع گردد عقل نمیتواند آن را موجود بداند مگر آنکه وجود آن ثابت شود. اینست که گفته‌اند نافی را نفیش کافیست، یعنی هرگاه در اختلافی که بین دو نفر یکی مدعی امری و دیگری منکر آن شود، کافی است که منکر بگوید چنین نیست. بدین جهت است که هرگاه کسی مدعی خراب کردن دیوار خانه‌اش بوسیلهٔ دیگری شود و او بگوید من چنین عملی را نکرده‌ام و یا ادعاء او را تکذیب می‌کنم، مدعی باید ادعاء خود را بوسیله ابراز دلیلی مانند گواه یا اقرار اثبات نماید. بنابراین هر زمان یکی از طرفین دعوی امری را ادعاء نمود و طرف او آن را تردید و یا انکار کرد و دلیلی که مثبت ادعاء مدعی باشد ابراز نشد، دادرس

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۵۹

باعتبار اصل عدم آن ادعاء را نمی‌پذیرد. نتیجهٔ اصل عدم با استصحاب عدمی یکسانست، زیرا نتیجه هر دو، حکم بعدم شیئی معین میباشد با این فرق که در اجرای اصل عدم، توجه بحالت سابقه شیئی نمیشود و در استصحاب عدمی، حکم بعدم شیئی، مبتنی بر عدم سابق آن است. دلیل بر حجیت اصل عدم، منطق ساده عقل است که برای اثبات وجود هر امری دلیل میخواهد و چنانچه دلیل مثبتی بر وجود آن یافت نشود عقل حکم بعدم امر مزبور می‌کند تا آنکه وجودش محقق شود.

ماده «۳۵۹» ق. م که میگوید: «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفا مشکوک باشد آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود، مگر اینکه تصریح شده باشد» از مصادیق جریان قاعده اصل عدم است. ممکن است نتیجهٔ مزبور بوسیلهٔ استصحاب عدمی نیز حاصل گردد بدین نحو که تردید شود شیئی که در ملکیت مشتری قبل از عقد بیع نبوده است، آیا در اثر عقد داخل در ملکیت او شده یا نشده است، عدم سابق استصحاب میگردد.

همچنانی که ممکن است نتیجهٔ مزبور بوسیلهٔ استصحاب وجودی بدست آید بدین نحو که پس از عقد تردید شود شیئی معین که قبل از عقد در ملکیت بایع بوده، در اثر عقد از ملکیت بایع خارج شده یا هنوز در ملکیت او باقی است، بوسیلهٔ استصحاب حکم به بقاء آن در ملکیت بایع میگردد.

اصل برائت

اشاره

یکی از اقسام اصل عدم، اصل برائت نامیده میشود. اصل برائت چنانکه از نام آن نیز معلوم می‌شود حکم به نبودن تکلیف است در

موردی که تردید در وجود آن بشود.
منشأ تردید در حکم گاه اشتباه در وجود حکمی از طرف قانون می‌باشد که آن را شبهه حکمیه نامند، و گاه اشتباه در موضوع حکم است که آن را شبهه موضوعیه گویند.
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۶۰

الف- شبهه حکمیه

و آن در موردیست که بجهتی از جهات تردید شود که فلان موضوع کلی از طرف قانون مورد حکم (اثباتاً یا نفیاً) قرار گرفته است یا آنکه حکمی در قانون نـدارد، مانند آنکه تردید شود که انجام فلان عمل لازم است یا لازم نیست که آن را شـبهه حکمیه وجوبیه گوینـد، و یـا تردیـد شود که انجـام فلاـن عمـل ممنوع است یـا ممنوع نیست که آن را شـبهه حکمیه تحریمیه نامنـد. در مورد شـبهه حکمیه پس از تجسـس و نیافتن دلیل بر وجود حکم قانونی، بوسیلهٔ اصل برائت حکم میشود که موضوع مزبور دارای حکمی نیست. اصـل برائت در شـبهه حکمیه اصـل برائت حکمیه نامیـده میشـود و گفتگوی از آن در ادلـهٔ اسـتنباط احکـام قـانونی بایـد بشود و از موضوع این کتاب که در ادلهٔ اثبات دعوی گفتگو مینماید خارج میباشد.

ب- شبهه موضوعیه

و آن در مـوردیست که بجهـتی از جهـات تردیـد شـود که امر معین از افراد و مصـادیق موضوع کلی فلاـن قضـیه حقوقی است و در نتیجه مشـمول حکم تکلیفی آن قضـیه میباشـد، یا آنکه از افراد و مصادیق آن موضوع کلی نیست؟ در مورد شـبهه موضوعیه بوسـیلهٔ اصل برائت، حکم میشود که نسبت بآن امر هیچ‌گونه تکلیفی نیست.
اصل برائت موضوعی را قانون ایران حجت دانسـته است، چنانکه ماده «۳۵۶» قانون آئین دادرسـی مدنی میگوید: «اصل برائت است، بنابراین اگر کسـی مـدعی حق یا دینی بر دیگری باشـد بایـد آن را اثبات کنـد و الا مطابق این اصل حکم ببرائت مدعی علیه خواهد شـد». اینست که هرگاه در دادگاه خواهان مطالبه مال یا انجام عملی را از خوانده بنماید و خوانده منکر آن شود و خواهان ادله‌ای بر حقانیت خود ابراز دارد که دادرس را بتردیـد اندازد، مادام که مدیونیت خوانده ثابت نگردد اصل برائت جاری میشود و خواهان در خواسته خود محکوم بعدم اثبات دعوی میگردد.

خاتمه- تقدم اماره بر اصل

اشاره

تعارض بین امارات و اصل عدم، هیچ زمان فرض نمیشود، زیرا اصل عدم در
حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۶۱
صورتی جاری میگردد که وجود حق در زمان حال مورد تردید و شک قرار گیرد و دلیلی نباشد که بتواند وجود آن را ثابت بنماید، خواه آنکه دلیـل ابرازی کـافی برای اثبات نباشـد یا اصـلا دلیلی بر مـدعی ابراز نشـده باشـد. بنابراین هرگاه اماره قانونی یا قضائی بر وجود حق در حال موجود باشـد، تردیـد و شـکی برای دادرس باقی نمیمانـد تا تعارضـی بین اماره و اصل عـدم فرض شود. ولی بین امـاره و استصـحاب ممکن است در عمـل تصور تعارض برود. آنچه بایـد معلوم شود آنست که در چنین مورد کـدام یک از اماره و استصحاب مقدم بر دیگریست، یعنی دادرس باید طبق کدامیک عمل کند!

الف – تقدم اماره قانونی بر استصحاب

امارات قانونی طبق صریح ماده «۱۳۲۲» ق. م اماراتی است که قانون دلیل بر امری قرار داده است، یعنی آنها را مثبت وجود حق در زمان حال میداند. بدستور ماده «۱۳۲۳» ق. م امارات قانونی معتبر است مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد و استصحاب هم از ادله بشمار نمیرود تا بتواند خلاف اماره را اثبات بنماید. باستدلال دیگر اماره قانونی بحکم قانون قائم مقام قطع است و با بودن قطع بر امری تردیدی باقی نمیماند تا استصحاب جاری شود و بدستور ماده «۳۵۷» ق. ا. د. م استصحاب معتبر است مگر آنکه خلافش ثابت شود و خلاف آن بوسیله اماره قانونی ثابت میگردد. بنابراین در موردی که اماره قانونی بر وجود حقی در زمان حال موجود باشد موردی برای عمل باستصحاب باقی نمیماند و باصطلاح اصولیین اماره وارد بر استصحاب و تعارضی بین آن دو موجود نمیباشد، یعنی با بودن اماره شکی باقی نمیماند، زیرا اماره بحکم قانون قائم مقام یقین است. مثلا هرگاه کسی وقف نامهٔ بتاریخ سال ۱۳۰۰ ابراز دارد که فلان ملک متصرفی خوانده وقف بوده است و او متولی میباشد و خلع ید آن را بخواهد و خوانده تصرف بعنوان مالکیت را دلیل بر مالکیت خود اعلام دارد، دادرس باید خواهان را محکوم به بی‌حقی بنماید، زیرا بوسیلهٔ سند ابرازی، وقفیت ملک در سال ۱۳۰۰ اثبات میشود و وقفیتی که برای دادرس باید اثبات شود وقفیت

حقوق مدنی (امامی)، ج۶، ص: ۲۶۲

زمان صدور حکم است و آن بوسیلهٔ استصحاب ممکن نخواهد بود زیرا استصحاب در موردی جاری میشود که حکم مورد تردید باشد و با بودن اماره تصرف دلیل بر مالکیت فعلی خوانده تردیدی باقی نمیماند.

ب – تقدم اماره قضائی بر استصحاب

چنانکه گذشت درجه اعتبار امارات قضائی بدستور ماده «۱۳۲۴» ق. م بنظر دادرس واگذار شده است و چون حکم دادرس باید بر علم و قطع یا امری که قانون آن را قائم مقام قطع شناخته است مبتنی باشد، بنابراین در هر موردی که از اوضاع و احوال خارج، دادرس علم بر وجود حق برای مدعی در زمان رسیدگی پیدا نماید، طبق آن حکم صادر می‌کند و در هر موردی که از اوضاع و احوال علم پیدا ننماید، اثری بآن نمیدهد. ولی استصحاب آنگونه که بیان گردید موجب ظن اطمینانی میگردد و در صورت علم بر وجود حق، بوسیلهٔ اماره قضائی، موردی برای اجرای استصحاب نیست. زیرا تردید نسبت بآن باقی نمیماند. در مورد مزبور مانند مورد قبل نیز امارهٔ قضائی حاکم بر استصحاب است و تعارض بین آن دو موجود نیست.

«پایان»

امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامیهٔ، تهران - ایران، ه ق

درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

بسم الله الرحمن الرحیم

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَیْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (سوره توبه آیه ۴۱)

با اموال و جانهای خود، در راه خدا جهاد نمایید؛ این برای شما بهتر است اگر بدانید حضرت رضا (علیه السّلام): خدا رحم نماید بنده‌ای که امر ما را زنده (و برپا) دارد ... علوم و دانشهای ما را یاد گیرد و به مردم یاد دهد، زیرا مردم اگر سخنان نیکوی ما را (بی آنکه چیزی از آن کاسته و یا بر آن بیافزایند) بدانند هر آینه از ما پیروی (و طبق آن عمل) می کنند

بنادر البحار-ترجمه و شرح خلاصه دو جلد بحار الانوار ص ۱۵۹

بنیانگذار مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان شهید آیت الله شمس آبادی (ره) یکی از علمای برجسته شهر اصفهان بودند که در دلدادگی به اهلبیت (علیهم السلام) بخصوص حضرت علی بن موسی الرضا (علیه السلام) و امام عصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف) شهره بوده و لذا با نظر و درایت خود در سال ۱۳۴۰ هجری شمسی بنیانگذار مرکز و راهی شد که هیچ وقت چراغ آن خاموش نشد و هر روز قوی تر و بهتر راهش را ادامه می دهند.

مرکز تحقیقات قائمیه اصفهان از سال ۱۳۸۵ هجری شمسی تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن امامی (قدس سره الشریف) و با فعالیت خالصانه و شبانه روزی تیمی مرکب از فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مختلف مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

اهداف :دفاع از حریم شیعه و بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام) تقویت انگیزه جوانان و عامه مردم نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی، جایگزین کردن مطالب سودمند به جای بلوتوث های بی محتوا در تلفن های همراه و رایانه ها ایجاد بستر جامع مطالعاتی بر اساس معارف قرآن کریم و اهل بیت علیهم السّلام با انگیزه نشر معارف، سرویس دهی به محققین و طلاب، گسترش فرهنگ مطالعه و غنی کردن اوقات فراغت علاقمندان به نرم افزار های علوم اسلامی، در دسترس بودن منابع لازم جهت سهولت رفع ابهام و شبهات منتشره در جامعه عدالت اجتماعی: با استفاده از ابزار نو می توان بصورت تصاعدی در نشر و پخش آن همت گمارد و از طرفی عدالت اجتماعی در تزریق امکانات را در سطح کشور و باز از جهتی نشر فرهنگ اسلامی ایرانی را در سطح جهان سرعت بخشید.

از جمله فعالیتهای گسترده مرکز :

الف)چاپ و نشر ده ها عنوان کتاب، جزوه و ماهنامه همراه با برگزاری مسابقه کتابخوانی

ب)تولید صدها نرم افزار تحقیقاتی و کتابخانه ای قابل اجرا در رایانه و گوشی تلفن سهمراه

ج)تولید نمایشگاه های سه بعدی، پانوراما ، انیمیشن ، بازیهای رایانه ای و ... اماکن مذهبی، گردشگری و...

د)ایجاد سایت اینترنتی قائمیه www.ghaemiyeh.com جهت دانلود رایگان نرم افزار های تلفن همراه و چندین سایت مذهبی دیگر

ه)تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و ... جهت نمایش در شبکه های ماهواره ای

و)راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی (خط ۲۳۵۰۵۲۴)

ز)طراحی سیستم های حسابداری ، رسانه ساز ، موبایل ساز ، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک ، SMS و...

ح)همکاری افتخاری با دهها مرکز حقیقی و حقوقی از جمله بیوت آیات عظام، حوزه های علمیه، دانشگاهها، اماکن مذهبی مانند مسجد جمکران و ...

ط)برگزاری همایش ها، و اجرای طرح مهد، ویژه کودکان و نوجوانان شرکت کننده در جلسه

ی)برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم و دوره های تربیت مربی (حضوری و مجازی) در طول سال

دفتر مرکزی: اصفهان/خ مسجد سید/ حد فاصل خیابان پنج رمضان و چهارراه وفائی / مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان

تاریخ تأسیس: ۱۳۸۵ شماره ثبت : ۲۳۷۳ شناسه ملی : ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

وب سایت: www.ghaemiyeh.com ایمیل: Info@ghaemiyeh.com فروشگاه اینترنتی: www.eslamshop.com

تلفن ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۳۱۱) فکس ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱) دفتر تهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱) بازرگانی و فروش ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹ امور

ارزش کار فکری و عقیدتی

الاحتجاج - به سندش، از امام حسین علیه السلام -: هر کس عهده دار یتیمی از ما شود که محنتِ غیبت ما، او را از ما جدا کرده است و از علوم ما که به دستش رسیده، به او سهمی دهد تا ارشاد و هدایتش کند، خداوند به او می‌فرماید: «ای بنده بزرگوار شریک کننده برادرش! من در کَرَم کردن، از تو سزاوارترم. فرشتگان من! برای او در بهشت، به عدد هر حرفی که یاد داده است، هزار هزار، کاخ قرار دهید و از دیگر نعمت‌ها، آنچه را که لایق اوست، به آنها ضمیمه کنید».

التفسیر المنسوب إلی الإمام العسکری علیه السلام: امام حسین علیه السلام به مردی فرمود: «کدام یک را دوست‌تر می‌داری: مردی اراده کشتن بینوایی ضعیف را دارد و تو او را از دستش می‌رَهانی، یا مردی ناصبی اراده گمراه کردن مؤمنی بینوا و ضعیف از پیروان ما را دارد، امّا تو دریچه‌ای [از علم] را بر او می گشایی که آن بینوا، خود را بِدان، نگاه می‌دارد و با حجّت‌های خدای متعال، خصم خویش را ساکت می‌سازد و او را می‌شکند؟».

[سپس] فرمود: «حتماً رهاندن این مؤمن بینوا از دست آن ناصبی. بی گمان، خدای متعال می‌فرماید: «و هر که او را زنده کند، گویی همه مردم را زنده کرده است»؛ یعنی هر که او را زنده کند و از کفر به ایمان، ارشاد کند، گویی همه مردم را زنده کرده است، پیش از آن که آنان را با شمشیرهای تیز بکشد».

مسند زید: امام حسین علیه السلام فرمود: «هر کس انسانی را از گمراهی به معرفت حق، فرا بخواند و او اجابت کند، اجری مانند آزاد کردن بنده دارد».


مرکز تحقیقات رایانه‌ای


WWW